

REPÚBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes no es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

LICENCIA NÚMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA
(TUTELAS)

TOMO CCLV

SEGUNDO SEMESTRE 1998

NÚMERO 2494

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA NACIONAL
PALACIO DE JUSTICIA

INVENTARIO *f* 008454

COMPRA _____ GASTO _____ EVALUACION _____

FECHA: 2 E SET 1988

PRECIO: _____

PROCEDENCIA:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NUMERO
CLASIFICACION

T-25
J-2
ES-2

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLV - NUMERO 2494

SEGUNDO SEMESTRE DE 1998

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA
TUTELAS

Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia - Año 1998

-IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA-

**MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA
Y DIGNATARIOS DE LA MISMA**

SEGUNDO SEMESTRE DE 1998

SALA FLENA

Doctores *José Fernando Ramírez Gómez - Presidente*
 Jorge Iván Palacio Palacio - Vicepresidente
 Blanca Trujillo de Sarjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctores *Jorge Santos Ballesteros - Presidente*
 Lina María Torres González - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Jorge Antonio Castillo Rugeles*
 Carlos Esteban Járamillo Schloss
 José Fernando Ramírez Gómez
 Pedro Lafont Pianetta
 Nicolás Bechara Simancas
 Rafael Romero Sierra
 Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores *Fernando Vásquez Botero - Presidente*
 Laura Margarita Manotas González - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Rafael Méndez Arango*
 Francisco Escobar Henríquez
 José Roberto Herrera Vergara
 Jorge Iván Palacio Palacio
 Germán Gonzalo Valdés Sánchez
 Ramón Zúñiga Valverde
 Fernando Vásquez Botero

SALA PENAL

Doctores *Jorge Córdoba Poveda - Presidente*
 Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Ricardo Calvete Rangel*
 Nilson E. Pirilla Pirilla
 Fernando Enrique Arboleda Ripoll
 Carlos Eduardo Mejía Escobar
 DIDMO PAEZ VELANDIA
 Jorge Córdoba Poveda
 Edgar Lombana Trujillo
 Carlos Augusto Gálvez Argote
 Jorge Aníbal Gómez Gallego

RELATORES

Doctoras *Liliana Polanía Álvarez - Sala Civil y Agraria*
 Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral
 Ayda Lucy López de Gtraldo - Sala Penal
 Beatrix Eugenia Cortés Becerra - Tutelas

TUTELAS

Si la providencia ha sido seleccionada por la Corte Constitucional para su revisión, después de las firmas, en nota, se indicará el número, fecha y la decisión allí proferida.

Relatoría

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Vulnera el derecho la providencia que so pretexto de aclarar la sentencia de seguir adelante con la ejecución, modifica la tasa de interés establecida desde el mandamiento de pago.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., sicle (7) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 5107

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por el señor Gonzalo Villabona Barceñas, quien actúa aquí representado por apoderado judicial, contra el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. Procura el accionante la protección de su derecho al debido proceso, el cual estima conculcado con el auto de 21 de abril del año en curso, proferido por el Juzgado accionado dentro del proceso ejecutivo que el peticionario adelanta contra el señor Jorge Vargas Aguilera, y el cual, en consecuencia, solicita sea revocado por corresponder a una reforma arbitraria de la sentencia de 19 de marzo también del presente año, dictada en ese asunto.

2. En respaldo de la queja, su proponente, en síntesis, señala que en el aludido proceso, una vez notificado el ejecutado de los mandamientos de pago allí librados y sin que hubiese expresado reparo alguno contra los mismos o formulado excepciones, se dictó sentencia de seguir adelante la ejecución en la forma y términos del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil; y que, como consecuencia de la solicitud que dentro del término de ejecutoria de tal fallo elevó el demandado, el Juzgado, mediante el auto de 21 de abril próximo pasado, decidió aclarar la misma, para "cambiar una tasa de interés (3% mensual), decretada sobre una suma determinada de capital, por la tasa de interés legal, sobre el mismo principal, (6% anual)".

Estima que la referida aclaración no es tal, debido a que "el decreto de una tasa de interés determinada, dentro del texto de una sentencia, no puede

ser considerado como un concepto o frase que ofrezca "verdadero motivo de duda", y que, por tanto, se violó el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, pues "la modificación de una tasa de interés no puede menos que interpretarse como una verdadera *Reforma* de la sentencia".

Precisa, que "aún conviniendo que el Juez pudo haber incurrido en error, en su examen del título ejecutivo, la parte que eventualmente podría resultar perjudicada por el error judicial, (aceptado como tal solo en gracia de discusión), cuenta con medios legales expeditos para remediarlo oportunamente. La interpretación acomodaticia de los preceptos legales no es. Señores Magistrados, el instrumento jurídico de recibo para subsanar presuntos o reales dislates judiciales y, como quiera que el artículo utilizado como muleta para la coja decisión 'Aclaratoria' (309 del C. de P.C.) no admite recurso alguno, forzoso es acudir a la acción de tutela para que la errada decisión judicial no perjudique impunemente los intereses económicos de la parte actora".

Finalmente expone su personal interpretación sobre la conciliación que sirvió de base al proceso ejecutivo, para colegir que fue la voluntad de quien en ese acto adquirió las obligaciones allí consignadas, prever la causación de intereses al 3% mensual sobre la totalidad de los instalamentos o cuotas objeto de su compromiso.

3. El juez accionado, en el oficio que aparece a folio 37 del cuaderno original, se limitó a hacer un recuento de la actuación cumplida en el proceso ejecutivo a que refiere la solicitud de amparo y a remitir las copias que le fueron pedidas por el Tribunal.

FALLO DEL TRIBUNAL.

Previo indicar que frente a los citores en que puede incurrirse a lo largo de un proceso judicial, más cuando ellos aparecen consignados en un auto, sea de trámite o interlocutorio, el juez no es un convidado de piedra y que, por ende, puede él adoptar las medidas encaminadas a enderezar el defecto, el *a quo* denegó la solicitud de tutela al considerar que con la decisión aquí cuestionada no se vulneró el derecho al debido proceso del peticionario por tres específicas razones: 1º) El accionante y ejecutante en el aludido proceso, "sustancialmente carece del derecho al cobro del 3% por intereses de mora sobre el capital de \$12 millones de pesos...."; 2º) El auto de 21 de abril del año que avanza, en esencia, no modificó la sentencia de llevar adelante la ejecución, sino, en forma indirecta, se ocupó de alterar los alcances del primitivo auto de mandamiento de pago en donde, equivocadamente, se había ordenado el pago de los discutidos intereses; y, 3º) De entenderse que ese proveído sí modificó la sentencia del proceso, correspondía al autor de la tutela apelar tal fallo —la sentencia— dentro del término de ejecutoria del auto contentivo de la aclaración, lo que no hizo.

Sobre el primero de esos fundamentos, resalta el Tribunal que examinada el acta de la conciliación que sirvió de base al recaudo coactivo se extrae de ella que, ciertamente, el señor *Vargas Aguilera* no se comprometió en forma alguna a pagar intereses, ni en el plazo ni en la mora, sobre la cuota de

\$12.000.000.00 que allí se estipuló; respecto de la segunda de las indicadas razones, apunta que por haberse repetido en la parte resolutive de la sentencia los términos de los mandamientos de pago proferidos en ese asunto, lo que califica de excesivo por cuanto la orden que debió impartirse era simplemente la de seguir adelante la ejecución "como de entrada había tenido 'reclibo'" sin mayores determinaciones, no puede colegirse que la combatida aclaración recaiga sobre la sentencia misma, sino que con ella, en verdad, lo que se corrigió fue el errado mandamiento de pago de 13 de febrero de 1997; y, finalmente, sobre la última, aclara que la apelación a que alude encuentra sentido, como quiera que la prohibición que consagra el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil vincula únicamente al ejecutado, mas no al ejecutante cuando el fallo le es total o parcialmente desfavorable, y porque el artículo 331 de la misma obra "señala que 'en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza—en este caso, de la sentencia— sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva'".

LA IMPUGNACIÓN

El accionante, por intermedio del apoderado que lo representa, expresa inconformidad con el fallo comentado e insiste en la ilegalidad de la actuación del funcionario contra quien se dirige la queja y que se destaca en ella. Crítica de peligrosa la tesis acogida por el Tribunal en cuanto que, a su decir, "estima jurídicamente viable la Reforma de la sentencia por la vía de una 'inadecuada' o 'laxa' aplicación de un norma de orden público, que *Expresamente lo prohíbe*". Acota la procedencia de la tutela por cuanto, al no reconocerle al combatido auto la virtualidad de reformar el fallo que se expidió en el proceso, colige que tal sentencia, en la forma como fue proferida, no le era desfavorable y que, por lo mismo, no tenía posibilidad de apelarla. Reitera la interpretación que dio a la conciliación fundamento de la acción ejecutiva y concluye que "el problema no son los términos de la conciliación; el problema no es la sentencia de llevar adelante la ejecución; el problema no es que las pretensiones de la demanda sean justas o injustas, exageradas o razonables. El problema es que bajo la égida de una norma de orden público que lo prohíbe, se está reformando una sentencia."

CONSIDERACIONES

1. La presente acción de tutela se centra en la ilegalidad del auto de 21 de abril del año en curso, proferido por el Juzgado accionado en el proceso de su conocimiento, ya plenamente referenciado, por virtud del cual, según su parte resolutive, se aclara "la sentencia del 19 de marzo de 1998, indicando que si bien se debe seguir adelante la ejecución conforme lo ordenado en el auto ejecutivo del 13 de febrero de 1997 y el 7 de abril de 1997; al auto del 13 de febrero de 1997 se deja sin efecto el literal b) del numeral 1 y en su lugar, se decreta sobre la suma de \$12'000.000 m/cte intereses al 6% anual a partir del 13 de abril de 1996 y hasta cuando se cancele totalmente lo debido;...".

2. Como de manera permanente lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, por vía de argumentación general, la acción de tutela es improce-

dente cuando se la emplea para combatir providencias judiciales, pues en procura de la autonomía e independencia de los jueces y en guarda de la seguridad jurídica no es conveniente, en principio, que dichos actos puedan impugnarse por fuera del proceso mismo en que resultaron proferidos, al interior de los cuales los sujetos procesales cuentan normalmente con las oportunidades de defensa pertinentes.

Con todo, también así se ha puntualizado, sólo por vía de excepción procede la tutela frente a proveimientos de ese orden, cuando, no disponiéndose de medio ordinario de defensa, ellos representan el fenómeno que ha dado en llamarse "vía de hecho judicial", por la que se entiende una actividad de conducta jurisdiccional que en cuanto fruto del capricho o del parecer irracional, no tiene ningún fundamento legal.

3. De vieja data la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como foránea han sostenido que las normas procedimentales son de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento para el juez y para las partes.

A su vez, el artículo 309 de código de enjuiciamiento civil enseña que "La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella".

4. En punto de las formas de subsanación de los defectos de orden material o conceptual de que adolezca una sentencia, la Sala tiene definido "que siguen siendo tres los únicos motivos aceptados por la legislación para que pueda haber lugar a la aclaración, corrección o adición de sentencias judiciales, a saber: a) La corrección material de errores de la clase de los que indica el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil... b) La aclaración por auto complementario de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda "...siempre que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella..."; y por último, c) El aditamento decisorio para enmendar defectos de contenidos como los descritos por el artículo 311 *ibidem*" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto No. 133, 15 de junio de 1993, Exp. No. 3573).

Asimismo, específicamente respecto de la aclaración de la sentencia, se ha sostenido que "... el artículo 309 *ejusdem*, advierte que para que proceda la aclaración es menester que la parte resolutive contenga conceptos que, por equívocos, se presten a interpretaciones diversas y por ende generen incertidumbre o, cuando estando en la motiva, tengan directa relación con lo establecido en aquella...Entonces, no obstante la intangibilidad con que la ley rodea las sentencias, por excepción, el juez que la proferió queda investido de la facultad para que, de oficio o a petición de parte, un auto complementario, la aclare, pero sólo cuando en ella se alberguen conceptos o frases que ofrezcan serios motivos de duda y que, por supuesto, estén contenidos en su

parte resolutive o que influyan en ella. De tal suerte que, como lo ha dicho la Corte, **so pretexto de aclarar el fallo no puede el juzgado variar, de ninguna manera, lo ya decidido pues, como salta a la vista se aclara lo que es confuso, lo que ofrece motivos de perplejidad o de duda, asunto que es por completo diferente a la modificación o revocación de lo ya resuelto** (Auto No. 243 de agosto 2 de 1994, expediente No. 4329)" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Auto 301 de 14 de noviembre de 1997, expediente No. 4534).

5. Examinado en todo su contenido y en la determinación que contiene el proveído materia de la queja del accionante, forzoso es colegir que el Juez accionado transgredió con el principio de intangibilidad de los fallos judiciales, consagrado en el ya transcrito y comentado artículo 309 de la ley de enjuiciamiento civil, pues habiéndose decidido en la sentencia de 19 de marzo del año en curso "Seguir adelante la ejecución conforme se ordenó en el auto ejecutivo de 13 de febrero de 1997 y en el auto ejecutivo de fecha 7 de abril de 1997", y después de hacerse en él alusión casi que textual a dichos pronunciamientos sin que además se observe la presencia de algún pasaje oscuro o que ofrezca serios motivos de duda en su comprensión, **inal podía el Juzgado accionado, so pretexto de enderezar el yerro en que se incurrió al momento de la adopción del auto de 13 de febrero en lo tocante a los intereses allí decretados sobre el capital de \$12.000.000,00, proceder a la aclaración de la aludida sentencia, por cuanto, como en efecto aconteció y aquí se sostiene, lo que en últimas se hizo, fue una indebida reforma de lo inicialmente resuelto en ella.**

6. Visto así lo resuelto por el accionado, no ofrece dificultad concluir que, desde la perspectiva puramente adjetiva, de un lado se incurrió por dicho funcionario en el campo de las vías de hecho y, de otro, se conculcó el derecho al debido proceso del accionante, que es precisamente el derecho cuya protección aquí se suplica; razón suficiente para que la sentencia impugnada deba revocarse y, en su remplazo, se acceda a la solicitud origen de esta tramitación lo cual implica disponer que la sentencia de 19 de marzo del año que avanza, dictada en el juicio ejecutivo de que se trata, deberá mantenerse en la forma como fue proferida, debiéndose continuar con el trámite del proceso haciendo caso omiso de la decisión que dio lugar a la acción de tutela.

7. Lo anterior, sin perjuicio de los planteamientos que, en torno a las consideraciones sustanciales efectuadas en el proveído materia de la acción de tutela, pudiera hacer valer la parte allá ejecutada al momento de la liquidación del crédito, es decir, respecto de los intereses que originaron la aclaración solicitada por dicha parte (art. 521 C. de P.C.).

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **Revoca el fallo de catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y, en su defecto,**

DISPONE:

Primero.- *Acceder* a la solicitud de tutela al inicio referenciada para proteger el derecho al debido proceso del aquí peticionario señor *Gonzalo Villabona Barceñas*.

Segundo.- *Disponer*, en consecuencia, que la sentencia de 19 de marzo del año que avanza, dictada en el juicio ejecutivo de que se trata, se mantenga en la forma como fue proferida, debiéndose continuar con el trámite del proceso haciendo caso omiso de la decisión que dio lugar a la acción de tutela.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto al accionante, a su apoderado y al señor *Jorge Vargas Aguilera*; al juzgado accionado, mediante oficio al que se anexará copia íntegra de este fallo; remítase inmediatamente copia de este proveído al Tribunal de instancia para lo de su cargo; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión. Librense los oficios del caso.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DERECHO DE PETICIÓN: Las *entidades privadas prestadoras de servicios públicos* están obligadas a proteger el derecho de petición a menos que la solicitud formulada se refiera a asuntos de interés estrictamente privado. La negativa a atender la solicitud que versa sobre actos privados de interés público general vulnera el derecho del accionante.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*

Ref.: Expediente N° 5166

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del diez (10) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, mediante el cual resolvió conceder la tutela incoada por *Jaime Castro Castro* contra *Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.*

I. ANTECEDENTES

1. El ciudadano Jaime Castro Castro, obrando en su propio nombre, en tabló acción de tutela contra la Empresa de Energía de Santafé de Bogotá S. A. E.S.P., con el fin de solicitar la protección de su derecho constitucional fundamental de petición, consagrado en el art. 23 de la Constitución Política.

2.- Los hechos en que fundamenta sus pretensiones se concretan a los siguientes:

2.1. Expresa el accionante que el 12 de marzo de 1998 presentó ante la Empresa de Energía de Bogotá memorial petitorio de las actas de sesiones que su Junta Directiva celebró en el año de 1997, habiéndoselé respondido el 30 del mismo mes que como la E.E.B. ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado no está obligada a suministrar esos documentos por ser confidenciales, ni tampoco a respetar el derecho de petición (oficio 03713 de marzo 30 de 1998).

2.2. Más adelante señala el peticionario que la Empresa de Energía de Bogotá está constituida como sociedad por acciones de naturaleza mixta porque la mayoría de su capital es oficial, y es casa matriz y cuenta con dos filiales, Emgesa y Codensa, las cuales tienen a su cargo la prestación del

servicio público y domiciliario de energía eléctrica en Bogotá y 100 municipios más.

2.3. Por último, el interesado adiciona su demanda con algunas referencias de la Sentencia T-001 de 1998 proferida por la H. Corte Constitucional, en cuanto tienen relación con disposiciones de la Ley 142 de 1994, que le fija a las empresas de servicios públicos domiciliarios, aún las de carácter privado, el deber de responder las peticiones de sus usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales, cuando estén referidas a la prestación del servicio. Destaca las consideraciones de la Corporación en el sentido de extender la obligación a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de dar respuesta a los terceros que busquen con sus peticiones la satisfacción de derechos públicos, como es el caso del servicio público de energía eléctrica; y la de ser procedente la acción de tutela contra particulares cuando estén encargados de la prestación de un servicio público, más aún cuando, en el caso en comento, se trata de una sociedad de economía mixta como corresponde a la definición que se hace de la Empresa de Energía de Bogotá.

Agrega que ostenta la doble condición de usuario y suscriptor del servicio de energía.

II. FALLO DEL TRIBUNAL

Las razones que tuvo el Tribunal para acceder a las pretensiones de la tutela incoada se resumen de la siguiente manera:

1. Se refiere en primer lugar el Tribunal al contenido del art. 86 de la Constitución Nacional, en el sentido de que éste dotó a los asociados de una especialísima y excepcional acción destinada para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario, por sí o por quien actúe en su nombre, el amparo de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se estimen amenazados o vulnerados por cualquiera autoridad pública, y excepcionalmente, por los particulares, en los casos señalados en la ley. Agrega que estará a su alcance el ejercicio de ese derecho, cuando no cuente el administrado con otro medio de defensa judicial.

2. Luego esa Corporación reitera la jurisprudencia en torno al derecho de petición y entra a examinar la supuesta vulneración del derecho del accionante de obtener las copias de las actas de la junta directiva de E.E.B. solicitadas por éste, o si la razón de la negativa por parte de la accionada a suministrarlas es legítima. Para ello, el fallador acude a la providencia de enero 16 de 1998, de la H. Corte Constitucional por tenerlo allí considerado similaridad con el tema que aquí se debate. Al respecto dice que si bien advierte que la accionada comparte la interpretación que el máximo juez constitucional hace del artículo 15 de la Carta, también es cierto que el fallo es condicionado en cuanto al acceso a los registros de las empresas de servicios públicos, dando a entender que de ninguna manera está vedado su conocimiento con carácter absoluto, ni siquiera para los terceros particulares en ejercicio del derecho de petición en procura de la satisfacción de los derechos públicos sociales

en la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios, tal como lo establece la Ley 142 de 1994.

3. Finalmente, esa Sala asegura que la petición del accionante no tiene interés o lucro personal, y que tal como está planteada debe ser satisfecha con el acceso a los documentos referidos, pues tiene sustento en la Ley 142 de 1994. Además de no encontrar que la accionada tenga razón en alegar su carácter de entidad privada para negar la información solicitada y sustraerse de las obligaciones impuestas por las leyes, cuando la mencionada característica de empresa privada le sirve para definir competencias y la naturaleza jurídica de sus actos, pero en ningún caso puede serle útil para evitar la mirada de los ciudadanos interesados en su buena marcha, ya que su verdadera naturaleza pública prevalece por la actividad o por la naturaleza del servicio que presta; y porque compromete el patrimonio estatal no puede tampoco impedirse la participación ciudadana en las decisiones que les afectaren, pues conllevaría al desconocimiento del artículo 40 de la Constitución Política.

III. IMPUGNACIÓN

Los argumentos de la impugnación al fallo atacado se resumen de la siguiente manera:

1. Porque el fallador conculca el derecho de defensa, debido a que la decisión fue adoptada el día 3 de junio del presente año, aun cuando la providencia hubiere sido proferida el día 10 de junio de 1998. Pues la E.E.B. no contó con el término de ley para intervenir adecuadamente, no obstante que el día 5 del presente mes y año adujo sus razones y solicitó las pruebas que consideró pertinentes, las cuales no fueron tenidas en cuenta porque la decisión estaba tomada, vulnerándose con ello el derecho al debido proceso.

2. Porque la sentencia viola el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del C.P.C., ya que, a juicio del recurrente, el Tribunal no estimó, no valoró, ni tampoco practicó las pruebas solicitadas. Entre otras cosas, dice no estar probada la calidad de usuario del servicio público de energía del ciudadano Jaime Castro Castro, tampoco está acreditado que obre en interés público en su petición ante la accionada ni en la demanda de tutela, ni mucho menos que el accionante forme parte o tenga la representación de comité alguno de usuarios de la E.E.B.

3. Porque la sentencia vulnera la Constitución y la ley cuando interpreta la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y funda su decisión en asuntos ajenos al proceso. Así, por ejemplo, mientras el máximo tribunal constitucional dice que "no es posible que terceros puedan ejercer el derecho de petición ante una empresa de servicios públicos domiciliarios..." (artículos 74 y 15 C. Pol.), en tanto el accionante afirma en su solicitud de documentos tener un interés personal. De allí que la sociedad adujera el carácter de reservado que tiene la documentación pedida por el doctor Jaime Castro, para abstenerse de entregarla a menos que fuera requerida en proceso judicial, que, como se advierte claramente, esta circunstancia no se presenta.

4. Porque el Tribunal desconoce los preceptos de la Ley 142 de 1994 en lo atinente al carácter privado de sus actos sin contar para nada el porcentaje de los aportes estatales en las empresas de servicios públicos domiciliarios, al afirmar que el aspecto mayoritario de capital oficial hace prevalecer la naturaleza pública de la entidad accionada. En tal virtud, considera que debe ser decidido en esta etapa procesal si la Sala tiene razón o, por el contrario, impera la ley de servicios públicos (art. 230 C. Pol.).

5. También el recurrente disiente del fallo porque, de una parte, infringe los derechos a la igualdad y a la intimidad, y, de otra, porque atenta contra la estructura de los servicios públicos contenida en la Constitución Nacional (artículos 365 a 370). Así mismo, estima que viola el mecanismo contenido en la Ley 57 de 1985 para determinar el carácter de confidencialidad de los documentos que su representada alega tener dicho carácter, de tal manera que la competencia para dirimir la controversia es el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

6. Por último, el interesado discrepa de la sentencia porque esta no recoge en absoluto su apreciación contraria a que la solicitud del accionante sea técnicamente un derecho de petición; pero, sin embargo, indica que esta tuvo respuesta oportuna. Y, afirma que la acción de tutela resulta improcedente para solicitar documentación societaria de las empresas de servicios públicos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Precisa la Corte la procedencia limitada de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de petición de información y obtención de copias de ciertos documentos de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

1.1. En efecto, por lo general las personas tienen en virtud del derecho de petición e información documental, la facultad de hacer sus solicitudes ante entidades públicas o privadas que deban garantizar derechos fundamentales, fundados en motivos de interés general o particular, así como obtener una pronta y adecuada respuesta. E igualmente, la de acceder al conocimiento de los documentos públicos y, si fuere el caso, obtener copia de estos últimos, salvo que sean reservados por motivos generales o por necesidad de guarda del secreto profesional (arts. 23 y 74 C. Pol.).

1.2. Ahora bien, primeramente advierte la Corte que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sean públicas o privadas (art. 15 de la Ley 142 de 1994), por el carácter público de la entidad o del servicio que presta en forma dominante frente a los usuarios (o beneficiarios), los suscriptores y la ciudadanía (o terceros) en general, se encuentran en una posición dominante frente a éstos (art. 14.13, 14.33, 14.31 y 11.1 de la Ley 142 de 1994), razón por la cual están obligadas por uno u otro carácter a proteger el derecho fundamental de petición, aun cuando sean privadas (art. 42, num. 1 Decreto 2591 de 1991), a menos que en este último caso la petición se refiera a asuntos de interés estrictamente privados.

Por consiguiente, ciertamente dentro del régimen mixto de la contratación y actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, existen unos de carácter estatal o administrativos, y otros que se regulan por reglas de derecho privado siempre que no estén también regulados por la Ley 142 de 1994 (arts. 30 y s.s.). De allí que muchos de estos actos privados se encuentren regulados específicamente por esta legislación especial, en vista de que resultan de interés público general, tal como sucede con las inversiones o participaciones de organismos estatales, o con aquellos que hacen relación directa a la prestación del servicio público domiciliario correspondiente, caso en el cual resulta procedente aquel derecho. Es por ello que entonces corresponda a la empresa destinataria acudir y acreditar lo contrario, caso en el cual sería necesario para los interesados en obtener copias, acudir a los mecanismos procesales previstos en el Código de Procedimiento Civil o especiales previstos para tal efecto. Pero si no aparece clara e inequívocamente demostrado que se trata de un acto no regulado por la Ley 142 de 1994 citada; será necesario entender tales actos como de interés general vinculado al servicio público de suministro de energía.

2. Procede la Corte al estudio de la presente impugnación.

2.1. Se trata en este caso de una acción de tutela de Jaime Castro Castro contra la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. para demandar el amparo inmediato de su derecho de petición a la información, porque estima que el Gerente General de la accionada infringe la obligación de suministrarle información contenida en las actas de las sesiones de junta directiva de la E.E.B. celebradas durante 1997, lo cual, repite, es su deber constitucional y legal responder esas peticiones presentadas por los usuarios, suscriptores o por suscriptores potenciales o, incluso, como lo admite la jurisprudencia constitucional, por los terceros que buscan la satisfacción de derechos públicos o sociales, como lo son los servicios públicos domiciliarios que son de interés de todas las personas. Por lo anterior, afirma que la negativa de la accionada de entregarle los documentos que solicitó invocando para ello el derecho de petición, desconoce dicho precepto fundamental constitucional del artículo 23 y pide su amparo inmediato.

El Tribunal accedió a lo pedido, porque luego de examinar el proceso y darse a la tarea de buscar sustento en la doctrina y la jurisprudencia, concluye que, en efecto, el derecho de petición ha sufrido la afrenta señalada por el accionante, pues este no ha satisfecho su pretensión de acceder a la información solicitada en su comunicación dirigida a la entidad el 3 de marzo de 1998, ya que la respuesta del 30 de ese mes no la tiene como adecuada, debido a que el fondo del asunto es negado por razones del carácter privado del organismo que no le obliga a hacer público sus actos societarios, ni a responder las peticiones dentro de los términos del artículo 23 de la C. Pol.; motivos que no son compartidos por esa Corporación, pues la actividad de la accionada se inscribe dentro de los servicios públicos, y, en tal virtud, aún en tratándose de empresas particulares, estas tienen la obligación de responder las peticiones de sus usuarios, suscriptores y terceros en relación con la efi-

ciente prestación del servicio público de energía eléctrica en razón a la prevalencia de actividad pública que cumplen. Así mismo considera que para estos efectos es aplicable la Ley 142 de 1994, según la cual el carácter de derecho privado de las empresas de servicios públicos no las sustrae o hace ajenas del control y vigilancia no solo de las entidades estatales, sino de las organizaciones o comités conformados por los ciudadanos, lo cual le permite concluir que la naturaleza de entidad privada no es barrera inexpugnable para el escriturario de sus actos que, reitera, afectan a los administrados en general.

2.1.2. Por su parte, la empresa accionada, en su impugnación, manifiesta que el Tribunal decidió la tutela antes de vencer el término legal para ejercer su defensa, razón por la cual debe revocarse el fallo; dice, además, que la sentencia no es congruente porque no estimó, no valoró, ni practicó las pruebas, pues el accionante no es usuario de la E.E.B., tampoco quedó probado su interés social o público en la actuación, ni que ostente la representación o sea miembro de algún comité de usuarios de la E.E.B. Igualmente aduce la errónea interpretación que hace el Tribunal de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en cuanto al derecho de petición de información que cabe a los terceros frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Además, considera que el juez constitucional vulnera con su decisión los preceptos de la Ley 142 de 1994 y los derechos fundamentales de igualdad e intimidad de las empresas de servicios públicos, así como el carácter confidencial que otorga la Ley 57 de 1985 a los documentos públicos. Y, por último, alega que por contar el peticionario con mecanismo de defensa judicial distinto de la acción de tutela, cual es la jurisdicción contenciosa administrativa, que permita decidir la controversia desatada con la afirmación del Tribunal Superior de otorgar a los documentos objeto de la petición el carácter de públicos, la acción impetrada por esta razón resulta abiertamente improcedente.

2.2. Sintetizado lo anterior, entra la Corte al estudio de la impugnación en comento.

2.2.1. En primer lugar, no le asiste razón al impugnante en sus fundamentos, por las siguientes razones.

2.2.1.1. Porque si la garantía del derecho de defensa se encuentra limitada material y jurídicamente por la división del proceso en primera y segunda instancia, mal puede decirse que aquella se desatienda si para el momento en que se adopta la decisión, la sesión de 3 de junio de 1998, no se había hecho uso de los mecanismos mencionados, aun cuando estos se hayan presentado antes de la formalización o suscripción de aquella decisión, lo cual es distinto de aquella. No obstante lo anterior, si cualquier diferencia se tiene en cuenta en esta instancia, esta circunstancia la remedia suficientemente.

2.2.1.2. Por otra parte, tampoco encuentra la Sala la incongruencia que el impugnante le achaza al fallo. Porque si en la acción de tutela se habla de pertenencia estatal de proporción mayoritaria del capital de la accionada y de

servicio público, y si en éste legalmente están interesados los suscriptores o contratantes, los usuarios o beneficiarios, y los terceros o ciudadanos en general, no resulta entonces infundada la consideración del Tribunal sobre el interés general aducido por el accionante en la petición cuya vulneración allí se ampara.

2.2.1.3. De igual manera observa la Corte de que si la accionada no acreditó que las actuaciones objeto de petición no eran objeto de reserva o pertenecientes al estricto interés particular ajeno a la prestación del servicio público, resulta intrascendente que el Tribunal hubiese hecho, a su juicio erróneamente, consideración sobre la naturaleza pública de la misma; porque, arriba quedó expuesto, sea que tenga esa naturaleza pública o privada, le era necesario aducir y acreditar el interés estrictamente particular y extraño al servicio público. Sin embargo, no aparece por cuanto la actuación solicitada se refiere a las copias de las actas de las sesiones de junta directiva celebrada durante el año de 1997, cuando la empresa no había sido transformada y su capital era oficial, en lo cual tiene interés el Estado, a más de ser de interés público o general.

2.2.1.4. Tampoco le asiste razón al impugnante en la improcedencia de la tutela, porque si al destinatario no le cabe la facultad de determinar o no la existencia de la petición sino su precisión y aclaración o complementación, y si la simple respuesta con el argumento de tratarse de asuntos societarios no resulta adecuada a lo pedido, mal puede afirmarse satisfecho el derecho de petición.

2.2.3. En cambio, le asiste razón al *a quo* cuando encuentra lesionado aquel derecho y procede a ampararlo, porque habiéndose presentado solicitud de información el día 12 de marzo de 1998, la E.F.B. respondió mediante oficio de marzo 30 del presente año, respuesta que por no ser adecuada, configura aquella vulneración.

2.3. En consecuencia, el fallo se confirmará.

V. DISCUSIÓN

En mérito de lo expuesto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia preanotada.

Notifíquese a las partes interesadas, comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto, y ofíciase.

Remítase el expediente a la II. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO PENAL: Bajo el criterio de dar aplicación al artículo 14 del Código de Procedimiento Penal y de restablecer las cosas al estado predelictual, no pueden desconocerse normas y principios que apuntan a amparar al *tercero de buena fe* que, actuando de ese modo, ha adquirido un derecho no vinculado en este caso a la conducta presuntamente delictiva del procesado.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 5136

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de primero (1º) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual se denegó la solicitud de amparo constitucional pedido por el señor *José Francisco Jiménez Monsalve*, quien actúa aquí representado por apoderado judicial, contra la *Fiscalía 109 de la Unidad Tercera de Delitos Contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, la Fiscalía de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca y el Juzgado Cuarenta y Siete Penal de Circuito* de esta capital.

ANTECEDENTES

1. Al estimar violado su "derecho fundamental a la posesión" que ejerce sobre el vehículo automotor de placas SFP-749 con las actuaciones cumplidas por las Fiscalías aquí accionadas en el proceso penal No. 248340, el que adicionalmente identifica con los nombres de los sindicatos y del denunciante, el peticionario reclama "se declare nula la providencia de fecha 4 de abril de 1997...; nulidad que comprende el proveído confirmatorio de segunda instancia de fecha 22 de mayo de 1997..., mediante los cuales se niega la restitución a mi mandante de dicho automotor y en su lugar declarar que mi representado tiene derecho a conservar la posesión material sobre el mencionado bien, ordenando al precitado Fiscal practicar directamente la restitución a favor de mi procurado en el preteritorio término de cuarenta y ocho horas".

Respecto del Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de esta ciudad, de manera subsidiaria afirma la violación del debido proceso "al haber rechazado de plano por improcedentes las solicitudes de revisión de legalidad pre-

sentadas ante la mencionada Fiscalía los días 11 de marzo de 1997 y 11 de junio de 1997; rechazo que se efectuó por proveídos del 6 de junio de 1997 y 24 de junio de 1997, respectivamente;...".

2. Son hechos sustentatorios de la queja, los que pasan a compendiarse:

2.1. El accionante, mediante contrato celebrado el 5 de octubre de 1995, compró a la sociedad *Concesionario Andino Automotriz Ltda.* el vehículo de servicio público de placas SFP-749 por la suma de \$11.000.000.00, que financiada ascendió a la suma de \$13.360.196.00, el cual le fue entregado de manera real y material en esa misma fecha.

2.2. La mencionada sociedad había recibido tal automotor de manos de *Gustavo Ernesto Martínez Acosta*, su propietario inscrito, con quien celebró "contrato de consignación" el 27 de septiembre de 1995, en donde la facultó para venderlo.

2.3. Días después de celebrada la venta del vehículo al accionante, el señor *Martínez Acosta*, por intermedio de su mandataria (concesionaria), entregó al comprador los siguientes documentos: "Copia de la 'Declaración Unificada de Impuesto de Vehículos' por el 'Año Gravable 1995' pagado el 6 de junio de dicho año; original de la tarjeta de operaciones con vencimiento el 25 de agosto de 1996; original del levantamiento de la prenda que pesaba sobre el vehículo; original computarizado en dos hojas del 'Revisado' del automotor de fecha 22 de noviembre de 1994 y original de la tarjeta del radioteléfono, expedida por 'Radio Taxi Aeropuerto S.A.'".

2.4. Como quiera que la sociedad *Concesionario Andino Automotriz Ltda.* no le cumplió a *Gustavo Ernesto Martínez Acosta* lo estipulado en el "contrato de consignación", el cual es inoponible al aquí accionante, éste -*Martínez Acosta*-, a sabiendas de que el automotor ya había sido vendido y entregado al aquí peticionario, denunció penalmente por estafa a las personas naturales que actuaron en representación de la citada sociedad, persiguiendo con ello, de un lado, forzar el pago del dinero que tal persona jurídica le adeudaba y, de otro, arrebatar la posesión pacífica que del automotor venía ejerciendo *José Francisco Jiménez Monsalve*.

2.5. Después de destacar que el accionante, por intermedio del apoderado que también en este asunto lo representa, promovió incidente dirigido a obtener para sí la entrega del automotor alegando su calidad de tercero poseedor, el cual tanto en primera como en segunda instancia fue denegado mediante las providencias aquí combatidas, señala en torno al proveído de 4 de abril de 1997, que "no obstante reconocer que mi mandante tiene la posesión material; sin embargo considera que ésta no es oponible a la propiedad inscrita" y que "Incurre aquí el a quo en el grave error de considerar que para efectos del trámite de la pretensión incidental, la propiedad inscrita (certificado de tradición) tiene prevalencia sobre la posesión, cuando lo cierto es (sic) que aquella legalmente ni se discute ni es objeto de la litis dentro del referido incidente".

2.6. Respecto de la resolución con que se confirmó la negativa del inferior, que data de 22 de mayo del año próximo pasado, precisa que "aunque aclara que la decisión 'no obedece a la primacía de los derechos reales en conflicto' argumentada por el *a quo*; resuelve erradamente confirmarla, dando por sentado que contra el denunciante *Gustavo Ernesto Martínez Acosta* su mandatario o sea *Concesionario Andino Automotriz Ltda.*, cometió el delito de Estafa en relación con el *Contrato de Consignación* que separadamente y con antelación efectuaron los mismos y que en consecuencia la adquisición posterior de la posesión por parte de mi mandante tiene como causa o fuente dicho delito: *consideración errática y totalmente alejada de la realidad, ...*".

2.7. De la comentada providencia de segunda instancia, proferida por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, adicionalmente censura, que no tuvo en cuenta que el referido contrato de consignación es inoponible al accionante; que la adquisición o compra que realizó el aquí petionario a la sociedad *Concesionario Andino Automotriz Ltda.*, no tiene como fuente o causa ningún delito; y, que la posesión alegada por *Jiménez Monsalve* fue plenamente acreditada en el curso del incidente tramitado para obtener la restitución del vehículo.

2.8. Advirtiendo que cuando la fiscalía *ad quem* declaró la nulidad de lo actuado en el proceso penal a partir de la resolución de 2 de mayo de 1996 (resolución de 30 de septiembre de 1996), adicionalmente ordenó a *Gustavo Ernesto Martínez Acosta* poner a disposición de la Fiscalía 109 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito el referido automotor sin que éste hubiese dado cumplimiento a tal mandato, el accionante señala que solicitó en dos ocasiones a esta última autoridad adoptara las medidas pertinentes (diligencia de aprehensión o captura) para el cumplimiento de la determinación de su superior, obteniendo como respuesta, primero en auto de 14 de noviembre de 1996, simplemente que se requiriera al obligado para que procediera de conformidad y, luego, en proveído de 18 de diciembre del mismo año, que se le solicitara "indicar a la Fiscalía la dirección donde debe poner a disposición el referido vehículo".

2.9. Así las cosas, acota el petionario, que respecto de esas determinaciones de 14 de noviembre y 18 de diciembre de 1996 y de las resoluciones de 4 de abril y 22 de mayo de 1997, mediante las cuales, según ya se vio, se decidió en primera y segunda instancia negativamente el incidente por él propuesto, elevó sendas solicitudes para que en la forma del artículo 82 de la Ley 190 de 1995 se efectuara la revisión de su legalidad, correspondiendo el conocimiento de las mismas al Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de esta capital.

2.10. Dicha autoridad, mediante autos de 6 y 24 de junio de 1997, rechazó de plano los pedimentos de control de legalidad de las decisiones adoptadas por los fiscales instructores del proceso, argumentando "que la revisión de legalidad establecida en la precitada norma es sólo para los delitos contra la administración pública cuando en éstos se tomen decisiones que afecten la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles".

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, después de referirse a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, descarta el acogimiento de la solicitud de tutela, porque respecto de las decisiones aquí cuestionadas "no se observa que, de la manera anteriormente dicha, quebrantaran palmariamente derecho alguno".

En lo que toca con la determinación de segunda instancia que adoptó la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, confirmatoria de la resolución que en primera instancia negó los pedimentos que por vía incidental elevara el accionante dentro del proceso penal de que se trata, apunta que "de ninguna manera puede afirmarse que con esa providencia se hubiere cometido abiertamente vía de hecho, toda vez que, independientemente de los criterios jurídicos que se puedan tener en torno al tema materia de debate, ella aparece aceptablemente fundamentada, sin que ahora le sea dable al Tribunal, como juez de tutela, entrar a cuestionar los aspectos legales de la misma, como tampoco el manejo que se le diera al haz probatorio, toda vez que ello sería tanto como invadir la autonomía de los funcionarios encargados de administrar justicia".

En igual sentido se pronuncia en cuanto a las decisiones que emitiera el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito y que son objeto también de reproche en el escrito iniciador de este asunto y agrega, que "en todo caso, observa la Sala que en la providencia, amén de esa fundamentación, expuso otra de orden legal, al manifestar que, contra el criterio que guiaba dicho control de revisión, en realidad lo que procuraba el incidentante era que se adoptara una decisión de fondo acerca de la pretendida posesión, por no compartir las consideraciones expuestas en cada una de las instancias, lo que no era dable estimar, debido a que ello vendría a implicar revocar las providencias que negaron la entrega del bien".

LA IMPUGNACIÓN

El accionante, por intermedio de su apoderado judicial, impugna la sentencia de primera instancia, la cual solicita sea revocada para que en su lugar se conceda el amparo suplicado, reiterando los argumentos de orden fáctico en que respaldó la queja. Insiste, pues, que la posesión del automotor radicada en su cabeza fue debidamente comprobada y que tal derecho no tiene como causa el delito, en razón a que "Gustavo Ernesto Martínez Acosta como su mandatario Concesionario Andino Automotriz Ltda. le transfirieron de buena fe a mí mandante la posesión, sin que existiera ninguna maniobra engañosa. Así (sic) mismo dichas personas le hicieron creer en forma invencible a mí mandante que había adquirido la misma, exenta de fraude y de cualquier vicio".

En definitiva concluye, que "No se trata como se afirma en el fallo impugnado de que la presente acción de tutela, constituye un paralelismo o una intromisión en las funciones de que es competente la Fiscalía, pues es esen-

cial tener en cuenta que ante dicho ente mi mandante ya agotó como tercero el trámite incidental a que se contrae el artículo 150 del C. de P.P. siendo infructuoso el restablecimiento del derecho fundamental de la posesión material, que allí tratara de defender y por esa razón acude a la acción de tutela, máxime que el trámite formal de un incidente no constituye propiamente un acto de justicia cuando el derecho sustancial, en este caso la posesión, es desconocida".

Respecto de las decisiones del Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de esta ciudad, resalta que su inconformidad recae en el hecho de "haber omitido el trámite de revisión de legalidad solicitado consagrado en el artículo 82 de la Ley 190 de 1995 para todos los delitos en tratándose de decisiones que afectan la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes". Agrega que "Sin embargo considero que la acción de tutela a pesar de la subsidiariedad mencionada, prioritariamente debe proteger en forma oportuna y pronta el derecho sustancial, en este caso la posesión material".

CONSIDERACIONES

1. Como de manera permanente lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, por vía de argumentación general, la acción de tutela es improcedente cuando se la emplea para combatir providencias judiciales, pues en procura de la autonomía e independencia de los jueces y en guarda de la seguridad jurídica no es conveniente, en principio, que dichos actos puedan impugnarse por fuera del proceso mismo en que resultaron proferidos, al interior de los cuales los sujetos procesales cuentan normalmente con las oportunidades de defensa pertinentes.

Con todo, también así se ha puntualizado, sólo por vía de excepción procede la tutela frente a proveimientos de ese orden, cuando, no disponiéndose de medio ordinario de defensa, ellos representan el fenómeno que ha dado en llamarse "vía de hecho judicial", por la que se entiende una actividad de conducta jurisdiccional que en cuanto fruto del capricho o del parecer irracional, no tiene ningún fundamento legal.

2. Examinadas las providencias de 4 de abril y 22 de mayo de 1997, mediante las cuales las unidades de fiscalía aquí accionadas decidieron negativamente el incidente promovido por el peticionario a fin de obtener para sí la entrega del vehículo encartado en ese asunto penal, se encuentra que en ellas, si bien es cierto se acepta su calidad de poseedor material del automotor, no se accede a su pedimento por cuanto no habiéndose verificado por parte de Martínez Acosta el traspaso al actor en tutela, opera en favor de aquél el mandato del artículo 762 del Código Civil y, por tanto, la propiedad de que es titular desvirtúa la posesión de Jiménez Monsalve (fallo de primera instancia); o, porque, como se dice en el proveído que desató la apelación planteada por el propio incidentante después de citar y transcribir algunos fallos de esta Corporación y de la Corte Constitucional, "...con independencia de que el tercero haya sido un adquirente de buena fe (sic), si el bien constituye el objeto material de un delito, sus derechos no fueron adquiridos con justo

titulo y por lo tanto carecen de protección legal inmediata" de donde, agrega, "tanto el propietario del vehículo como el posterior poseedor del mismo fueron asaltados en su buena fe (sic), debiendo quien realizó esos ilícitos comportamiento (sic) responder penal y civilmente por los daños con ellos ocasionados. Simplemente que frente al principio de Restablecimiento del Derecho, según el cual, se reitera, las cosas deben volver al estado en que se encontraban con anterioridad a la comisión del punible, cesando de ésta forma los efectos creados por el comportamiento delictivo, el vehículo debe ser entregado a quien fue despojado del mismo como consecuencia de la inducción en error propia del delito de estafa, como sucedió en el caso que nos ocupa".

3. Propio es entonces entender, que la negativa a entregar al aquí accionante el vehículo objeto de su pretensión incidental, tuvo por causa el principio de "Restablecimiento del Derecho" por virtud del cual, independientemente de que un tercero haya adquirido el bien que se presume objeto del delito actuando de buena fe, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de la ocurrencia del punible y no, que don *José Francisco Jiménez Monsalve* fuera calificado por los fiscales del conocimiento como comprador de mala fe. Con otras palabras, cabe apuntar que las determinaciones que se comentan, fueron adoptadas con independencia del hecho de que *Jiménez Monsalve* fuera adquirente de buena fe del bien mueble comprometido en el delito por el que se adelanta la aludida investigación.

4. En su providencia de 4 de abril de 1997, el Fiscal Seccional Delegado Ciento Nueve deja sentado además que: la prueba evidencia que el vehículo "fue entregado en consignación por *Gustavo Ernesto Martínez Acosta* el 27 de septiembre de 1995 a la Concesionaria Andino Automotriz o *Savitra Mireya Camelo...*"; que "La Concesionaria Andino Automotriz, el cinco de octubre de 1995, procedió a vender el automotor de marras a *José Francisco Jiménez Monsalve...*" (accionante en tutela, se agrega); que el proceso por el presunto delito de estafa "se encuentra en la etapa instructiva y por ende no se ha establecido si hay no (sic) responsabilidad de parte de los denunciados"; que el tercero incidental y aquí ahora accionante "ha probado que el automóvil de marras lo compró a la Concesionaria..."; que dicho tercero probó que al momento de ser retenido el vehículo por órdenes de ese despacho él "se encontraba bajo la posesión del peticionario"; y que la "ley ampara al poseedor de buena fe; pero el legislador al mismo tiempo consideró que ese derecho predomina de acuerdo al artículo 762 del Código Civil, mientras no desaparezca ante la presencia de un título anterior".

Por su parte, el Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca que conoció de la apelación del pronunciamiento anterior, tras destacar en su providencia de 22 de mayo de 1997 que se trata de "establecer cuál de los derechos de los sujetos procesales intervinientes dentro del incidente priman, vale decir el de la víctima del delito o aquel que ostenta el tercero adquirente de buena fe sobre el objeto material en el que recayó la ilícita conducta", concluye, con apoyo en citas de doctrina y jurisprudencia que "...con independencia de que el tercero haya sido un adquirente

de buena fe, si el bien constituye el objeto material de un delito, sus derechos no fueron adquiridos con justo título y por lo tanto carecen de protección legal inmediata". Con fundamento en ese criterio confirmó la providencia apelada denegatoria de la solicitud de entrega del vehículo elevada por tercero promotor del incidente y aquí actor en tutela (fls. 30 a 49 del C. 2 de este expediente).

5. No hay duda entonces que las decisiones cuestionadas en tutela se tomaron dentro de un proceso penal por el presunto delito de estafa, en el que en concepto de su instructor no se ha establecido si hay o no responsabilidad de parte de los denunciados y en el que se ha reconocido al aquí accionante como comprador de buena fe del automotor que, retenido por orden de dicha autoridad no obstante el mencionado estado de la investigación, no le fue restituido ante la correspondiente petición de entrega a pesar de su ninguna vinculación con la conducta investigada.

Ante tal estado de cosas, se hace imperioso para la Corte brindar protección a los derechos fundamentales del accionante, pues bajo el criterio de dar aplicación al artículo 14 de C. de P.P. y de restablecer las cosas al estado predelictual, no pueden desconocerse normas y principios que apuntan a amparar al tercero de buena fe que, actuando de ese modo, ha adquirido un derecho no vinculado en este caso a la conducta presuntamente delictiva del procesado.

Por su importancia en general y por la trascendencia que adquieren sus apreciaciones en el caso *sub lite*, se estima pertinente transcribir, como seguidamente se hará, parte de las motivaciones de la sentencia de esta Sala que data de 23 de julio de 1996, en donde, al resolver recurso extraordinario de casación en un proceso reivindicatorio y a pesar de la improsperidad del mismo por errores técnicos en su formulación, se pronunció sobre la situación del tercero adquirente de buena fe de un bien cuya tradición, luego de operar en su favor su transmisión, se ve afectada por un hecho delictual que vicia el título del enajenante. Ha de advertirse, de un lado, que si bien es cierto ese fallo refiere a un bien inmueble, resulta ilustrativo para el evento traído a conocimiento de la Corte no obstante que aquí la discusión recae sobre un vehículo automotor y que el accionante no es el propietario del mismo. Dijo en esa oportunidad la Corporación:

"...la Corte no puede dejar de llamar la atención, en ejercicio de la alta función institucional que le compete de acuerdo con el Art. 365 del mismo cuerpo legal recién citado, que sin embargo del fatal desenlace del recurso interpuesto, salta a la vista el yerro jurídico en buena medida señalado por dicha impugnación, toda vez que al hacer lugar a la acción reivindicatoria entablada, los falladores de instancia quebrantaron cuando menos y en forma directa, por falta de aplicación, los Arts. 1766, 768 y 769 del C. Civil, así como también el Art. 267 del C. de P.C., y de contera aplicaron indebidamente los Arts. 53 del Decreto ley 050 de 1987 y 61 del Decreto-ley 2700 de 1991, preceptos estos últimos que no son de carácter absoluto y ante ellos, a la

ligera, no pueden hacerse cesar mecánicamente conocidas reglas de protección de la apariencia establecidas en favor del tercero de buena fe exenta de culpa,...

"En efecto, para nadie es desconocido que aun con menoscabo de principios inspirados en la más pura lógica racional, expresados de distintas maneras en textos positivos y en consonancia con los cuales se afirma que nadie puede transferir lo que no tiene y asimismo, se predica la exigibilidad de razonable diligencia en la penetración de meras apariencias para seguridad propia de quienes actúan en el tráfico jurídico, el derecho moderno ha adelantado mucho en la protección de la buena fe, lo que depende, al decir de autorizados expositores (Andreas Von Thur, Teoría General del Derecho Civil Alemán [sic], Vol. II, Cap. Primero, Num. 49), '...de que, en muchos casos, el amplio y multiforme desarrollo de la circulación económica actual no permite a las partes conocer exactamente la situación jurídica; deben poder confiar en que sea ella tal como se les presenta. Luego cuando existen ciertas condiciones, la ley protege esa confianza y hace que se produzcan los efectos que a raíz de su opinión errónea el agente tenía razón de esperar, y que para el agente de buena fe sean menos graves los efectos que el *factum* real produciría en perjuicio suyo.', agregando a renglón seguido que esta acción tutelar de la ley en defensa de la buena fe, concebida como un estado de conocimiento erróneo y no reprochable con relación a un título o relación jurídica que interesa a quien padece una equivocación de tal naturaleza, '....no es posible sin perjuicio para el titular verdadero; los derechos existentes son dañados en la misma medida en que la circulación negocial resulta beneficiada...'. Dicho en otras palabras, la ley toma en consideración la buena fe libre de toda culpa con el exclusivo propósito de proteger la honestidad en la circulación de los bienes, honestidad que por lo demás el ordenamiento presume debido a lo que suele identificarse en la teoría como una prerrogativa general de probidad consagrada inclusive como valor superior a nivel constitucional (Art. 83 de la C. N.).

6. Como lo ha expresado esta Sala al resolver casos de tutela semejantes y no sin antes notar la complejidad de la cuestión por ausencia de un sistema normativo completo que regule la materia con claridad, la aplicación del artículo 14 del C. de P.P. no puede ser entendida de manera sistemática e irrestricta, es decir desligada de la coherencia predicable de un sistema legal integral, para procurar en todos los eventos como función mecánica e ineludible el restablecimiento de derechos patrimoniales quebrantados como consecuencia de fraudes punibles, pues tal proceder debe estar apoyado en una reflexión racional como se deduce del texto mismo de dicho precepto y lo ha notado esta Sala, al precisar que ese restablecimiento es viable sólo en cuanto "sea posible" (sent. de 24 de marzo de 1998, exp. de tutela N° 4826), esto es en cuanto esas medidas se adopten frente a sujetos procesales vinculados de alguna manera con el delito. Este condicionamiento que en el presente caso no se da por estar de por medio los derechos de un tercero de buena fe, obligaba a que las decisiones extrapenales aquí combatidas hubiesen sido adopta-

das por la jurisdicción civil y no por las autoridades accionadas, que de esa manera despojaron al accionante de la tenencia o de la posesión que ellos le reconocieron sobre el automotor sin mediar un "debido proceso legal", porque como adicionalmente lo ha dicho esta Sala "una cosa son las facultades para procurar el restablecimiento del derecho que pueden llegar hasta disponer la cancelación de títulos o registros producto del ilícito penal investigado, cosa que desde luego están autorizados para hacer los funcionarios del orden jurisdiccional penal en la medida en que se cumplan a cabalidad los requisitos para tal fin (v. gr. frente al tercero de mala fe, se agrega), y otra bien distinta la garantía patrimonial de pago de los perjuicios derivados del hecho punible" (sent. de 6 de marzo de 1997, expediente de tutela N° 3873), medidas que puede hacer actuar la jurisdicción penal frente a los responsables del ilícito.

De manera que no porque a la posesión del accionante se enfrentó un título de propiedad anterior que la sometía, como lo dijo uno de los funcionarios accionados, ni porque hubiese que dar aplicación irrestricta e indefectible al artículo 14 del C. de P.P. aún con desconocimiento de los derechos de terceros de buena fe y del propio entendimiento armónico del derecho positivo, en general, como lo dijo otro de dichos funcionarios, sino por cuanto la decisión de despojar al accionante de la posesión que según ellos tenía sobre el automotor no les competía por ser función propia de la jurisdicción civil, al estar desvinculado ese tercero del ilícito y al mediar así mismo en su favor unas pretensiones de contenido contractual, lo que determina el desconocimiento del "debido proceso legal" al actor de esta tutela, y lo que explica que las decisiones asumidas por dichos funcionarios constituyan una vía de hecho judicial, como quiera que resultarían abiertamente contrarias a los artículos 29, 58 y 83 de la Constitución Nacional, desconocen los artículos 768, 769 y 947 del C. de P.C. y contienen una indebida aplicación del artículo 14 del C. de P.P.

7. Con más veras debe sostenerse lo anterior si se tiene en cuenta que, cual lo dijo el Fiscal Delegado Ciento Nueve en su aludida providencia de 4 de abril de 1997, el proceso "se encuentra en etapa instructiva y por ende no se ha establecido si hay no (sic) responsabilidad de parte de los denunciados", lo cual se traduce en que al momento de adoptarse las decisiones aquí combatidas no existía al interior de la investigación siquiera un fundamento atendible de responsabilidad como sería la resolución acusatoria, porque como también lo ha precisado esta Sala "...el restablecimiento del derecho a que se refiere el artículo 14 del C. de P.P., tiene condicionada su eficacia a la existencia comprobada de un hecho punible, única manera, dicho sea de paso, en que la jurisdicción penal quedaría habilitada para aplicarse a decidir sobre materias de la naturaleza de que se viene tratando" (sentencia de 23 de mayo de 1997; y 25 de julio de 1997, exp. Tutela N° 4255).

8. Habiendo sostenido el accionante que con el producido generado con la explotación del tantas veces mencionado vehículo automotor, él obtenía los recursos económicos para atender su personal subsistencia y la de su fami-

lla, afirmación que habrá de admitirse con los alcances del artículo 83 Superior, resulta idóneo brindar amparo a la posesión que detentaba sobre el automotor hasta antes de que le fuera arrebatado por orden de la autoridad que conoce del proceso penal.

9. Cónsecuente con lo anterior y correspondiendo, según se dijo, el proveído de 22 de mayo del año próximo pasado, proferido por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, a una vía de hecho judicial, lo que por sí lo hace inexistente, previa revocatoria del fallo de tutela impugnado, se ordenará a tal autoridad que dentro de los diez (10) días siguientes a cuando reciba la actuación necesaria para ello, que deberá solicitar al funcionario de primera instancia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas posteriores a cuando se le entere de esta determinación, decida con sujeción a la Constitución Nacional y a la ley la apelación planteada en ese asunto penal por el tercero incidentante y que fue de su conocimiento.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Revoca* el fallo de primero (1º) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y, en su lugar,

RESUELVE:

Primero: Acceder a la solicitud de tutela origen de esta tramitación para amparar la posesión que el señor *José Francisco Jiménez Monsalve* detenta sobre el automotor de placas SFP-749.

Segundo: Ordenar a aquél de los funcionarios accionados que esté conociendo actualmente del proceso, adoptar las medidas necesarias para que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta determinación, le sea restituido al accionante *Jiménez Monsalve* el citado automotor.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto al accionante, a su apoderado judicial y al Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de la ciudad; a las fiscalías accionadas mediante oficio a los que se anexará copia íntegra de este fallo; envíese en forma inmediata copia de esta providencia al Tribunal de instancia para lo de su cargo; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Librense los oficios del caso.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO CIVIL: No puede el juez frente a *acuerdos conciliatorios* de las partes limitarse a impartirles aprobación, si el convenio presentado disponía de derechos de los que no era titular la parte sino un tercero lo procedente era adoptar las medidas para que se corrigiera la fórmula en lo que fuere necesario para ahí sí, y sólo de subsanarse la anomalía, aprobarlo. El incumplimiento de esta obligación hace que la aprobación del acuerdo ilegal incurriera en el campo de las vías de hecho.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bochara Simancas

Ref.: Expediente No. 5155

Despachó la Corte la impugnación formulada contra el fallo de cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio del cual se accedió al amparo constitucional pedido por la señora *Dora Martínez de Vélez* contra el *Juzgado Primero de Familia de Itagüí (Ant.)*.

ANTECEDENTES

1. Por estimar violados sus derechos a la propiedad privada, a la vida, al debido proceso, a la educación, y a la herencia, la accionante solicita que por vía de tutela "se deje sin valor el auto que aprobó la conciliación en el proceso intrafamiliar Nro. 9679 de 1998, de fecha 28 de abril de 1998 en cuanto afecta mis derechos fundamentales ya enunciados, o sea en lo relativo al cambio de arrendadora del apartamento Nro. 67-01 de la calle 32 de Itagüí, o en subsidio, que se declare que tanto el embargo de los cánones de dicho apartamento, como en el cambio de arrendadora del apartamento en mención, *no me es oponible por no ser parte en dichas diligencias*. Por lo tanto no me cabe ninguna sanción en caso de incumplimiento".

2. En respaldo de la queja, su proponente, en síntesis, señala ser la arrendadora del referido apartamento y, por ende, la persona con derecho a percibir los correspondientes cánones de arrendamiento, con los que atiende el sustento y la educación de sus hijos, y, de otra parte, destaca que en el diligenciamiento de la solicitud de medidas de protección por violencia intrafamiliar (Ley 294 de 1996) que elevó la señora *Alicia Roldán de Martínez* en contra de *Luz María Martínez Roldán*, de que conoce el Juzgado accionan-

do, éste, mediante providencia de 28 de abril del año en curso, impartió aprobación al acuerdo conciliatorio celebrado por las partes de ese asunto, por virtud del cual se establece que la persona del arrendatario debe pagar en lo sucesivo las rentas a la precitada demandada y que debe suscribir en su favor, de *Luz Marina Martínez Roldán*, un nuevo contrato de arrendamiento respecto del mismo inmueble.

FALLO DEL TRIBUNAL

Después de referirse a los aspectos generales de la acción de tutela y a su procedencia excepcional cuando ella está dirigida en contra de providencias judiciales, el *a quo* acogió la petición de amparo origen de este diligenciamiento al estimar que con el auto aquí combatido, aprobatorio del acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes enfrentadas en el aludido trámite de violencia intrafamiliar, se vulneró el derecho al debido proceso de la accionante en tutela, pues, afirma, esa determinación no solucionó el conflicto planteado en tal controversia y, por el contrario, desconociendo que el inmueble sobre el que versó dicha convención no era de propiedad exclusiva de ninguna de las partes, afectó derechos de terceros.

LA IMPUGNACION

El doctor *Lizardo Marín Quintero*, Juez Primero de Familia de Itagüí (Ant.), mediante el escrito que aparece del folio 22 al 23 del cuaderno No. 1 del expediente, expresó su inconformidad con la comentada decisión del Tribunal la cual, por tanto, impugna, argumentando en resumen, que la Ley 294 de 1996 consagró la conciliación como una de las formas de solución de los conflictos de violencia intrafamiliar y que con tal base, en el caso *sub lite*, el despacho a su cargo se limitó, una vez las partes del diligenciamiento sometido a su conocimiento llegaron a un acuerdo, a impartirle aprobación, sin que, por tanto, pueda afirmarse que él adoptó medida alguna de protección, y menos una que desborde el marco fijado por la mencionada ley. En lo tocante al preciso acuerdo que por vía de conciliación fijaron las partes en la memorada tramitación, sostiene que se atuvo de buena fe a lo planteado por las partes y que, de todas maneras, el hecho de que doña *Alicia Roldán de Martínez* no sea la única propietaria del bien sobre el que giró esa convención, no es una circunstancia que invalide la conciliación o que haga su aprobación un acto ilegal, por cuanto la verdadera arrendadora del apartamento podía oponerse al cumplimiento de la comunicación librada por el juzgado.

CONSIDERACIONES

1, Como de manera permanente lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, por vía de argumentación general, la acción de tutela es improcedente cuando se la emplea para combatir providencias judiciales, pues en procura de la autonomía e independencia de los jueces y en guarda de la seguridad jurídica no es conveniente, en principio, que dichos actos puedan impugnarse por fuera del proceso mismo en que resultaron proferidos, al interior de los cuales los sujetos procesales cuentan normalmente con las oportunidades de defensa pertinentes.

Con todo, también así se ha puntualizado, sólo por vía de excepción procede la tutela frente a proveimientos de ese orden, cuando, no disponiéndose de medio ordinario de defensa, ellos representan el fenómeno que ha dado en llamarse "vía de hecho judicial", por la que se entiende una actividad de conducta jurisdiccional que en cuanto fruto del capricho o del parecer irracional, no tiene ningún fundamento legal.

2. Descendiendo al caso traído a conocimiento de la Corte es lo primero subrayar que, tal y como se desprende del acta que recoge la audiencia de conciliación surtida el 28 de abril del año en curso dentro de la solicitud de medidas de protección por violencia intrafamiliar de *Alicia Roldán de Martínez* contra *Luz Marina Martínez Roldán* (fls. 29 a 31, cd. 3), la allí peticionaria se comprometió a "hacerle traspaso del apartamento con este señor Velásquez (sic), documento que tiene su hija Dora, traspaso que se hará hoy mismo, de no localizarse el documento se hará un contrato nuevo con el nombre de Luz Marina Martínez (sic) Roldán (sic)" (resaltado fuera del texto) y que fue ese, precisamente, el acuerdo conciliatorio que ameritó la aprobación del juez aquí accionando.

3. De suyo, entonces, forzoso es ver que desde el mismo momento en que, dentro de la audiencia, se planteó esa fórmula de arreglo, fue viable para el juez del conocimiento colegir, siguiendo el sentido de las manifestaciones de la demandante, que no era ella la arrendadora del mencionado inmueble y que, por el contrario, tal calidad estaba radicada en cabeza de "su hija Dora", circunstancia que también debe considerarse del pleno conocimiento de las partes de ese especial diligenciamiento, quienes, valga acotarlo, son respectivamente la madre y la hermana de la actora en tutela.

4. Siendo ello así, es del caso concluir que, en efecto, el auto aprobatorio de la conciliación indicada emitido por el funcionario aquí vinculado, sin tener en cuenta que ello implicaba el desconocimiento del derecho de un tercero (Dora Martínez Roldán) porque partió del hecho de que la señora Roldán "dijo figurar como arrendadora", incursona en el campo de las vías de hecho, por cuanto era su obligación, a más de velar porque el acuerdo de las partes tuviese la virtualidad de solucionar el conflicto entre ellas suscitado y de establecer que él versara sobre derechos respecto de los cuales las partes allí intervinientes pudieron disponer, estaba llamado a enterarse cabalmente sobre qué bienes versaba la conciliación; cuestión esta última que lo hubiese llevado a entender que la señora Roldán cedió un contrato de arrendamiento a su hija Luz Marina, contrato del cual ella no era la arrendadora pues en esa posición estaba colocada la accionante en tutela.

No pueden los jueces frente a acuerdos conciliatorios que desbordan el marco fijado por la Constitución Nacional o la ley, limitarse a impartirles aprobación, pues de poderse detectar su ilegalidad, como aquí aconteció, deben adoptar las medidas para que las partes corrijan la fórmula en lo que se haga necesario para ahí sí, y sólo de subsanarse la anomalía, aprobarlos; en tanto

ello no sea así, la conciliación definida por las partes no podrá merecer acogimiento por el funcionario ante quien ocurrió.

5. Que en el evento que se examina las señoras *Alicia Roldán de Martínez* y *Luz Marina Martínez Roldán* acordaran por vía de conciliación, que la segunda pasara a ser la arrendadora en el contrato de arrendamiento que la accionante en tutela había celebrado de antes con el señor *Gabriel Velásquez* y que desde el mismo momento de la conciliación éste, el arrendatario, quedaba obligado a pagar las rentas a aquélla, la nueva arrendadora, es sin duda una circunstancia que por lo enunciado afecta los derechos de la aquí peticionaria, por cuanto ella no fue parte en el diligenciamiento en que se realizó esa conciliación.

Ahora bien, como el Juez aquí combatido pudo, previamente a emitir el auto aprobatorio del reprochado acuerdo, constatar la ilegalidad del mismo, por comprometer derechos de que no eran titulares quienes lo celebraron sino un tercero al proceso, su decisión se muestra, como lo entendió el *a quo*, conculcante del derecho al debido proceso de la reclamante del amparo que se analiza.

6. Lo dicho es, entonces, suficiente para deducir el acierto del fallo impugnado el cual, por ende, será confirmado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Oficiese como corresponda.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

SEGURIDAD SOCIAL: Demostrado que la falta de suministro de medicamento solicitado por la accionante no implica un riesgo inminente para su vida, la EPS sólo está obligada a la cobertura señalada tanto en ley 100 de 1993 como en el Decreto 806 de 1998. Por tanto, si el medicamento no forma parte del POS la negativa a suministrarlo no puede considerarse arbitraria, en especial, si el Comité técnico científico estableció que el peticionario no se encuentra en alguna de las circunstancias que establece el artículo 8° del acuerdo 83 del Ministerio de Salud

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Becherra Simancas

Ref.: Expediente No. 5149

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual se accedió al amparo constitucional pedido por la señora *Diana Patricia Vera Peralta* contra *Cafesalud E.P.S.*

ANTECEDENTES

1. Reclama la accionante: "Se tutele a mi favor el derecho fundamental a la vida, Título 2 Capítulo 1 Artículo 11 de la C.N. en conexo (sic) con mi derecho fundamental a la salud consagrado en el artículo 49 del mismo título y capítulo de nuestra Carta Política y el derecho a la seguridad social enmarcado en el artículo 48 de la C.N." y que, en consecuencia, "se ordene a la institución tutelada (sic) (E.P.S. Cafesalud) a proporcionar el tratamiento a saber como es el suministro de la droga Interferon Beta 1-A de fibroblastos humanos 3'000.000 cuyo nombre comercial es "Forne" por el tiempo necesario de acuerdo a prescripción médica".

2. En respaldo de tal solicitud la peticionaria, en resumen, señala, que se encuentra afiliada a la entidad accionada dentro del Plan Obligatorio de Salud y que hace aproximadamente diez meses acudió a consulta médica con el doctor Mario Muñoz, neurólogo adscrito a E.P.S. Cafesalud, quien, luego de diversos exámenes y pruebas, dictaminó que padece de "Esclerosis Múltiple".

Agrega, que en el mes de enero del año en curso, una vez concluyó su estado de embarazo, "y teniendo en cuenta la magnitud de mi enfermedad y las graves consecuencias que esto trae, el Dr. Muñoz ordenó mediante fórmula médica y con la mayor brevedad suministrar la droga *Interferon Beta 1-A* de *fibroblastos humanos 3'000.000* cuyo nombre comercial es "*Frone*",..., la cual, en definitiva, no le fue suministrada por la accionada, en razón a que "*El medicamento solicitado No cumple los criterios de formulación estipulados por la ley*", según comunicación escrita fechada el 6 de marzo último.

Relata la accionante que su caso, según la información que le fuera suministrada por E.P.S. Cafesalud, "entró a comité técnico y la respuesta fue la de negar la entrega del medicamento formulado" y que, dadas las características de su enfermedad, éste "*es el único a nivel de la investigación internacional actual, según reportes médicos que evidencia beneficios simultáneos para mi enfermedad, es decir por el momento no se ha descrito otro medicamento con iguales beneficios*", sténdole "*imperioso y con la mayor brevedad, iniciar el tratamiento con el Interferon Beta 1-A...*", el cual, acota adicionalmente, ha sido ordenado por vía de tutela en otros casos.

Finalmente, pone de presente su falta de recursos económicos para sufragar "*el alto costo del medicamento recetado de imperioso uso y que dada la cantidad a suministrar se hace bastante oneroso e imposible para nuestro presupuesto, máxime que su aplicación es por el momento dos (2) veces por semana por tiempo indefinido*" y, de otra parte, ser madre de dos niñas, una de dos años y otra de seis meses de edad, respecto de las cuales, afirma, "*se verían vulnerados sus derechos como niños a mantener vida plena en compañía de su madre si fallaran mis facultades físicas por omisión del tratamiento a mi enfermedad*".

3. La empresa accionada dio respuesta a la solicitud de tutela, oponiéndose a su acogimiento, para lo que informa que el medicamento *Interfero Beta 1-A* no se ha suministrado a la accionante en razón a que "*no se encuentra contemplado en las coberturas de Ley que rigen el Plan Obligatorio de Salud*".

Con invocación del artículo 8º del Acuerdo No. 83 de 23 de diciembre de 1997 del Ministerio de Salud, mediante el cual se reglamentaron los requisitos y obligaciones que deben cumplir la E.P.S. para poder autorizar medicamentos no contemplados por la ley, y el artículo 4º de la Resolución No. 05061 de la misma fecha y entidad, con la que se reglamentaron los Comités Técnico - Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, explica que el caso de la señora *Vera Peralta* fue llevado al respectivo comité técnico científico el cual, conforme acta de 24 de febrero, decidió negar el suministro de la referida medicina, en los términos de que da cuenta el documento que aparece a folios 34 a 38 del cuaderno No. 1 del expediente.

De manera especial solicita la citación del Estado - Ministerio de Salud "en virtud de que es dicha entidad en cumplimiento de sus obligaciones y deberes constitucionales, quien debe responder por el costo de los medica-

mentos que deban suministrarse al usuario y que no se encuentran contemplados expresamente en el Plan Obligatorio de Salud".

4. Como quiera que esta Corporación, mediante proveído de 7 de julio último, dispuso la citación al presente trámite de tutela de La Nación - Ministerio de Salud, dicha entidad, por intermedio de la Jefe de su Oficina Jurídica, presentó el escrito visible a folios 10 a 17 precedente en el que, con apoyo principalmente en la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 y su Acuerdo 83 de 23 de diciembre de 1997, refiere a los lineamientos generales del Plan Obligatorio de Salud y, en lo tocante al caso *sub lite*, destaca que debe exonerarse de toda responsabilidad a la Nación - Ministerio de Salud, "toda vez que el Comité Científico-Técnico realizado para el caso en estudio conceptuó la no viabilidad de la formulación del medicamento *Interferon Beta 1A*, con base en el estudio concreto de la historia clínica y con parámetros médicos, técnicos y científicos aplicables a los hechos materia de esta acción".

FALLO DEL TRIBUNAL

Se ocupa inicialmente el sentenciador de primer grado por delinear los aspectos generales de la acción de tutela y, seguidamente, apunta el carácter de fundamental del derecho a la vida y las condiciones que se hacen necesarias para que el derecho a la salud adquiera tal linaje. A continuación, previa transcripción que hace de uno de los fallos de esta Sala, concluye "Entonces, siendo así que la salud de *Diana Patricia Vera Peralta*, sin el suministro del medicamento antes mencionado y el tratamiento permanente que con el mismo (sic) debe seguir, evidentemente su vida pelagra gravemente, el Tribunal siguiendo las directrices trazadas por esa Alta Corporación en la sentencia cuyos apartes se dejaron transcritos, ordenará a *Cafesalud E.P.S.*, que proceda en forma inmediata suministrar (sic) la medicina requerida urgentemente por la accionante, con cargo a que el Estado posteriormente y dentro del término que se fijará le reembolse a la accionada el valor de los mismos, durante el tiempo que dure todo el tratamiento". Agrega, que como no se pudo concretar la práctica del testimonio del médico tratante de la peticionaria, quien era el más indicado para declarar "en el sentido de si la otra droga insinuada por la accionada podía sustituir con similares efectos a la aquí solicitada, ha de preferir el Tribunal la pedida directamente por el médico de la accionante (sic)".

IMPUGNACION

La entidad accionada impugnó el comentado fallo de primera instancia, inconformidad que sustenta como pasa, en resumen, a explicarse:

1. Dicho pronunciamiento ofrece amparo a un derecho que no reviste el carácter de fundamental "toda vez que el medicamento otorgado a la usuaria no es de carácter vital y no estamos frente a un peligro inminente de la vida". Previa explicación de las características de la enfermedad padecida por la actora en tutela, subraya que las crisis que la paciente presenta pueden ser tratadas de manera satisfactoria en la forma como se hizo en la última oportunidad en que estuvo hospitalizada, esto es, con la droga "*Metilprednisolona*".

2. No hay prueba que acredite "la efectividad de el medicamento y los posibles mecanismos alternativos propuestos por el Comité Técnico científico, para el tratamiento que se debe hacer en favor de la usuaria".

3. Los recursos del sistema de salud son limitados y por eso su gasto debe ser racionalizado porque, de lo contrario, no solo se pone en juego la vida de la afiliada aquí interviniente sino de todos los colombianos, situación que cobra mayor realce cuando el caso examinado no supone "una necesidad inmediata y fundamental del usuario..." y mas (sic) cuando los costos de los mismos realmente afectan seriamente al sistema".

4.- En el caso de autos, se cumplió a cabalidad el mecanismo de protección a los usuarios en el suministro de medicamentos, como quiera que "este procedimiento determinó en un Comité Técnico Científico, no acceder a la petición de la usuaria y ordenar un procedimiento alternativo que si (sic) le brinde a la usuaria un (sic) posibilidad de mejorar dicha patología".

Precisa, que en el evento de confirmarse el fallo del *a quo*, se limite el suministro del medicamento *Interferon Beta* a un lapso no superior a un año, "en el que debe demostrarse algún beneficio, si este no es claro clínica y/o radiológicamente, se suspendería la medicación, dando la oportunidad a un fármaco con reconocidos efectos benéficos que se encuentre en el Acuerdo 83 u otro no contemplado que demuestre claramente su beneficio en la salud de la paciente".

CONSIDERACIONES

1. Por desprenderse así del artículo 86 de la Carta Política, propio es afirmar, como de manera constante lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, que la acción de tutela es un mecanismo extraordinario dirigido, de un lado, a la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la amenaza o violación que en cuanto a ellos pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y, de otro, que ella no puede constituir o erigirse como una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda en general de los derechos de todo ciudadano.

Corolario de lo anterior es que la acción que ocupa ahora la atención de la Sala no puede, por tanto, utilizarse para la defensa de derechos diferentes a los constitucionales con rango de fundamentales, o cuando su afectación no deriva de una acción u omisión ilegítima de la autoridad o el particular contra quien se dirija la queja.

2. Como es ya conocido, la vida constituye por antonomasia el derecho fundamental de mayor alcance y autonomía, principio éste que ha servido de punto de partida a la jurisprudencia constitucional para señalar que "El derecho a la vida se constituye en el más fundamental de los derechos consagrados en la Carta Política de 1991 de manera expresa. Regulado por ésta, desde el primer artículo del capítulo primero del Título II, pone de presente su carácter prevalente y de condición necesaria para el ejercicio de los demás

derechos. El derecho a la existencia vital, es la causa que viene a justificar en últimas la existencia de los demás derechos, dentro de la perspectiva ampliada del anhelo del hombre del 'vivir bien' que se encuentra como inspiradora del resto de derechos fundamentales, asistenciales y colectivos. Esto es lo que justifica en el artículo 11 de la Carta, la inviolabilidad del derecho a la vida y la prohibición complementaria de la pena de muerte. Comprende el derecho a la vida, el derecho a morir de muerte natural, no inducta o provocada. En síntesis, se considera contenido del derecho a la vida, el derecho a no ser privado de ningún miembro corporal o vital, el derecho a la salud física y mental; el derecho al bienestar corporal o síquico y el derecho a la propia apariencia personal." (Sentencia T - 374 de 3 de septiembre de 1993).

Pero si bien es verdad que el derecho a la salud ha sido catalogado como un "Contenido del derecho a la vida" lo que ha llevado a sostener por parte de algunos expositores que atentar contra la salud equivale a atentar contra la propia vida, no puede pasarse por alto el carácter asistencial que en últimas ha recibido este derecho de la jurisprudencia constitucional, al afirmar ella que en principio el derecho a la salud es fundamental cuando toca en forma determinante con la protección a la vida.

De ahí la naturaleza de derecho autónomo atribuida a la salud y los precisos perfiles que para dicho derecho ha trazado la jurisprudencia al calificarlo de "derecho fundamental por conexión", lo que equivale a decir en términos de la Corte Constitucional que "... no siéndolo en principio por sí mismo, se le comunica tal carácter 'en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales' de forma que éstos quedan sometidos a vulneración o amenaza si aquél no se protege de manera inmediata ..." (Sentencia T-068 de 22 de febrero de 1994), o "... cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida" (Sentencia T-571 de 26 de octubre de 1992). Bajo la ameritada connotación que el derecho a la salud tiene y de acuerdo a los límites precisados, dentro de los cuales él adquiere alcance de fundamental, puede admitirse que, por ende, sólo desde esa perspectiva su desatención genera el ejercicio válido de la acción de tutela para perseguir con ella la expectativa fundada en su realización.

3. En lo que concierne al caso traído a conocimiento de esta Corte, una primera cuestión por indagar es, entonces, si el derecho a la salud cuya protección aquí se invoca tiene la connotación de fundamental, interrogante ante el cual esta Corporación, acudiendo a los elementos de juicio de que aquí se dispone, responde que no está acreditado que el no suministro del medicamento a que se refiere la queja implique frente a este caso concreto un riesgo inminente para la vida de la accionante, si bien no se desconoce y por el contrario se admite la conveniencia de los servicios médicos asistenciales que persigue, por los beneficios indiscutibles que para ella representan.

Al efecto, es especialmente dicente el informe rendido por el médico tratante de la peticionaria, doctor *Mario Muñoz C.*, en atención a la orden impartida por esta Corporación, conforme el cual "No administrar Interferon a esta

paciente no pone en peligro su vida. La esclerosis múltiple no es una enfermedad mortal".

La circunstancia comentada constituye, sin duda, un obstáculo para la concesión de la tutela, porque ante tales supuestos el derecho implorado a la salud no tiene el alcance de fundamental.

4. El Decreto 806 de 1998, derogatorio del Decreto 1938 de 5 de agosto de 1994, define el Plan Obligatorio de Salud como el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo a cargo de las entidades promotoras de salud, el que está sujeto en cuanto a la forma cómo debe prestarse, a lo que sobre el particular establecen la ley, los reglamentos, los manuales de procedimiento y las guías de atención integral.

Por tanto las empresas promotoras de salud (EPS), quienes son las responsables de poner en práctica el Plan Obligatorio de Salud, están en el deber de suministrarle a sus afiliados, cuando sus condiciones de salud lo requieran, la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y, en general, todos los servicios de esta índole que les sean indispensables de acuerdo con la ley.

Cabe, por lo mismo, sostener que la enfermedad padecida por la señora Vera Peralta ("esclerosis múltiple") debe ser atendida por la accionada de conformidad con la cobertura señalada tanto en la Ley 100 de 1993 como en el ya citado Decreto 806 de 1998 y, en punto de medicamentos, de acuerdo con el listado de los autorizados por el Acuerdo 83 de 23 de diciembre de 1997 del Ministerio de Salud. Al advertir que el medicamento formulado a la mencionada persona por su médico tratante (Interliron Beta 1 - A) no forma parte del indicado listado de medicamentos autorizados, pudiera decirse que Cafesalud E.P.S. no está obligada a suministrarlo y que, por tanto, su negativa a ello no corresponde a una determinación ilegítima, que habilite la operancia del mecanismo de tutela para, por esta vía, obtener con cargo a la accionada o al Estado la facilitación del mismo.

5. Ahora bien, a voces del artículo 8º del precitado Acuerdo 83 del Ministerio de Salud "Para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo... El Ministerio de Salud reglamentará la conformación de comités técnico - científicos dentro de las EPS, ARS e IPS los cuales establecerán las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo - efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios".

De suyo el Ministerio, mediante Resolución 05061 de la misma fecha (23 de diciembre de 1997), reglamentó los aludidos Comités Técnico - Científicos y en su artículo 4º estableció las pautas que el Comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales que, en resumen, corresponden a que su prescripción

sólo procede por el personal autorizado; que debe existir un riesgo inminente demostrable para la vida y salud del paciente; que su ordenación se produzca después de agotadas las posibilidades terapéuticas con medicamentos autorizados sin respuesta satisfactoria, o cuando se generen reacciones adversas intoleradas por el paciente, o porque existan contraindicaciones expresas sin alternativa en el listado, de lo cual deberá haber constancia en la historia clínica; que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país; y que tratándose de enfermedades de alto costo, su valor sea asumido por la entidad de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas.

6. En el caso de autos aparece plenamente comprobado con el documento de folios 34 a 40 del cuaderno No. 1, que la prescripción ordenada a la peticionaria por su médico tratante, por corresponder a un medicamento no incluido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, fue llevada a estudio del respectivo Comité y que éste en sesión de 24 de febrero del año en curso, previo el análisis de cada uno de los referidos factores, concluyó que "El medicamento solicitado por la usuaria identificada con el Número de cédula: 51.952.973, No cumple los criterios de Autorización (sic) del Decreto (sic) 05061, por lo tanto se considera: *Negada* la solicitud de formulación de *Interferon Beta*, debido a que aún no se han agotado los medicamentos contemplados en la Ley".

7. Así las cosas, forzoso es deducir que ninguna ilegalidad se advierte en el proceder de la Empresa Promotora de Salud accionada, por cuanto, como se ve, ella aplicó en el caso de la accionante el procedimiento respectivo, llevando a consideración del Comité Técnico - Científico la prescripción que le fuera ordenada, sin que éste autorizara, también con sujeción a las reglas pertinentes, el suministro de la droga.

8. Las razones que anteceden, conducen a colegir que, como se pide en la impugnación, la sentencia proferida por el fallador constitucional de primer grado deba ser revocada y, en su defecto, se niegue la solicitud de tutela origen de esta tramitación.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Revoca* el fallo de cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y, en su defecto, *Niega* la solicitud de tutela origen de esta tramitación.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y a la señora Ministra de Salud; y, en oportunidad, remítase a la Corte Constitucional, para la eventual revisión. Librese el oficio del caso.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DESIDO PROCESO DE FAMILIA: El funcionario accionado incurrió en una vía de hecho al fijar *alimentos provisionales* con base en un documento que carece de fuerza legal para acreditar el vínculo entre alimentante y alimentario, por no reunir los requisitos establecidos en el decreto 1260 de 1970, artículo 102. Es requisito indispensable para decretar tal medida el que se encuentre plenamente acreditado el parentesco del cual emerge el deber de asistencia familiar, parentesco cuya constatación no es asunto que la ley haya dejado al parecer individual de cada juez.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Ref.: Expediente No. 5183

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha 9 de junio de 1998, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual se concedió la tutela solicitada por Alonso Collazos Albornoz contra Carlos Humberto Tejada Ruiz, Juez Sexto de Familia de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

Considera el accionante, quien obra por conducto de apoderado, que el funcionario accionado lesionó el derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la C. N. al adelantar en su contra un proceso de alimentos admitiendo para el efecto, como prueba de la existencia de la obligación alimentaria, un registro civil de nacimiento sentado en forma contraria a la ley por el Notario Único del Circulo de Bahía Solano (Chocó), en el cual se le asigna la paternidad de la menor demandante sin haber sido reconocida ni mediar sentencia judicial que la hubiere declarado como su hija. Así mismo, el derecho a la intimidad, por cuanto dentro del proceso referido se divulgó el contenido, sin mediar motivo legítimo, de un documento que carece de validez para demostrar parentesco, por lo que solicita se le otorgue el amparo constitucional invocado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues siendo el proceso mencionado de única instancia, y habiendo interpuesto infructuosamente los recursos que la ley establece, carece de otro medio de defensa para restaurar la vigencia de los derechos referenciados.

Los hechos y afirmaciones en que se funda la acción pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Afirma el accionante que Andrea Mercedes Mosquera Moreno, de estado civil soltera, dio a luz una niña, el 28 de febrero de 1981 en el municipio de Bahía Solano, a quien llamó Claudia Fernanda.

2. Que el seis (6) de septiembre de 1991, diez años más tarde, fue sentado el correspondiente registro de nacimiento de la menor en la Notaría Unica del Circulo de Bahía Solano, por la señora Carmen Moreno de Mosquera, abuela materna de la misma y por los testigos Primitivo Olivero Segura y Martha Oliva Uribe de Sánchez, según consta en el respectivo documento.

3. Que el registro del nacimiento se efectuó atribuyéndole la paternidad al accionante sin su intervención, por cuanto no denunció el nacimiento en señal de aceptación, tampoco actuó como declarante ni como testigo en el acto formal de asentamiento notarial del registro y aún así, el notario, sin dar cumplimiento a lo estipulado en los artículos 54, 55, 56 y 57 del Decreto 1260 de 1970, lo incluyó como padre de la menor.

4. Manifiesta el accionante que a pesar de estar frente a la inscripción de una hija extramatrimonial, el Notario Único del Circulo de Bahía Solano, no lo citó a su despacho a través de los interesados, como era su obligación hacerlo según lo dispuesto en el Art. 58 del Decreto 1260 de 1970 para enterarlo del contenido del folio de registro de nacimiento y de la hoja adicional en la que constaba la atribución de paternidad, a fin de que manifestara si reconocía a la menor Claudia Fernanda como su hija extramatrimonial, o si por el contrario rechazaba tal imputación.

5. Sostiene el accionante que la paternidad extramatrimonial de la menor tampoco ha sido declarada judicialmente.

6. Aduce que a pesar de no existir definición de la paternidad por reconocimiento ni por decisión judicial en firme, el notario antes mencionado ha expedido actas del registro civil de nacimiento de la menor acreditándolo como padre, según se puede constatar en el registro de nacimiento correspondiente al indicativo serial No. 10779735 del libro de registro de nacimientos de 1991, sin utilizar la hoja especial y adicional, figurando aquella con los apellidos Collazos Mosquera, contrariando lo dispuesto en los artículos 54 y 55 del Decreto 1260 de 1970.

7. La madre de la menor, dice el accionante, utilizando el registro civil de nacimiento sentado, en forma irregular e ineficaz para demostrar parentesco, lo demandó por alimentos en favor de dicha menor, demanda que por reparto correspondió al Juzgado Sexto de Familia de Cali.

8. Recalca que a pesar de no reunir el registro los requisitos establecidos en la ley para acreditar debidamente la situación de parentesco de la cual, de acuerdo con la ley, se deriva la obligación de asistencia alimentaria, pues del acta de nacimiento aportada como prueba no se puede deducir que el deman-

dado sea el padre extramatrimonial de la demandante, el juez accionado admitió la demanda mediante auto de fecha dieciocho (18) de junio de 1997; recurrida la anterior providencia fue denegado el recurso mediante auto de dieciocho (18) de noviembre del mismo año; fijados alimentos provisionales en providencia del dieciséis (16) de diciembre de 1997, se interpuso recurso de reposición contra ésta medida y también fue denegado mediante auto del veinticuatro (24) de febrero del año en curso; en fin, solicitada la declaración de ilegalidad de éste último, fue rechazada por improcedente en auto calendado el cuatro (4) de mayo del mismo año, incurriendo el funcionario accionado con tales providencias en una ostensible "vía de hecho", toda vez que ha cometido en ellas graves errores, causándole perjuicios irremediables en el campo familiar, laboral, económico y social al atribuirle una paternidad no reconocida ni declarada.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, luego de aludir a la procedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en los cuales quien acude en demanda de amparo no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables cuando con las actuaciones de los funcionarios se incurre en "vías de hecho", pasa a analizar si el caso sometido a su estudio se encuentra enmarcado dentro de los presupuestos que hacen posible otorgar el amparo constitucional invocado.

Siendo el motivo central de la controversia la validez del documento que fue tenido como prueba de parentesco para acreditar la fuente de la obligación alimentaria cuyo cumplimiento se reclama ante la autoridad judicial accionada, procede el Tribunal a analizarlo a la luz de las disposiciones que rigen la materia, contenidas en el Decreto 1260 de 1970; hace ver, en este orden de ideas, que el artículo 53 es claro cuando determina que solo se le asigna el apellido del padre al hijo extramatrimonial, cuando ha sido reconocido o se le ha declarado judicialmente la paternidad. En el caso previsto en el artículo 54, cuando el inscrito ha sido denunciado como hijo natural, solo podrá escribirse el nombre del padre si esa paternidad ha sido aceptada por él (inciso 2º y artículos 55 a 58 *ibidem*), de donde se deduce que en este último evento, debe mediar la aceptación de la persona señalada como padre para que pueda figurar, como dato firme integrante de la respectiva información registral pública, el hijo cuyo nacimiento se inscribe con el apellido de aquél.

Así pues pasando al caso en concreto, señala el fallador que el Notario Único de Bahía Solano pretermitió todas las formalidades que le dan legalidad a la inscripción del registro civil de nacimiento de la menor Claudia Fernanda Collazos Mosquera, a quien se inscribió con los apellidos de su presunto padre extramatrimonial sin que se hubiere operado el fenómeno jurídico del reconocimiento por parte de éste, quien no firmó el acta respectiva levantada diez años después del nacimiento de la menor. Como se observa en el folio de inscripción número 10779735 aparecen firmando el registro la

abuela de la menor y dos testigos, por manera que en este caso al Notario Unico de Bahía Solano le correspondía citar al presunto padre para que manifestara si aceptaba esa imputación de paternidad respecto de la menor Claudia Fernanda hija de Andrea Mercedes Mosquera Moreno, diligencia obligatoria que el funcionario encargado del registro omitió, de lo cual se desprende que el registro civil aportado a la demanda de alimentos adolece de tal formalidad hecho que el demandado, hoy accionante, intentó demostrarle al juez sin que hubiere sido atendido.

Al haber admitido el juez accionando la demanda de alimentos con base en un documento en el que consta un estado civil que no está demostrado con las formalidades legales del caso, se le ocasionó agravio injustificado al demandado, aquí accionante al hacerle soportar los efectos de unas medidas cautelares ilegales en tanto no tienen por destinatario a quien legalmente se le haya atribuido esa condición, por los medios legales, parentesco que no se ha acreditado fehacientemente como reiteradamente lo han manifestado los apoderados judiciales en los escritos orientados a objetar la procedencia de la admisión de la demanda y de las medidas cautelares decretadas.

Concluye el Tribunal que: "en el caso presente, frente a una actuación judicial de única instancia y no habiendo tenido oportunidad la parte demandada por habérsele negado por todos los medios controvertir la prueba documental aportada a la demanda de alimentos, debe admitir la Sala que en este específico evento prospera la acción de tutela por violación al derecho del debido proceso, violación que viene a constituir una vía de hecho que debe subsanarse ordenando al Juez Sexto de Familia de Cali obrar de conformidad para efectos de evitar que se trámite un proceso sin el cumplimiento pleno de los requisitos de admisibilidad de la demanda de que trata el art. 75 del C. de P. C."

LA IMPUGNACIÓN

El funcionario accionado hace manifiestos los motivos de su inconformidad reiterando lo expuesto en el escrito enviado al Tribunal el veintiocho (28) de mayo del año en curso y que en su sentir no fueron tenidos en cuenta al momento del fallo, advirtiendo de antemano "que a través de la impugnación no voy a contradecir la validez o no del certificado de nacimiento aportado al proceso de alimentos ya mencionado, por cuanto considero que para mí, ello me corresponde es dentro de aquel y no dentro de ésta actuación, por cuanto aquí lo que debo analizar es si he violado o amenazado los derechos fundamentales citados por el accionante de la tutela".

Los argumentos que sirven de base a la impugnación pueden sintetizarse así:

1. Luego de comparar la actuación adelantada en el proceso de alimentos en cuestión frente a lo dispuesto en los artículos 140 a 159 del Código del Menor, sostiene el accionado "... que se ha cumplido con el debido proceso, pues se ha observado en plenitud todos y cada uno de los lineamientos que traza el código del menor en los artículos antes mencionados y comentados".

2. Disiente del criterio del Tribunal cuando en el fallo impugnado se establece la existencia de una vía de hecho al admitir la demanda de alimentos pues "en el presente caso la decisión tomada de admitir la demanda y las posteriores relacionadas con los recursos interpuestos y la solicitud de declaratoria de ilegalidad, se distinguen precisamente porque sus fundamentos son objetivos, no personales, se sustentan en la aplicación del Código del Menor, Código de Procedimiento Civil y Decreto 1260 de 1970, especialmente; además con tal actuación, así la parte demandada a través de sus apoderadas digan lo contrario y la Sala de Familia de este Distrito, se los ratifique, no existe ni ha existido violación alguna a los derechos fundamentales del demandado, pues él no solamente a través de aquellas, ha hecho uso de recursos y peticiones que han sido debidamente recibidas y tramitadas, mas, el hecho de que ellas no compartan el criterio del Despacho no quiere decir que las decisiones por mí tomadas en mi condición de Juez Sexto de Familia de Cali sean arbitrarias, máxime si tenemos en cuenta que es muy aventurado decir a la altura en que se encuentra el proceso, en donde ya lo dije, no se ha efectuado aún la audiencia de que trata el artículo 143 del Código del Menor, y por ende aún no se ha llegado a la etapa instrutiva (sic) del proceso, no se ha hecho ninguna valoración de fondo, decir que ya se controvertió y decidió lo relacionado con el tantas veces mencionado certificado sobre el registro civil de nacimiento, agregando a lo anterior que el demandado no contestó la demanda, pues dejó vencer el término del traslado en silencio y por tanto no hizo uso de la excepciones (sic) o excepciones que pudo haber propuesto ni tampoco tachó dicho documento público, respecto de lo cual se puede colegir que la negligencia o el desconocimiento de la ley por parte de las apoderadas del demandado, sea el suscrito juez, quien tenga que asumir las consecuencias".

3. Considera por todo lo anterior que la presente acción no debe prosperar pues según su criterio el accionante cuenta "con más vías judiciales y administrativas para tratar de lograr sus objetivos, diferentes a las de acusar a un juez, tratando de hacer justicia a la brava."

De otro lado, el fallo del Tribunal fue también impugnado por la demandante en el proceso de alimentos referido solicitando su revocatoria, argumentando, en primer lugar, que la decisión de primera instancia no le fue notificada imposibilitando con ello intervenir en el proceso en defensa de los intereses de su hija, violando con ello el derecho al debido proceso; y en segundo lugar, sostiene que la acción de tutela en el caso presente es improcedente pues esta, en términos generales, no tiene cabida frente a decisiones judiciales, salvo que constituyan una "vía de hecho" que no se configura.

CONSIDERACIONES

1. Con fundamento en el Art. 86 de la C. N, desarrollado por los Arts. 1º y 2º del Decreto 2591 de 1991, se ha dicho de manera reiterada que la acción de tutela es un medio procesal de trámite preferente y sumario cuyo objeto es dispensar, a falta de una vía eficaz de defensa judicial, protección inmediata para los "derechos constitucionales fundamentales", cuando quiera que ellos

resultan lesionados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala el art. 42 del citado decreto.

2. Y partiendo de estas nociones de carácter general, también se tiene por admitido que excepcionalmente es viable la acción de tutela contra actos u omisiones imputables a órganos del orden jurisdiccional cuando estos últimos, en lugar de actuar con arreglo a la Constitución y las leyes cual es su obligación hacerlo, sin razón atendible, aducida por lo demás con la necesaria precisión jurídica para poner de presente la sensatez de la determinación adoptada, se apartan de esas fuentes de normatividad positiva, produciendo en consecuencia actuaciones notoriamente arbitrarias, constitutivas en cuanto tales de verdaderas "vías de hecho" que, con evidente agravio para los litigantes o para terceros, llegado el caso, de ordinario redundan en menoscabo de los mencionados derechos, vías de hecho que sin lugar a dudas y haciendo de lado otros supuestos de extrema anormalidad, quedan al descubierto y frente a ellas desde luego podría llegar a abrirse paso la acción en referencia, cada vez que las resoluciones judiciales, tanto las finales como las interlocutorias, no cumplan con el requisito de motivación suficiente, ello en la medida en que, como es sabido, esta exigencia es parte integrante del conjunto de garantías constitucionales que forman a su vez el "debido proceso legal adjetivo" que consagra el art. 29 de la Carta Política.

En efecto, porque así lo imponen postulados esenciales en el Estado Democrático de Derecho de los cuales emerge el concepto general de legitimidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, sustentado dicho concepto en el carácter vinculante que para los jueces tiene la ley al tenor del art. 230 de la C. N., la exigencia en cita es de observancia ineludible y extensiva a toda providencia de contenido decisorio. Su propósito, entonces, no puede ser otro que el de lograr el convencimiento de los interesados respecto de la corrección legal y la justicia intrínseca de la respectiva decisión y por eso, unida a que ante su eventual inconformidad es menester permitirles mediante una motivación adecuada —así sea escueta y concisa— la posibilidad efectiva de hacer uso con provecho de los recursos pertinentes, impone la elaboración por parte del órgano jurisdiccional de argumentos razonados, objetivos, serios y completos que estructurados con una clara perspectiva acorde con reglas de rango legal que al caso le sean aplicables, convengan a todo el material procesal recaudado y conducente para entender el raciocinio jurídico que explica el sentido y alcance de la providencia, habida cuenta que de otro modo esta última, a falta de la cualidad indispensable para poder convencer o de lo contrario permitir su eficaz impugnación, no pasaría de ser la exteriorización vacía y estéril de un acto autoritario de mera voluntad, producto del arbitrio ilimitado de los jueces que aquellos postulados constitucionales obligan a rechazar enfáticamente.

En síntesis, a la garantía del "debido proceso" se encuentra estrechamente ligado el deber específico que pesa sobre los jueces de fundamentar en derecho los actos decisorios que producen, no sólo porque ello sea condición

de suma importancia para mantener la respetabilidad institucional de la magistratura en todos sus niveles, sino porque en la medida en que con esmero a ese deber se le de cumplimiento y, por lo tanto, se ponga de presente que la determinación adoptada entraña la realización lógica y consistente del derecho objetivo en vigor, no así el fruto de la voluntad personal del juzgador, se evitan pronunciamientos irregulares que a la luz de cuanto queda dicho, resulta imposible conjugar con la mencionada garantía constitucional.

3. En la especie que aquí ocupa la atención de la Corte, a la luz de cuanto queda dicho en los párrafos precedentes, son pertinentes las siguientes observaciones:

a)- En los procesos de alimentos de menores regulados por el Decreto 2737 de 1989 se establece claramente, en el artículo 148, que el juez podrá ordenar que se suministren alimentos provisionales desde la admisión de la demanda a solicitud de parte o de oficio, si con ésta aparece prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado y de la existencia de la obligación alimentaria. De suerte que aunque no le parezca al funcionario judicial que aquí impugna, ninguna duda existe de que es requisito indispensable para decretar tal medida el que se encuentre plenamente acreditado el parentesco del cual emerge el deber de asistencia familiar que tiene expresión concreta en la obligación señalada, parentesco cuya constatación no es asunto que la ley haya dejado al parecer individual de cada juez.

b)- Entre otros modos de efectuar el reconocimiento el artículo 1º, numeral 1º de la Ley 75 de 1968 establece que puede hacerse en el acta de nacimiento firmándola quien reconoce, y a su turno, los artículos 53 a 59 del Decreto 1260 de 1970 regulan la forma de efectuar la inscripción del nacimiento de un hijo extramatrimonial en el registro del estado civil.

Y respecto al valor probatorio de la inscripción en el registro civil, el mismo Decreto 1260 de 1970 en su artículo 102 señala que la inscripción en el registro del estado civil será válida siempre que se haga con el lleno de los requisitos de ley; mientras que el artículo 103 *ibidem* establece que se presume la autenticidad y púreza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil, y en consecuencia con todo ello, en el artículo 106 se dispone que "ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro hacen fe en el proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no se ha inscrito en la respectiva oficina conforme a lo dispuesto en la presente ordenación".

Así las cosas, siguiendo las pautas legales precedentes y en un todo de acuerdo con las consideraciones efectuadas sobre el particular en el fallo impugnado, después de examinar detenidamente la documentación allegada en copia a este expediente, se impone concluir que existe evidencia incontestable de que el funcionario accionado incurrió en una vía de hecho, no solo al fijar alimentos provisionales con base en un documento que a la luz de

las disposiciones indicadas carece de fuerza legal para acreditar el vínculo entre alimentante y alimentario, sino también al negarse persistentemente a aceptar los medios legales utilizados por el accionante para descalificar el valor probatorio de dicho documento, sosteniendo por ejemplo, para denegar el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, que "...no es necesario de que quien figure como padre en el registro civil de nacimiento de una persona haya comparecido al acto de inscripción o que así lo hubiere declarado la autoridad competente o que el padre hubiere reconocido tal calidad ante un juez" (folio 22 del cuaderno 2°) apreciación ésta que a simple vista es opuesta por completo a los textos de los arts. 1 y 2 de la L. 45 de 1936, modificado éste último por la L. 75 de 1988, tornándose en verdad inusitada en grado sumo la actitud del susodicho juez al decir que "...los litigantes moralmente están impedidos para reprochar la conducta del juez al emitir un pronunciamiento determinado que les causa agravio". (folio 22 del cuaderno 2°), teoría por demás absurda que termina echando por tierra el sistema de los recursos que consagran las leyes de procedimiento.

En síntesis, por cuanto fué proferido con arreglo a derecho el fallo que es materia de impugnación ha de recibir confirmación. En consecuencia se dispondrá lo conducente para que dentro de esta actuación tenga lugar la fase de revisión constitucional prevista en la Carta Política y por virtud de lo dicho en estas consideraciones se ordenará también la expedición de copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca para que en lo de su competencia de acuerdo con la ley, determine si de conformidad con el art. 38 de la Ley 200 de 1995 en concordancia con el art. 153 numerales 1 y 15 de la Ley 270 de 1996, hay lugar a iniciar actuación disciplinaria en contra del funcionario contra quien se dirige la queja constitucional de la que estos autos dan cuenta.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *Confirma* el fallo de fecha nueve (9) de junio de 1998, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Para los fines indicados en la parte expositiva de esta providencia, por secretaría expídase copia de toda la actuación con destino al Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofícese.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez (sin firma), Rafael Romero Sierra.

No suscribe la anterior providencia el Magistrado José Fernando Ramírez Gómez por cuanto no participó en la deliberación por encontrarse en comisión de servicios.

Lina María Torres González,

Secretaria.

ACTUACION TEMERARIA: No hay *identidad jurídica de partes* cuando en tutela anterior el apoderado de los aquí accionantes actuó en su propio nombre y no como representante de sus poderdantes. / **DEBIDO PROCESO POLICIVO, POSESION:** las decisiones de las autoridades de policía en procesos iniciados para proteger la posesión y tenencia de bienes son provisionales, ya que conforme al artículo 127 del Código Nacional de Policía, estas medidas se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa. Por tanto, el accionante cuenta aún con *medios de defensa judicial* idóneos para obtener la protección de sus derechos.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá D. C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra

Ref.: Expediente No. 5193

Decídese la impugnación formulada por Elizabeth Rosa Guillermina Gamba de Ramírez, Martha Cecilia Gamba de Durán y Carlos Guillermo Silva Palma contra el fallo del 19 de junio 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil- del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D. C., en el trámite de la tutela promovida por los impugnantes contra la Inspección 11-C Distrital de Policía de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Los accionantes en mención, a través de apoderado constituido para el efecto, presentaron acción de tutela contra la autoridad pública referida, aduciendo vulneración de los derechos del debido proceso y acceso a la administración de justicia.

2. Basan su peticion en lo que seguidamente se resume:

a) que ellos actuaron en la querrela policiva numero 61 de 1993 de Roberto Becerra Mican contra Royal de Colombia, que cursó en la Inspección 11-C de Policía, en la cual su apoderado, en ese entonces, presentó memorial de recusación contra el inspector el 20 de agosto de 1997 en la secretaría de inspecciones, con base en las causales 9 y 12 del C.P.C., memorial que se entregó a dicha inspección el día 25 subsiguiente;

b) que conforme al art. 154 del C.P.C., al funcionario recusado le quedó suspendida la competencia desde que se radicó la recusación, no obstante que sin atenderla dictó el fallo de fondo de la querrela el 27 del mismo mes;

c) que sólo hasta el 12 de septiembre del mismo año, el inspector negó la recusación, cuando ya ilegalmente había fallado, y mediante auto de cúmpla se para negar toda oportunidad de recurrir, además de que tampoco envió la recusación al superior según el inciso 2º del art. 152 del C.P.C., proceder ilegal en virtud del cual ellos fueron despojados de la posesión que tenían en el lote objeto de la querrela.

3. Piden los accionantes al invocar la protección constitucional, que se ordene al accionado proceder a declarar sin validez alguna todo lo actuado dentro de la querrela referida, a partir del 20 de agosto de 1997, y en consecuencia, se les restituya el lote de que fueron despojados y se le dé el debido trámite a la recusación.

4. El accionado informó en el trámite de ésta solicitud constitucional que ya se había presentado otra acción de tutela ante el mismo tribunal, negada mediante providencia del dieciocho de diciembre de 1997.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

De entrada indica el fallador que al comparar los hechos y derechos que sirvieron de fundamento para recurrir a la jurisdicción en diciembre del año anterior, con los que sustentan la presente acción, se demuestra que son exactamente iguales, ya que se apoyan en la existencia de una recusación contra el inspector accionado dentro la querrela numero 61 de 1993.

Por ello la sala sentenciadora encuentra que esta tutela equivale a una acción temeraria que conlleva a decidirla desfavorablemente, como se deriva del art. 38 del Decreto 2591 de 1991, puesto que de acuerdo con la Corte Constitucional el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, para efectos de obtener múltiples pronunciamientos de un mismo caso, ocasiona un perjuicio a la sociedad porque implica una pérdida en la capacidad judicial del Estado para atender los otros requerimientos de la sociedad civil, de donde se deduce que la coexistencia de tutelas idénticas lesiona el interés general. (Sent. T-007 de 1994).

De esa manera, se niega la tutela y se ordena la expedición de copias para la respectiva investigación penal por falso testimonio, en razón a lo afirmado sobre la no presentación de otra tutela por los mismos hechos y derechos.

III. LA IMPUGNACION

Dice el apoderado de los accionantes en su descontento, en resumen, que no fue su intención violar la ley penal con la interposición de la tutela, sino el ejercicio legítimo de los derechos constitucionales de sus poderdantes violados en forma ilegal por el inspector accionado, quien ante una recusación propuesta por el abogado Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez, mandatario de ellos en la querrela policiva, no surtió el trámite legal e impidió la interposición de recursos, quedándoles como único camino la tutela.

Argumenta que no se podían alegar hechos y derechos diferentes, y que la tutela de diciembre de 1997 contra el mismo inspector fue interpuesta a título

personal por el citado abogado Mantilla Gutiérrez, quien no tenía poder específico de sus poderdantes para la misma y para lo cual no lo habilitaba el poder que se le había otorgado en la actuación policiva; de tal manera que esa acción de tutela no los comprometía ni les impedía instaurar la de ahora.

Manifiesta que no existió agencia oficiosa, además de que en la acción de tutela no existe la figura del litisconsorcio necesario, por lo cual se "...entendió que si bien el Doctor Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez en forma personal había presentado una acción de tutela, mis poderdantes no habían perdido sus derechos a pedir la protección...", y los efectos de la tutela de diciembre de 1997 no los cobijaba, porque ésta acción es un derecho subjetivo de cada persona que considera violados sus derechos; de ahí que no se hubiese vulnerado el art. 37 (sic) del Decreto 2591 de 1991 cuando "...se manifestó bajo la gravedad del juramento que el suscrito apoderado y sus poderdantes con anterioridad no habían presentado una acción de tutela...", pues desde el punto de vista gramatical la expresión "el que", allí utilizada, es un pronombre relativo especificativo, que hace referencia a quien interpone la tutela y "...tiene la obligación de manifestar, bajo la gravedad del juramento, si él y solo él ha interpuesto una tutela sobre los mismos derechos y hechos y si él actúa en representación de otros..."

Finalmente, agrega que no hay cosa juzgada por cuanto no se da la identidad jurídica de partes entre ésta acción de tutela y la anterior, y que se obró con el convencimiento de toda la corrección posible, de tal suerte que si se actuó contra las disposiciones del Decreto 2591 de 1991 "...fue por equivocación propia en cuanto al concepto personal y profesional que tenía sobre la viabilidad procesal de la acción de tutela..."

Por tales motivos, pide que se revoquen las decisiones tomadas en el fallo impugnado, especialmente la que ordena enviar copias a la fiscalía para que se investigue el posible delito de falso testimonio.

IV. CONSIDERACIONES

1. Como ha quedado resumido, en esta ocasión se ha instado la intervención del juez de tutela para que se ordene al Inspector 11-C Distrital de Policía de esta ciudad que proceda a declarar sin validez alguna todo lo actuado dentro de la querrela policiva 061 de 1993, a partir del 20 de agosto de 1997, y en consecuencia, les restituya a los accionantes Elizabeth Rosa Gamba de Ramírez, Martha Cecilia Gamba de Durán y Carlos Guillermo Silva Palma, la posesión de un lote del que fueron desalojados a raíz de ese expediente, argumentando que el funcionario en mención vulneró sus derechos del debido proceso y acceso a la administración de justicia por cuanto no le dio el trámite correspondiente a una recusación que ellos presentaron a través del apoderado que allí los representó.

2. Caso en el que es prioritario analizar si se incurrió en una actuación temeraria a términos del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, según lo consideró el tribunal, o si dicho fenómeno no tuvo ocurrencia, tal como lo sostiene el impugnante.

Está acreditado en los autos que el abogado Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez presentó el 3 de diciembre del año pasado otra acción de tutela contra el inspector accionado y por idénticos hechos y derechos (fls. 12 y ss. c. de la Corte), petición resuelta negativamente por el tribunal mediante sentencia del 18 del mismo mes, confirmada por esta Corporación el 3 de febrero del presente año. No obstante, si bien el aludido profesional era a la sazón -en la querrela policiva- apoderado de los aquí actores, no presentó la solicitud constitucional como representante judicial de ellos, puesto que no tenía apoderamiento para esos fines, sino que actuó en forma personal, lo cual es tan cierto que solo a él como parte accionante se le notificaron las providencias y decisiones emitidas en esa pretérita acción, tal como desprende de los informes que se recibieron en el trámite de la impugnación (fls. 11 y ss. ib.).

Así, pese a la coincidencia de hechos y derechos, se observa que los proponentes de las distintas acciones de tutela no son los mismos, vale decir, que no hay una identidad jurídica de partes, de donde allora que no puede estructurarse la temeridad que el tribunal encontró acreditada, conclusión que impone a la Sala entrar al análisis de fondo de la presente acción.

3. A cuyo propósito debe reiterarse que la tutela como mecanismo de protección judicial de los derechos básicos, no puede ser utilizada para perturbar lo decidido en los procesos policivos, salvo cuando dentro de los mismos se presenta una grosera violación del debido proceso, con incidencia en los aludidos derechos, y siempre que no exista, o no hubiese existido, al interior del respectivo trámite un recurso o medio que pueda hacer valer el afectado para controvertirla, porque como lo ha puntualizado la doctrina constitucional, el juez de tutela solo "... puede ocuparse de poner término a las violaciones a los derechos fundamentales que cometan los funcionarios de policía, siempre que dentro del mismo procedimiento policivo no haya una posibilidad efectiva de hacerlo...", puesto que "... su función no es la de sustituirlos y resolver las querellas que ante ellos se plantean", de tal suerte que mientras allí existan recursos u otros medios de defensa, la jurisdicción constitucional no debe injerir en la controversia policiva¹.

Proposición que es razonable si se tiene presente que en esas diligencias policivas, al igual que en todas las actuaciones públicas, los interesados tienen la carga de emplear los medios de defensa especialmente previstos por el orden jurídico, como por ejemplo pedir pruebas, interponer recursos u otros, a efectos de que sean los propios funcionarios competentes los que, en principio, revisen su propia actuación y tomen las decisiones que correspondan; pues la tutela no se instituyó para inmiscuirse de manera indebida en las actuaciones a cargo de las otras autoridades, sino solamente para solucionar ciertas situaciones de hecho, creadas por actos u omisiones que impliquen la

¹ Corte Constitucional. Fallo T-194 de 1996.

transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, frente a los cuales no exista otro mecanismo de protección.²

4. De cara al anterior marco de referencia es viable encontrar bien pronto la sinrazón de la presente tutela, por cuanto se observa que los peticentes no se esmeraron por ejercer debidamente el derecho de contradicción en el asunto policivo revisado en cuanto al trámite y decisión de la recusación que propusieron, que es el foco de su inconformidad en sede constitucional, ya que estando plenamente enterados desde el 13 de agosto de 1997 que el fallo de la querrela se proferiría el 27 del mismo mes, presentaron el escrito de recusación el día 20, y no concurrieron a la diligencia programada a hacer valer sus derechos, particularmente en lo que relacionaba con la solicitud en comento, amén de que lo actuado por el funcionario accionado no adolece de una palmaria o grosera arbitrariedad; por eso dijo la Sala al despachar la impugnación en la otra queja constitucional que por los mismos hechos y derechos se interpuso con anterioridad:

"...resulta improcedente la acción de tutela porque si el accionante gozaba de los derechos dentro del trámite para poder controvertir lo atinente a la recusación, debió hacer uso de ellos o debe hacerlo, si fuere el caso, sin que pueda sustituirlos por la acción de tutela.

"...Además, tampoco observa la Sala que se trate de una actuación arbitraria el rechazo de una recusación, cuando el recurrente después de estar interviniendo desde el mes de octubre de 1996, solo formula ese reparo en solicitud posterior de agosto 19 de 1997 alegando como causal amistad íntima entre los señores Inspector 11 C de Policía, (...) y el querellante, (...), el apoderado del último, y otros interesados en la querrela, lo que, por lo menos, encuentra apoyo en el artículo 151, inciso 2º, C.P.C., sin perjuicio de que sea allí, dentro del mismo trámite, donde pueda controvertirse."³

Para finalizar, debe tenerse en cuenta que si los peticionarios consideran que de acuerdo con la ley tienen un mejor derecho a poseer el bien del que fueron desalojados, han tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias, idóneas para que de nuevo se ventilen esos aspectos, pues bien sabido es que las decisiones de las autoridades de policía en procesos como el revisado son provisionales, ya que conforme al artículo 127 del Código Nacional de Policía "Las medidas de policía para proteger la posesión y tenencia de bienes se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa."

5. Así las cosas, por las razones expuestas en esta providencia, procede la confirmación del fallo impugnado, excepto en cuanto a la orden de expedición de copias para la apertura de una investigación penal, aspecto que se revocará al haber quedado claro que no hubo temeridad en el presente evento.

2 *Ibidem*. Sentencias T01 y C-543 de 1992, entre otras.

3 Fallo del 3 de febrero de 1998, exp. 4734.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia preanotadas, excepto el numeral segundo de dicho pronunciamiento, que se revoca.

Comuníquese esta decisión a los interesados mediante telegrama y librense las demás comunicaciones necesarias.

Oportunamente remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Stancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez (en permiso), Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: El numeral 3° del artículo 691 del Código de Procedimiento Civil no puede interpretarse en detrimento de las *cauteladas* que en aplicación del numeral 2° del mismo artículo se hubieren perfeccionado en otros procesos, son las medidas vigentes las que se deben mantener con posterioridad a la sentencia de separación de bienes. / **DEBIDO PROCESO EJECUTIVO:** la sentencia que ordena el trámite *liquidatorio de la sociedad conyugal* en proceso de separación no trae consigo la pérdida de competencia del juez que adelante proceso ejecutivo donde alguno de los cónyuges sea demandado. El decreto de remate en este último no puede calificarse como violatorio del derecho al debido proceso.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref.: Expediente No. 5212

Decidese la impugnación interpuesta contra el fallo de 19 de junio del presente año, proferido por la Sala de Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el cual se denegó la acción de tutela instaurada por *Piedad del Socorro Arteaga Osorio*, en frente del *Juzgado Sexto Civil del Circuito* de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, la accionante solicita el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y, por ende, al de defensa, supuestamente vulnerados por la mencionada autoridad pública.

Pide al efecto, se decrete la nulidad de la diligencia de remate efectuada por el juzgado accionado en el proceso de ejecución allí adelantado por Javier Herrera contra Mario Valencia Rojas, como también la suspensión del trámite del mismo, pues la licitación está próxima a aprobarse.

2. Los hechos en que funda su petición se compendian así:

2.1 Formuló demanda de separación de cuerpos contra su cónyuge Mario Valencia Rojas, correspondiendo su conocimiento al *Juzgado 8° de Familia de Cali*, despacho que la admitió por auto de 16 de octubre de 1992.

2.2 Dentro del proceso pidió el embargo del único bien adquirido durante la unión matrimonial, o sea la casa de habitación ubicada en la calle 17 Nro. 37-A-37, barrio Cristóbal Colón de Cali, medida que fue decretada y registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos respectiva.

2.3 El embargo del referido inmueble "fue levantado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali" (sic), en virtud de adelantarse allí un proceso ejecutivo promovido por Javier Herrera contra Mario Valencia Rojas.

2.4 En el proceso de separación de cuerpos adelantado contra su consorte en el Juzgado Octavo de Familia, se profirió sentencia el 18 de enero de 1994, declarándose disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio.

A continuación de dicho fallo, se inició el trámite liquidatorio de la sociedad, ordenándose el emplazamiento de los acreedores de la misma, para que comparecieran allí a hacer valer sus créditos. Así mismo, se dispuso librar oficio al Juzgado 6° Civil del Circuito de Cali donde se adelanta el proceso ejecutivo contra su cónyuge, obteniéndose respuesta de la juez en el sentido de que conservaba su competencia para seguir conociendo del mismo.

2.5 El inmueble que conformaba el único patrimonio de la sociedad conyugal, fue rematado dentro del proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado 6° Civil del Circuito de Cali, violándose así el derecho que sobre el mismo le correspondía y colocándola de paso, en situación de ruina económica y moral.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *a quo* fundó la decisión denegatoria de la tutela en las consideraciones que se resumen así:

Respecto de la procedencia de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo reiteradamente que a partir de la declaratoria de inexecutable del art. 40 del decreto 2591 de 1991, tal mecanismo sólo es viable en aquellos casos en que la actuación de la autoridad obedece exclusivamente a su capricho o arbitrariedad con trascendencia sobre los derechos fundamentales de quien demanda el amparo.

En el caso examinado, apuntó, la actora en tutela hace recaer la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados, en la falta de competencia del juzgado accionado para, continuar con el conocimiento del proceso ejecutivo promovido por Jaime Herrera Arboleda contra Mario Valencia Rojas, cónyuge de la peticionaria, pues que, en su sentir, el acreedor debió hacerse parte en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal seguido en el Juzgado 8° de Familia de esta ciudad, para allí hacer valer su crédito, dado el llamamiento edictal que se hizo.

Pues bien, prosigue, conforme con los principios jurisprudenciales referidos, existe razón suficiente para despachar desfavorablemente el amparo constitucional solicitado. En efecto:

Es sabido que el embargo y secuestro decretado en procesos de ejecución, prevalece sobre el ordenado en litigios de familia como el referido por la aclora, siempre y cuando se perfeccionen antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquellos se dicte, evento en el cual debe darse aplicación a lo dispuesto en el numeral 1° del art. 558 del C. de P. C., esto es, que el registrador deberá inscribir el embargo decretado en el proceso ejecutivo y cancelar el ordenado en el de familia, dando cuenta de ello al juez (art. 691-2°, *ibidem*).

Se establece así, un caso de prelación de embargos decretados en procesos de distinta jurisdicción, porque el adoptado en el proceso ejecutivo lo dispone un juez civil y, el otro, uno de familia, sin que la misma se rija por lo dispuesto en el art. 542 de la dicha codificación.

Luego, siendo que en el evento bajo estudio, el embargo ordenado en el proceso ejecutivo, precedió a la sentencia que se dictara en el proceso de separación de cuerpos seguido por la petente contra su cónyuge, según se aprecia de las copias de la actuación respectiva allegadas al expediente, fuerza es concluir que la actuación de la Juez Sexta Civil del Circuito de Cali, se ajusta a los parámetros legales que rigen la materia y, por ende, no puede afirmarse que sea fruto de su sola voluntad.

Los argumentos de la accionante, relativos a que la premencionada funcionaria perdiera la competencia para seguir conociendo del susodicho proceso ejecutivo, a raíz del llamamiento que se hiciera a los acreedores de la sociedad conyugal formada por aquélla con su cónyuge, en el trámite liquidatorio de la misma, carecen de valor jurídico no solo porque al perfeccionarse la medida de embargo en el proceso ejecutivo, aún no se había dictado sentencia favorable a la demandante en el proceso de separación de cuerpos, sino porque no obstante citarse en el proceso liquidatorio en mención, a los acreedores de la sociedad conyugal para que concurrieran a hacer valer sus créditos, ello no significa que imperativamente tengan que comparecer y menos que, en el evento de coexistir un proceso ejecutivo contra uno de los cónyuges, el juez que conoce del mismo pierda su competencia frente al juez de familia que adelanta la liquidación de la sociedad, pues cada proceso tiene un trámite autónomo y un juez competente de diferente especialidad, sin que puedan desconocerse, por tanto, las normas procesales que gobiernan la materia, que son de orden público.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Sostiene la accionante, en síntesis, que el Juzgado 8° de Familia de Cali permitió con su falta de actividad jurisdiccional, que le vulneraran sus derechos fundamentales por cuanto el bien sometido a remate por el Juzgado 6° Civil del Circuito de la misma ciudad, estuvo primeramente embargado por su cuenta y, de acuerdo con el numeral 2° del art. 691 del C. de P. C., tal medida fue levantada para registrar la adoptada en el proceso ejecutivo, actuación que no es incorrecta hasta cierto límite puesto que, la misma norma en el inciso siguiente previene que "Las anteriores medidas se mantendrán

hasta la ejecutoria de la sentencia, pero si a consecuencia de ésta fuere necesario liquidar la sociedad conyugal, continuarán vigentes en el proceso de liquidación".

Consecuente con dicha disposición, el Juzgado 8° de Familia debió solicitar nuevamente el embargo del bien, ya que el proceso de liquidación debía de "reasumir la medida" (sic).

Por efecto de la norma citada, acotó, la competencia para conocer del proceso ejecutivo correspondía asumirla al Juez 8° de Familia, y el crédito allí cobrado debía pagarse en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal e, incluso, el remate del bien para el pago a los acreedores, debió verificarse allí.

En fin, concluye, el derecho de defensa se le vulnera porque el Juez 8° de Familia, conociendo el riesgo que corría su patrimonio, procesalmente no hizo nada para impedirlo. De igual manera, se le viola el derecho a la igualdad por no permitírsele su intervención como parte en el proceso ejecutivo, lo cual incide en la pérdida de su patrimonio.

CONSIDERACIONES

1. El Constituyente de 1991 consagró, en el artículo 86 de la Carta Política, un mecanismo preferente y sumario que denominó acción de tutela, orientado a la protección pronta y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, que, como se sabe, es uno de los fines esenciales del Estado, según lo pregonan el art. 2° de la misma norma superior.

Con todo, estableció como requisito para que el amparo sea procedente, que a más de la amenaza o vulneración de un derecho de aquella estirpe, no exista otro medio de defensa judicial idóneo a tal fin, salvo que se ejercite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable pues, en tal caso, la urgencia de amparar tal derecho impone la intervención judicial inmediata, aunque transitoria, habida consideración que la decisión del juez ordinario podría ser tardía ante una situación grave ya creada.

2. El susodicho mecanismo, como bien se conoce, procede contra providencias judiciales pero sólo cuando éstas son contentivas de vicios de hecho, es decir, cuando el juzgador transgrede en forma protuberante y grave las normas reguladoras del proceso dentro del cual se profirió la providencia materia de la acción, a punto tal, que por el desconocimiento flagrante del debido proceso o de alguna otra de las garantías constitucionales, resulte conculcado uno o varios de los derechos fundamentales del accionante.

La vía de hecho, sin embargo, no puede alegarse en sede de tutela cuando el titular de la acción no hace uso de los medios ordinarios de defensa judicial pues, como se sabe, por su carácter subsidiario y residual no se estableció para suplir deficiencias, errores, o descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades para defenderse, interponiendo los recursos previstos por la ley, por cuanto si se aceptara dicha posibilidad, se prohibiría el desconocimiento de elementales reglas con-

sagradas en el ordenamiento jurídico, haciéndose valer, de contera, la propia culpa.

3. El derecho al debido proceso, a no dudarlo, es de estirpe constitucional fundamental y debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, según lo impera el art. 29 en estos términos: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

Se destacan como directrices principales en dicho precepto, las de que en el proceso se debe dar siempre la posibilidad de intervención plena y eficaz del implicado, así como la de presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que le sean adversas.

De omitirse tales garantías, se violaría el derecho de defensa y, por ende, se colocaría al procesado en estado de indefensión, el que, como es sabido, se produce cuando la persona, sin culpa de su parte, no ha podido defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

3. El derecho a la igualdad, a su vez, encuentra consagración constitucional en el artículo 13 de la Carta Política en estos términos: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...".

La regla general en frente de tal derecho, es la de que no debe existir ningún tipo de discriminación, pues todas las personas deben ser consideradas iguales ante la ley, sin que circunstancia alguna pueda ser esgrimida como motivo para un trato desigual. Empero, es verdad averiguada y así lo ha resaltado la doctrina constitucional, en algunos casos se hace imposible la aplicación de dicho principio, por razón de obstáculos de orden natural, biológico, moral o material, y, claro está, según la conciencia dominante.

"...El principio de igualdad que exige el reconocimiento a la variada desigualdad entre los hombres, es objetivo, y sólo se viola si el trato diferenciado no tiene una justificación razonable y objetiva. La existencia de la justificación puede ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado...", ha sentenciado la Corte Constitucional (Sent. 612, Dic. 12 de 1995.).

4. Descendiendo al caso bajo examen, advierte la Corte, de entrada, que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y, por ende, al de defensa, enrostrada por la aquí accionante al despacho judicial accionado, obedece a una equivocada interpretación del art. 691 del C. de P. C., por parte de aquélla.

En efecto, es clara y terminante la regla 2ª de dicha disposición al establecer que: "El embargo y secuestro practicados en estos procesos" (de nulidad y divorcio del matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales), "no impedirán perfeccionar los que se decreten sobre

los mismos bienes en proceso de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquéllos se dicte; con tal objeto se dará aplicación a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 558, y el remanente no embargado en otras ejecuciones y los bienes que en éstas se desembarquen, se considerarán embargados para los fines del proceso de nulidad de matrimonio, divorcio o separación de bienes.”.

Y dentro de tal supuesto fáctico encaja precisamente la situación descrita por la peticionaria, pues pesando sobre el inmueble distinguido con la matrícula No. 370-0057649, la medida cautelar de embargo decretada por el Juzgado 8° de Familia de Cali, en el proceso de separación de cuerpos y liquidación de la sociedad conyugal seguido por Piedad del Socorro Arteaga Osorio contra Mario Valencia Rojas, sobre el mismo bien recayó posteriormente, una medida similar adoptada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de dicha ciudad, en el proceso ejecutivo promovido por Javier Herrera A. contra Mario Valencia Rojas, la cual fue inscrita por el Registrador de Instrumentos Públicos competente, previa cancelación del anterior, en cumplimiento a lo imperado en la preceptiva antes transcrita, dado que aún no se había pronunciado sentencia en el proceso de separación de cuerpos prealudido, según se extracta de la actuación respectiva, allegada al expediente en fotocopia (fls. 88-90 y 115-117, c-2).

5. Ahora bien, en relación con la tesis de que el Juez cognoscente del proceso ejecutivo pierde su competencia para seguir conociendo del mismo, en virtud del proferimiento de sentencia favorable a la demandante en el de separación de bienes y del adelantamiento del trámite liquidatorio de la sociedad conyugal, propugnada por la accionante, ha de observarse que constituye un despropósito, de un lado, porque la ley de enjuiciamiento civil que gobierna el trámite de la liquidación, no contempla semejante causal de alteración de la competencia y, de otro, porque el mismo art. 691 antes citado, permite que el juez civil remate el bien objeto de la cautela y pague con su producto el crédito del demandante, como también le impone remitir el remanente (los dineros sobrantes después de pagar al acreedor), al juzgado que había embargado previamente el bien en el proceso de nulidad del matrimonio, o de divorcio o, de separaciones de bienes, según el caso, si no hubiera sido sujetado a medida semejante en otras ejecuciones.

6. En fin, tan desatinada como la anterior resulta la tesis según la cual, el Juzgado 8° de Familia debió solicitar nuevamente el embargo del inmueble, en cumplimiento a lo dispuesto en la regla 3ª del susodicho artículo 691 que dice: “Las anteriores medidas se mantendrán hasta la ejecutoria de la sentencia; pero si a consecuencia de ésta fuere necesario liquidar la sociedad conyugal, continuarán vigentes en el proceso de liquidación...”.

Es que dicha norma se refiere a medidas cautelares que estén “vigentes” en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio o separación de bienes, al momento en que cobre ejecutoria la sentencia que acoja una de tales pretensiones, pues ello conlleva la liquidación de la sociedad conyugal mediante

trámite que debe seguirse en el mismo expediente en que se pronuncie el respectivo fallo (art. 626, *ibidem*).

De dónde, si la cautela decretada en tales procesos se levanta con ocasión de haberse perfeccionado una similar en un proceso ejecutivo, en las circunstancias previstas en la regla 2ª, ya reseñada, como aquí aconteció, mal podría el juez de familia "reasumir" (sic) la medida, como lo preconiza la peticionaria, en el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal.

De otro lado, es inaceptable el argumento de que se le violó el derecho a la igualdad por no haber intervenido como parte en el proceso ejecutivo en el que se embargó y remató el inmueble, porque esa condición solo la tienen de manera principal, el ejecutante y el ejecutado, que no personas que nada tengan que ver con el crédito en cobro. Ahora, si tenía derechos de posesión sobre el bien ha debido oponerse a la diligencia de secuestro o, en caso de no haberlo podido hacer por no hallarse presente durante la práctica de la misma, proponer el incidente de desembargo correspondiente en la forma y términos señalados en el art. 687-8º del C. de P. C.

7. Corolario de lo discernido es que en el caso de la aquí accionante, no se produjo vulneración o amenaza alguna de sus derechos fundamentales y, por ende, el fallo denegatorio de la tutela habrá de mantenerse.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **Confirma** el fallo de fecha, contenido y procedencia previamente puntualizados.

Comuníquese telegráficamente lo acá resuelto a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, (en comisión de servicios), Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Vulnera el derecho el juez que decreta la *terminación del proceso sin tener en cuenta que el apoderado del ejecutante no tiene la facultad expresa de recibir sumas de dinero.*

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5179

Decídese la impugnación formulada por la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatría -Upac Colpatría contra el fallo del 2 de junio de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil- del Distrito Judicial de Ibagué, en el trámite de la tutela promovida por la impugnante contra el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esa ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. La mencionada accionante propuso acción de tutela contra el despacho judicial citado, aduciendo vulneración del derecho al debido proceso.

2. Funda la infracción aludida en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que inició proceso ejecutivo hipotecario en el despacho accionado contra Enrique Colmenares Flórez, mediante el abogado Alvaro Rengifo Donado, asunto que se tramitó hasta antes del remate, y en cuyo desarrollo se admitió un embargo de remanentes decretado por el mismo despacho, dentro del proceso ejecutivo singular de Leasing Superior S.A. contra la sociedad Servicios Especiales Colmenar S.A. y Enrique Colmenares Flórez;

b) que el 12 de diciembre de 1997 el abogado aludido, sin su previa autorización, solicitó la terminación del proceso por pago de la obligación, petición atendida con auto del 15 de diciembre del mismo año por el juzgado accionado, en el que se desconoció que en el poder por ella otorgado no se incluyó la facultad de recibir, conforme al art. 537 del C.P.C., ya que decretó la terminación por pago total, ordenó levantar las medidas cautelares, la cancelación del gravamen hipotecario y dejó el bien a disposición del ejecutivo en donde se embargó el remanente;

c) que se libraron y remitieron los oficios pertinentes en virtud de los cuales la oficina de instrumentos públicos canceló las medidas cautelares y la garantía hipotecaria;

d) que en el proceso ejecutivo donde se embargó el remanente se ha fijado fecha para el remate, de manera que se encuentra ante la inminencia de un grave perjuicio irremediable que, en los términos expuestos por la Corte Constitucional, requiere la medida impostergable de la acción de tutela, mas cuando el juzgado no dio cumplimiento al art. 537, como ya se dijo, al aceptar la solicitud de terminación que no era clara "...en cuanto a qué clase de terminación obedecía, bien fuera por pago total o por pago de la mora, como es común en el caso de los procesos ejecutivos hipotecarios que adelantan las entidades financieras en todo el país."

3. Fide la accionante que se declare la suspensión inmediata del proceso ejecutivo Leasing Superior S.A. contra Servicios Especiales Colmenar S.A. y otro, porque no se puede esperar a que se resuelva un incidente de nulidad que ha propuesto.

II. EL FALLA DEL TRIBUNAL

Dice el sentenciador en sus consideraciones que después de analizar las piezas procesales donde se dictó la providencia acusada, se observa que la razón no acompaña a la accionante por cuanto la solicitud del abogado sobre terminación del proceso por pago de la obligación fue resuelta dentro del marco de la ley, sin que la misma "...haya demostrado que no recibió el pago realizado."

De ahí que si la accionante no compartía la decisión adoptada por el juzgado, concluye el fallador, tuvo la oportunidad de presentar los recursos necesarios, y no lo hizo, por lo cual, como reiteradamente se ha dicho por la Corte Constitucional, la tutela es improcedente y debe ser negada.

III. LA IMPUGNACION

La actora, luego de reiterar los argumentos inicialmente planteados, aduce que no impugnó oportunamente el auto objeto de la tutela, porque las instrucciones que impartió a su abogado "...nunca fueron dadas en ese sentido, ni existió solicitud alguna de coadyuvancia...", ni éste les avisó de sus actuaciones, pues el gravísimo estado procesal se conoció por la información que le suministró el demandado Colmenares Flórez; por eso, presentó una queja contra dicho profesional para las investigaciones a que haya lugar.

Manifiesta que el 19 de mayo del presente año propuso un incidente de nulidad y ésta acción de tutela; pero el accionado mediante auto del 21 del mismo mes rechazó de plano el incidente, sin imprimirle el trámite legal conforme al art. 142 del C.P.C..

Insiste que la providencia que decretó la terminación del proceso sin tener en cuenta que el abogado no estaba facultado para recibir como lo dispone el art. 537 del C.P.C., vulnera su derecho al debido proceso y constituye

una vía de hecho, o sea, que no fue proferida dentro del marco de la ley, sino debido a una acción lesiva de su apoderado, tal como lo expuso uno de los magistrados en su salvamento de voto.

Además, el impugnante cambia su petición inicial, pues solicita que se decrete la nulidad de lo actuado en su proceso hipotecario arriba referido, a partir del auto del 15 de diciembre de 1997.

IV. CONSIDERACIONES

1. Dedúcese de los renglones precedentes, que en la presente querrela constitucional la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria - Upac Colpatria, persigue el derrumbamiento del auto proferido el 15 de diciembre de 1997 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, por medio del cual, según petición que en tal sentido presentó personalmente su propio abogado, se decretó la terminación del proceso hipotecario de ella contra Enrique Colmenares Flórez por pago de la obligación, se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares para que el bien quedara a disposición de otro proceso en donde se había embargado el remanente, así como la cancelación de la hipoteca que gravaba dicho inmueble.

2. Queja a cuyo propósito es pertinente referir que las providencias judiciales, por regla general, no están sujetas al control de la acción de tutela, pues es bien sabido que los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto la permitían abiertamente, fueron retirados del ordenamiento jurídico por oponerse a los preceptos superiores, ocasión en que la doctrina constitucional sostuvo que tal mecanismo es residual, esto es, admisible cuando el afectado no tiene o no ha tenido otro medio de defensa en la respectiva actuación, además de ser necesario que lo allí resuelto no se mueva en el terreno de la provisional, porque si se ha tomado parte en un proceso y se ejercieron o debieron ejercerse los recursos o medios de protección que allí se ofrecían "...no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial..."¹

3. Pero como los jueces en sus actuaciones deben estar sometidos al imperio de la ley, de cuyos preceptos no pueden apartarse so pena de traspasar el límite que distingue al orden jurídico de la arbitrariedad, desde la misma declaración de inexecutable antes referida se ha venido sosteniendo que la tutela contra providencias judiciales es posible de manera restringida, en aquellos eventos en que las mismas entrañen una vía de hecho, es decir, cuando en lugar de un soporte objetivo se arraigan en la sola voluntad caprichosa o arbitraria del funcionario, con desmedro para los derechos fundamentales y siempre que no exista otro medio al alcance del afectado para su defensa; casos en que, por cierto, la orden que imparta el juez de tutela no

1. Corte Constitucional. Sentencia No. C-543 del 1º de octubre de 1992.

debe perturbar el problema litigioso debatido en el proceso, sino que se circunscribe al acto con el cual se produce la violación o amenaza.²

También ha puntualizado la doctrina constitucional que una actuación, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, es carente de fundamento objetivo si desconoce, entre otras cosas, la prevalencia del derecho sustancial. Y entre esos yerros, según la decantación que se ha venido perfilando, se encuentra la interpretación o aplicación arbitraria de las normas³, así como la incorrección ostensible en la apreciación probatoria, porque si bien el juzgador goza de una amplia facultad discrecional para evaluar el material probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica, y que por regla general no es susceptible del control mediante la tutela, ese poder no puede ser arbitrario, irrazonable o caprichoso, como ocurre "...cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente..."⁴.

4. Así puestas las proposiciones del presente asunto, es viable colegir que al haber proferido el despacho accionado el auto ahora combatido, acogiendo la petición del apoderado de la accionante, allí ejecutante, sobre la terminación del proceso por pago de la obligación (fls. 30 y s. copias del proceso), incurrió en una vía de hecho, vale decir, en uno de esos errores protuberantes que hacen procedente la tutela; hasta el punto que solo desde una perspectiva formal puede tenerse a dicho auto como providencia judicial, pero no desde la óptica de la justicia material que deben proveer, así sea mínimamente, los administradores de justicia.

En efecto, no se trataba de un simple pronunciamiento de trámite que pudiera tomarse a la ligera, sino de una decisión trascendental, con la misma fuerza de una sentencia, ya que conducía a la terminación del proceso por la supuesta solución integral de la prestación cobrada. Por eso, al haber ignorado el juzgado que el mandatario judicial solicitante de la terminación del proceso por pago de la obligación, no estaba investido de la facultad de recibir, como clara y objetivamente emergía del informativo, a pesar de que la importancia de la determinación ameritaba parar mientes en ello, contrarió abiertamente el artículo 537 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez solo puede declarar terminado el proceso en esos eventos cuando se le presente "...escrito auténtico proveniente del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir, que acredite el pago de la obligación cobrada y las costas...".

2. Ibidem. Fallos T-079 y T-173 de 1993, tesis reiteradas, entre otras, en la sentencia C-037/96 que revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

3. Ibidem.

4. Sentencias T-442 de 1994 y SU-477 de 1997.

Y es que resulta necesario señalar que en esos casos, en que está en juego la extinción del derecho de balido o reclamado en el proceso, el juez debe proceder en forma prudente y razonable a apreciar los elementos de juicio exigidos por la ley para tales efectos, pues de lo contrario desacata las formas propias de cada juicio, esto es, las reglas del debido proceso, cuyos preceptos de orden público se han instituido para la defensa del derecho material.

Ahora bien: puede sostenerse en abstracto que no apreciar si un apoderado goza o no de la facultad para recibir, no siempre tiene connotación constitucional; empero en este caso concreto, al haberse ignorado simple y llanamente la prueba sobre ese preciso tópico, el error adquirió una evidente relevancia constitucional en la medida en que condujo a la emisión de una resolución carente de fundamento objetivo, puesto que su sustrato fáctico no era verídico, y lo que es peor, aparejó una injusta extinción del derecho sustancial *sub iudice*, a cuya prevalencia, como es bien sabido, deben orientarse las reglas del procedimiento, tal como lo ordenan los artículos 4 del citado C. P.C. y 228 de la Carta Política.

Súmese a lo anterior que, al contrario de lo sostenido por el tribunal, la actora no contó con otro medio eficaz para la defensa de su derecho, precisamente porque en virtud de lo ocurrido en este singular evento, en que al proferimiento de la equívoca decisión revisada contribuyó su apoderado, no tenía una verdadera opción para interponer los recursos de ley.

De manera que como se reúnen los requisitos para que prospere la acción de tutela impetrada, se ordenará al despacho accionado que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a tomar las medidas pertinentes para que desaparezcan las consecuencias de la decisión cuya remoción aquí se ordena.

Finalmente, debe agregarse que el acreedor embargante del remanente no sufre desmedro alguno con lo aquí decidido, por cuanto su condición en ese sentido la conserva tal como antes la tenía.

5. Entonces, se revocará el fallo impugnado para en su lugar conceder la tutela solicitada, con la orden adicional ya referida.

V. Decisión

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de fecha y procedencia preanotadas, y en su lugar Dispone:

1. Conceder la tutela solicitada por la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatría - Upac Colpatría contra el Juzgado 4° Civil del Circuito de Ibagué.

2. En consecuencia, se ordena al despacho judicial en mención que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a tomar las medidas pertinentes para que desaparezcan las consecuencias de la providencia del 15 de diciembre de 1997, por medio de la cual

decretó la terminación del proceso hipotecario de la accionante contra Enrique Colmenares Flórez por pago total de la obligación, y adoptó otras determinaciones consecuentes.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados y renúciase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ruíz Gómez (en permiso), Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO PENAL, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: Si la administración de justicia en ejercicio del derecho de castigar sanciona a un infractor de la ley penal, sus familiares no tienen *legitimación para invocar el quebranto de sus propios derechos*

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5213

Decídese la impugnación formulada por Aracely Sossa Rodriguez contra el fallo del 12 de mayo de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala de Familia- del Distrito Judicial de Neiva, en el trámite de la tutela promovida por la impugnante contra el Juzgado 1º Penal Municipal de Pitalito -Huila-.

I. ANTECEDENTES

1. La accionante en mención, actuando en representación de sus menores hijos Meyer Alexander y Nelly Dearely, ambos Tumbalá Sossa, presentó acción de tutela contra el juzgado citado, aduciendo vulneración de los derechos fundamentales de los niños y de la igualdad.

2. Funda la infracción aludida en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que Nelson Tumbalá Fernández, quien es el padre de sus dos hijos ya citados, fue denunciado por Elizabeth Barrios de Triviño, por el delito de inasistencia alimentaria respecto de unas hijas procreadas con esta última, las que actualmente son madres de familia, residen en Pitalito con compañero permanente, y algunas ya cumplieron la mayoría de edad;

b) que por tal motivo el juzgado accionado condenó a Tumbalá Fernández a 16 meses de prisión, pena que purga en el Centro Carcelario de Caquetá, y por esta razón ha abandonado física, moral y económicamente a los hijos menores habidos con ella, ya que no puede trabajar para suplir sus necesidades.

3. Al invocar la protección de sus hijos, pide la actora que se ordene la suspensión de la pena impuesta a Nelson Tumbalá Fernández.

II. E. FALLO DEL TRIBUNAL

El sentenciador luego de referirse a la competencia territorial en materia de tutela y a lo que aquí se persigue, recuerda que al haberse declarado la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, esta acción no procede contra decisiones judiciales, salvo que éstas sean arbitrarias y groseras, al punto de constituir una clara vía de hecho.

Después descendiendo al caso concreto concluyendo el tribunal que no se observa que la providencia "...constituida por la demandante como la causa de la presente violación de los derechos de los niños..." haya desconocido el derecho positivo, ya que el juez hizo el análisis probatorio y jurídico para concluir en los términos conocidos, conido a derecho. Incluso aclaró que si bien una de las hijas del condenado era mayor de edad, las otras dos no.

Así, el fallador constitucional desemboca en la negación de la tutela.

III. LA IMPUGNACION

Sin aducir las razones concernientes a su disensión, la actora impugnó el fallo antes reseñado.

IV. CONSIDERACIONES

1. Fluye del anterior compendio que en la presente queja constitucional la accionante acusa al Juzgado 1° Penal Municipal de Pitalito de vulnerar los derechos fundamentales de sus menores hijos, Meyer Alexander y Nelly Dearly Tumbalá Sossa, debido a que condenó al padre de éstos, Nelson Tumbalá Fernández, a dieciséis (16) meses de prisión por el delito de inasistencia alimentaria respecto de otras hijas que son madres de familia, tienen compañero permanente y algunas ya son mayores de edad, motivo por el cual el condenado ha abandonado a los mencionados niños habidos con ella. Para la protección de sus representados pide que se ordene suspender la pena que actualmente cumple el aludido padre de éstos.

2. Caso en el que se debe abordar como cuestión de primer orden, si el fallo condenatorio proferido por el juzgado accionado en contra de Tumbalá Fernández tiene aptitud para vulnerar los derechos de sus vástagos antes nombrados, a cuyo propósito es pertinente acotar que en general las sentencias pronunciadas por el aparato jurisdiccional obedecen a una conducta legítima del Estado, emanada de su deber de componer los conflictos que no puedan arreglarse por los involucrados, por manera que si, cual acontece en la especie bajo análisis, la administración de justicia en ejercicio del derecho de castigar (*ius puniendi*) sanciona a un infractor de la ley penal, sus familiares no tienen legitimación para invocar el quebranto de sus propios derechos, puesto que la decisión judicial punitiva, como es bien conocido, tiene efectos

personales sobre el afectado; sin que tampoco sea de recibo el argumento sobre el consecuente abandono del reo de sus obligaciones familiares, porque en tales supuestos el interés público inherente al orden social resquebrajado con el comportamiento antijurídico juzgado, debe prevalecer sobre esos aspectos, aserto que permite encontrar la frustración del amparo constitución peticionado.

3. Además de lo anterior, habida cuenta que la actora dice promover la tutela en favor de sus menores hijos, aunque con el fin de que su compañero Nelson Tumbalá no cumpla con la condena impuesta por el citado despacho judicial, es decir, para que este último se beneficie de su petición, cabe analizar si ella tiene legitimación para el efecto, tópico para el que es oportuno recordar que este instrumento de protección de los derechos fundamentales, es un proceso en el que se permite actuar sin la calidad de abogado pero para el patrocinio de los derechos propios; y aunque también se autoriza agenciar derechos ajenos, tal cosa únicamente es procedente cuando el titular de los mismos no pueda promover su propia defensa, circunstancia que por su especificidad debe expresarse en la solicitud, todo de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, lo cual no sucedió en el caso *sub lite*.

Entonces, al no estar acreditado que el compañero de la accionante se halle imposibilitado para promover la defensa de sus propios derechos, igualmente se presenta la falta de legitimación que se exige por la norma en cita y se ratifica el infortunio de la tutela.

4. No obstante, no sobra agregar que en virtud de la declaratoria de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la tutela no procede contra actuaciones o providencias judiciales¹, toda vez que si se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, si ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede adicionarse al trámite surtido una acción de tutela, porque según el artículo 86 de la Constitución la misma es improcedente cuando se tiene o se ha tenido otra posibilidad judicial de protección, pues este dispositivo se concibió "...únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a efecto de lograr la protección del derecho..."

Solamente se ha aceptado por la jurisprudencia la acción de tutela contra actuaciones judiciales en los excepcionales casos en que las mismas estén inmersas en vicios de hecho, o sea, cuando el funcionario despliegue u omita actos basándose en su solo capricho o arbitrariedad, con efectos en el ámbito de los derechos fundamentales, siempre y cuando el afectado no hubiese contado con otro medio defensivo para hacer valer al interior del proceso; vicio que debe invocarse y demostrarse por quien se considera perjudicado.

5. Así, con las precisiones antes expuestas, se debe concluir en la confirmación del fallo impugnado.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia preanotadas.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados y oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

INCIDENTE DE DESACATO: El demandante en tutela está facultado para desistir del incidente

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechura Simuncas

Ref.: Expediente No. 5256

Correspondería a la Corte pronunciarse sobre la consulta planteada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, respecto de su proveído de 17 de julio próximo pasado, mediante el cual resolvió el incidente por desacato tramitado dentro de la acción de tutela de *Luis Fernando Osorio Rivera* contra el *Instituto Nacional de Vías "Invías"* y sancionó al doctor *Juan Manuel Restrepo Vélez*, en su calidad de Director del Distrito No. 1 de dicha entidad, con sede en esa ciudad, con tres días de arresto y multa equivalente a \$407.652.00.

Con todo, se observa que después de emitida la mencionada providencia, el actor en tutela y promotor del incidente por desacato, señor Luis Fernando Osorio Rivera, en el escrito que aparece a folio 115 del cuaderno No. 4 del expediente, expresa que "en la fecha el Instituto Nacional de Vías en cabeza de su Director Regional doctor Juan Manuel Restrepo Vélez ha dado cumplimiento al fallo de tutela de la Corte Constitucional en lo referente al pago de las acreencias (prestaciones y salarios) adeudados en razón del reintegro ordenado por la Jurisdicción Laboral" y que "En consecuencia con lo anterior y como la voluntad que me asistía al promover el incidente era la de lograr el cumplimiento del fallo de tutela, lo cual ya se logró por lo menos en cuanto al pago de los derechos laborales de carácter económico adeudados, manifiesto al Tribunal que desisto del incidente propuesto".

Así las cosas y como quiera que el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 consagra la facultad, en favor del demandante en tutela, de desistir de su acción, principio que, se entiende, es aplicable a las demás cuestiones concernientes con este especial medio de defensa, entre ellas lo tocante con el cumplimiento de los fallos que en asuntos de este linaje se profieran, y apreciándose, de otra parte, que el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil autoriza el desistimiento "de los recursos interpuestos, y de los incidentes,..." por parte de quien los haya promovido, norma aplicable al caso por el manda-

to del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, se concluye que procede la aceptación del desistimiento del incidente presentado por el accionante; decisión que adoptará la Corte acogiendo el principio de economía procesal, al apartarse del criterio relativo a la falta de competencia funcional esgrimido por el *u-quo*, que no comparte por no ser consonante con las previsiones consagradas al efecto por el inciso 2º del citado artículo 344 de la ley de enjuiciamiento civil.

Acorde con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, *Acepta* el desistimiento que del *Incidente por Desacato* promovió el demandante en tutela dentro de la acción atrás referenciada.

Notifíquese mediante telegrama a las partes y a sus apoderados judiciales; y devuélvase en oportunidad el expediente a la oficina de origen. Oficiese.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

IMPEDIMENTO EN TUTELA: La convicción íntima del magistrado que se declara impedido se debe considerar como prueba de hechos históricos de los que no ha quedado registro

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá D. C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Santos Ballesteros*

Ref.: Expediente No. 5228

Decide la Corte sobre el impedimento manifestado por el Doctor Carlos Esteban Jaramillo para conocer de las presentes diligencias.

ANTECEDENTES

1. En escrito presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 25 de junio de 1998, las personas jurídicas *Bancolombia, Fondo de Garantías de Instituciones Financieras Fogafin y la Nación* a través del *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, por conducto de apoderado, elevaron acción de tutela contra la sentencia proferida por la Sala Civil de ese Tribunal, fechada el 22 de abril de 1998, en la que se resolvió el litigio planteado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar atinente a la declaración de mostrencos de unos bienes, sentencia que decidió revocar la de primer grado proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, para en su lugar "declarar que son bienes mostrencos los bonos de garantía general y los certificados de depósito a término, relacionados en la pretensión primera de la demanda, expedidos por Grancolombiana Corporación Financiera S.A. "Granfinanciera". Declaró asimismo el Tribunal accionado que "dichos bienes le pertenecen al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar" y condenó "al Banco de Colombia, como sucesor procesal de Grancolombiana Corporación Financiera S.A. Granfinanciera" y en su condición de deudor de las sumas de dinero contenidas en los documentos a que se refieren los bienes declarados mostrencos, a pagar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el equivalente económico o pecuniario de los bienes declarados mostrencos, correspondiente al capital de los títulos de bonos de garantía general y los certificados de depósito a término, y por concepto de intereses de plazo remuneratorios...".

2. Impugnado el fallo por el cual el Tribunal resolvió la acción de tutela referida, concedida la alzada y avocado su conocimiento por la Corte, los autos se pasaron al magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, quien manifestó estar incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, sustentada en el hecho de haber expresado verbalmente y por escrito su opinión en torno de diversas circunstancias (motivos, autoría, alcances fraudulentos) que rodearon las prácticas financieras de las que se afirma emergen los documentos declarados mostrencos en el fallo que dio origen a la acción de tutela opiniones que manifestó por razón de las funciones que desempeñó en la Superintendencia Bancaria entre los años de 1982 (septiembre) y 1986 (mayo).

SE CONSIDERA

Es sabido que la convicción íntima es en la mayoría de los casos la única prueba con que cuenta el juez que debe considerar un impedimento fundamentado en hechos históricos de los que no queda registro, como es el caso de las opiniones verbales, los consejos, etc. Así, el magistrado que se sabe impedido termina siendo el único sabedor de la incidencia de sus ideas y criterios preconcebidos en las resultas del proceso.

En este caso además de la manifestación del magistrado Jaramillo Schloss, en el expediente que culminó con la sentencia acusada de violar derechos fundamentales, se observa (folio 378 del cuaderno de la primera instancia) que en efecto la Superintendencia Bancaria conoció, averiguó y conceptuó sobre variados aspectos que tocan con lo que fue objeto de decisión en aquel fallo, por lo que le asiste razón al magistrado Carlos Esteban Jaramillo para declararse impedido.

Por los motivos expresados la Sala Resuelve aceptar el impedimento expresado por el Dr. Carlos Esteban Jaramillo para declararse separado del conocimiento de esta acción de tutela.

Cumplase

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO DE SUCESION: El juez que no atiende la petición que solicita se precise la Notaría en la cual se protocolizó el expediente, con base en que el mismo está en poder del abogado de las partes, vulnera el derecho al debido proceso del solicitante. El artículo 611 inciso 2º, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil es aplicable, a pesar de ser norma posterior a la sentencia, a efectos de que el juez pueda obtener información requerida por terceros interesados.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra

Ref.: Expediente No. 5258

Decídese la impugnación formulada por Gil Molano contra el fallo del 10 de julio de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil- del Distrito Judicial de Cali, en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra el Juzgado 7º Civil del Circuito de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. El accionante en mención propuso acción de tutela contra la referida autoridad judicial, sin aducir cuál derecho considera vulnerado.

2. Funda la infracción aludida en lo que en seguida se compendia:

a) que trabajó al servicio de Antonio Dishington del 5 de enero de 1965 al 4 de julio de 1977, en calidad de celador en una de las propiedades de aquél en Cali, sin recibir durante ese lapso salario alguno;

b) que muerto su empleador, sus bienes pasaron a ser propiedad de La Garantía A. Dishington S.A., sociedad que fue condenada a pagarle a él todo su trabajo "...mediante sentencia dictada por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Cali (Valle) el día 2 de septiembre de 1975 (sic). (sentencia de partición)";

c) que como la citada sociedad no ha cumplido con el pago necesita la copia de la aludida sentencia para hacerse pagar, cosa que el juzgado accionado ha rehusado, pues no expide las copias por razones que ignora ya que no le da explicaciones, ni claras ni confusas, y prueba de ello es la solicitud del 25 de abril de 1990, según copia adjunta, cuya respuesta nunca recibió;

d) que el abogado Jaime Duque Urrea, vocero de su contraparte, en 1990, cuando fue a reclamar la copia de la sentencia de marras, le manifestó: "Lo único que le digo es que no le dejó expedir un solo papel para que le paguen", y evidentemente así ha sido hasta la fecha.

3. Solicita el accionante que por esta vía se ordene al accionado que le expida copia de la sentencia de partición mencionada, para hacer valer sus derechos.

4. El despacho accionado informó al tribunal que el 10 de octubre de 1969 se radicó la sucesión de Antonio Dishington, en el que figura como apoderado el Dr. Jaime Urrea, y se dió sentencia aprobatoria de la partición, incluyendo a los causantes Luisa Emma de Dishington y William Labianca, el 14 de diciembre de 1977. Agrega que según el libro radicador, el expediente fue entregado al citado Duque Urrea para su protocolización en una notaría, el 3 de junio de 1980, por lo cual las peticiones o memoriales deben reposar en el expediente.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, luego de considerar que de los hechos se deduce que está comprometido el derecho de petición y de explicar que la tutela es un mecanismo subsidiario para la defensa de los derechos fundamentales, pasa a analizar el derecho aludido que, de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución y la jurisprudencia, implica para la administración el deber de resolver y responder al peticionario.

Después el sentenciador aborda el caso bajo juicio, concluyendo que el juzgado accionado no le ha vulnerado el derecho de petición al accionante, porque según el informe rendido, el expediente de la sucesión de Antonio Dishington fue entregado al apoderado Jaime Duque Urrea para su protocolización; de suerte que corresponde al petente averiguarle a dicho abogado dónde se protocolizó el expediente para obtener copias del trabajo de partición y enterarse qué le correspondió allí, así como "...hacer los trámites respectivos para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia por las vías legales".

De esa manera, desemboca en la negativa de la tutela impetrada.

III. LA IMPUGNACION

Expresa el actor en su inconformidad que los jueces deben compulsar copias auténticas de sus proveídos a las partes que se lo soliciten, y como a él solo le notificaron la parte resolutive del fallo de esta acción, le asiste el derecho de saber "...por qué razón le es negado el derecho tutelar a que se le expida la copia de la sentencia solicitada..."

Añade que con 73 años que tiene no puede perder doce y medio años de trabajo porque un juez no quiera expedirle una simple copia de una sentencia para hacerla valer en otra instancia judicial.

IV. CONSIDERACIONES

1. Según fluye de los renglones precedentes, en este caso el actor ha acudido al amparo constitucional en contra del Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali, argumentando que el mismo se ha negado a expedirle copia auténtica de la sentencia de partición del sucesorio de Antonio Dishington, expedida el 14 de diciembre de 1977, con el fin de hacerla valer para efectos de unas prestaciones laborales que allí se le reconocieron. Para su protección solicita que se ordene al despacho accionado la expedición de dichas copias.

Si bien el accionante no precisa cuál es el derecho fundamental que en su sentir se le está vulnerando, de sus escritos parece desprenderse que se refiere al derecho de petición.

2. El amparo constitucional o acción de tutela, de acuerdo con lo reglado por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, es un proceso judicial ágil y sencillo para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando éstos puedan resultar vulnerados o amenazados por acciones u omisiones arbitrarias o caprichosas de una autoridad pública, y en ciertos casos de los particulares, acción que solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Ahora bien: teniéndose en cuenta que los administradores de justicia forman parte de las autoridades públicas, toda vez que están llamados a ejercer, con sujeción al orden jurídico, poder de mando o decisión con fuerza vinculante para los gobernados¹, es claro que ante ellos pueden formularse peticiones, con la obligación correlativa de tramitarlas y responderlas en los términos que la ley señale, so pena de vulnerar la Carta Política, no obstante que debe distinguirse con claridad entre solicitudes de carácter estrictamente judicial, esto es, formuladas al interior de los respectivos procesos, y las que atañen con las funciones meramente administrativas a cargo de los jueces, pues que las primeras se someten a la normatividad procesal correspondiente, al paso que respecto de las segundas son aplicables las normas de la actividad de la administración pública; de donde emerge que no puede alegarse quebranto del derecho de petición cuando dentro de un proceso cualquiera de las partes o los intervinientes presenta una solicitud y no se responde en los términos del Código Contencioso Administrativo, porque en esas circunstancias, ante la posible actitud morosa para resolver, el derecho fundamental que puede invocar el afectado es el del debido proceso, que no el de petición, por lo cual,

*...el eventual ejercicio de la acción de tutela ante la mora del juez en decidir sobre un determinado asunto a su consideración dentro del proceso

¹ Corte Constitucional. Sentencias T-501 y C-543 de 1992.

judicial tendría fundamento -como ya lo ha expresado esta Corte- en que tal conducta, en cuanto desconozca los términos de ley y carezca de motivo probado y razonable, implica *dilación injustificada*, es decir, vulneración palmaria del debido proceso (artículo 29 C.P.) y obstáculo para el acceso de la persona a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). El juez se ubica entonces en la hipótesis contemplada por el artículo 229 *ibídem*: 'Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado'.²

4. Sentado el anterior marco de referencia, pásase al análisis de la presente acción de tutela, a cuyo propósito es factible considerar que si bien el juzgado accionado informó que revisados los archivos correspondientes a los años 1990 y 1991, no se encontró radicada la petición que el accionante dice haber elevado el 25 de abril de 1990 (fs. 4 y ss. c. de la Corte), de todas maneras lo cierto es que de la fotocopia autenticada aportada con la demanda de amparo (fl. 4 c. 1) se deduce que ciertamente ese memorial dirigido al despacho en mención tiene un sello de recepción con la aludida fecha, de tal suerte que se plantea una duda sobre ese preciso punto; duda que ha de resolverse en pro de la efectividad de los derechos fundamentales, sobre todo teniéndose en cuenta que las afirmaciones del peticionario no están desvirtuadas por cuanto la oficina judicial implicada tampoco niega rotundamente la radicación del escrito, sino que se limita a manifestar que "no se encontró", lo cual permite concluir que ciertamente la petición está sin resolver, y ello a pesar de ser meridiano que el actor, dado que invoca su calidad de interesado en la mortuoria de Antonio Dishington, tiene derecho a que se le informe sobre el paradero del expediente entregado el 3 de junio de 1980 al abogado Jaime Duque Urrea para su protocolización; pues solo de ese legajo puede obtener las copias completas y auténticas del trabajo partitivo y su aprobación para los fines que persigue.

Consideraciones que permiten deducir la necesidad de concesión de la tutela con la orden consecuente para que el juzgado accionado proceda a requerir al profesional en mención, o a sus representados allí sucesores-, en aras de que informen en qué notaría se protocolizó el expediente del aludido sucesorio, con miras a que ese hecho sea conocido por el despacho judicial y pueda así dar las informaciones pertinentes a los terceros con eventual interés en ello, todo de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo, numeral 7, art. 611 del C.P.C., preceptiva que si bien fue introducida por la reforma del Decreto 2282 de 1989 y, por lo tanto, es posterior, de todas maneras debe aplicarse para este caso a efectos de que al peticionario se le pueda dar cabalmente la información que requiere, pues solo así se hacen realidad los postulados constitucionales de primacía y efectividad de los derechos superiores de la persona.

Es por esto último que la eventual negativa del juzgado para expedir copias auténticas e idóneas de la partición, fincada en una situación que en

² Idem. Sentencia T-334 de 1995, reiterada, entre otras, en la T-424 del mismo año.

principio no le es atribuible, no puede ser aceptada, puesto que va en contravía de los principios y valores constitucional sobre estos aspectos.

5. Así puestas las cosas, el fallo impugnado debe revocarse para en su lugar conceder el amparo peticionado, con las órdenes adicionales para que se le remitan copias de este fallo al peticionario y al juzgado accionado para lo de su cargo.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de fecha y procedencia preanotadas, y en su lugar Dispone:

1. Concédese la tutela solicitada por Gil Molano frente al Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali.

2. En consecuencia, se ordena al despacho judicial en mención que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, inicie las gestiones necesarias -requerimientos bajo los apremios de ley- para efectos de que se conozca el paradero o lugar de protocolización del expediente contentivo de la sucesión de Antonio Dishington, conforme a lo dicho en parte motiva, de lo cual se informará oportunamente al peticionario. Remítasele copia de este fallo para lo de su cargo.

Igualmente remítase al accionante copia del presente fallo.

Notifíquese telegráficamente, o por el medio más eficaz, lo aquí resuelto a los interesados.

Oportunamente envíese la actuación a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas (en permiso), Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO CIVIL: Vulnera el derecho el juez que en proceso de declaración de bien mostrenco de títulos valores de contenido crediticio ordena a la entidad demandada pagar al ICBF el capital más los intereses capitalizados. Al proferir la condena se dejó a la entidad bancaria sin posibilidad de oponer todas las excepciones que a bien tuviera y no sólo aquellas permitidas cuando el título ejecutivo es una sentencia (artículo 509 del Código de Procedimiento Civil).

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá D. C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Santos Ballesteros*

Ref.: Expediente No. 5228

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, proferida el 10 de julio de 1998, que concedió la tutela promovida por *Bancolombía*, con la coadyuvancia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, contra la Sala Civil de ese Tribunal, conformada por los Magistrados Carlos Julio Moya Colmenares, Humberto Niño Ortega y María Teresa Plazas Alvarado.

ANTECEDENTES

1. En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado, el accionante *Bancolombía*, con la coadyuvancia de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-Fogafin-, representadas las tres personas jurídicas por un mismo apoderado, interpone acción de tutela contra la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, conformada por los Magistrados Carlos Julio Moya Colmenares, Humberto Alfonso Niño Ortega y María Teresa Plazas Alvarado. Considera el accionante que con la sentencia del 22 de abril de 1998 - proferida en segunda instancia dentro del proceso abreviado de declaratoria de bien mostrenco iniciado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra indeterminados, y finalmente contra *Bancolombía*, como sucesor procesal de *Grancolombiana Corporación Financiera S.A.*, *Granfinanciera*- se incurrió en vías de hecho. En esa sentencia, el Tribunal accionado declaró como bienes mostrencos varios títulos valores de contenido crediticio (Bonos de Garantía General y Certificados de Depósito a Término) y ordenó al Banco de

Colombia (ahora sucedido en sus derechos y obligaciones por Bancolombia accionante) pagarle al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la suma de \$788.928.330.33 por capital, con intereses capitalizados desde 1981, más costas, condena que según el accionante excede hoy los \$20.000.000.000.00.

2. Considera el accionante que la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho al debido proceso, se patentizó al eslinar la Sala accionada que los títulos mencionados tienen la calidad de bienes mostrencos, sin importar que tenían dueño conocido, mismo que compareció al proceso, se opuso y señaló que los había redimido.

3. Los hechos, afirmaciones y fundamentos de la presente acción de tutela, presentados por el peticionario, pueden resumirse de la siguiente manera:

a. En primer lugar resalta que tanto La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público como el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tienen interés legítimo en las resultas de la acción de tutela instaurada, por lo que tales entidades actúan en su condición de coadyuvantes, en ejercicio de la facultad prevista en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Interés que deviene, respecto del Fondo, por su condición de garante de Bancolombia, y respecto de la Nación, por cuanto los recursos de ese Fondo se conforman con aportes del presupuesto nacional.

b. Relata el peticionario el trámite del proceso abreviado dentro del cual se dictó la providencia con la que estima que se vulneraron los derechos fundamentales de Bancolombia, proceso que inició el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a efectos de que se declararan mostrencos varios títulos valores de contenido crediticio (Bonos de Garantía General y Certificados de Depósito a Término) que afirmó carecían de dueño y que se encontraban depositados en *Granfinanciera*, entidad absorbida por el Banco de Colombia, hoy *Bancolombia*.

c. En diligencia de secuestro a los mencionados títulos, efectuada dentro del referido proceso y con oposición de *Granfinanciera*, se resolvió: "abstenerse de declarar legalmente embargados y secuestrados los bienes antes denunciados haciéndole saber al tenedor opositor que deberá registrarse conforme lo dispuesto en el artículo 439 de nuestro estatuto procesal compareciendo ante el juzgado 3 civil del circuito para lo de su cargo".

d. El peticionario destaca dos hechos que afirma fueron desconocidos por el Tribunal: la prueba de la existencia y representación de *Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía. S. en C.* y el pago de los títulos por *Granfinanciera* a esa sociedad en 1987, sin que estos estuvieran embargados o secuestrados, por lo que bien pagados, no había nada que pudiese declararse mostrenco.

e. A continuación cita apartes de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el 24 de febrero de 1994, denegatoria de las súplicas de la demanda por cuanto los títulos tenían dueño aparente y conocido, y en la que el peticionario destaca la afirmación del juzgado alinente a que en el proceso de declaración de bienes

mostrencos no hay lugar a discutir situaciones distintas a las expresamente señaladas en el artículo 706 del Código Civil, tales como simulaciones u otros aspectos.

f. Seguidamente se refiere a la sentencia del Tribunal accionado, en la que fueron declarados mostrencos los títulos referidos y se ordenó al Banco accionante su pago con intereses capitalizados desde 1981, para dedicar el resto de su demanda a la explicación de cómo fueron violados los siguientes derechos fundamentales de Bancolombia, al incurrir el Tribunal en vias de hecho, "en defectos sustantivos, fácticos, orgánicos y procedimentales": a una justicia pautada y reglada (artículos 121, 229 y 230 de la C.P.), al debido proceso, al derecho a la igualdad ante la ley, a la prelación del derecho sustancial, a no inferir injuria al patrimonio obtenido legalmente (artículo 58 ib).

El defecto sustancial que le atribuye al Tribunal lo hace consistir en que éste consideró como bienes muebles, susceptibles de ser declarados mostrencos, unos créditos incorporales.

El defecto fáctico lo concreta en desconocer el Tribunal que esos títulos tenían dueño conocido y que ese dueño se notificó, se opuso y los cobró, amén de inaplicar el artículo 624 del Código de Comercio, que ordena la exhibición de los títulos para que se ejercite el derecho consignado en ellos, pues tales títulos, en sus originales, no están en el expediente, circunstancia que refleja -añade el peticionario- que lo que el Tribunal declaró mostrenco es el crédito o derecho inmaterial y no el bien mueble o papel. De allí infiere que a Bancolombia se le conculcó el derecho constitucional de defensa y contradicción en la medida en que la sentencia ordenó irregularmente el pago de esos títulos sin que el accionado pudiese oponer excepciones cambiarias (entre ellas las de prescripción y pago).

Un primer defecto orgánico y procedimental lo ubica el accionante en el hecho de que el Tribunal haya "escarbado" la simple pertenencia -que es lo único que exige el artículo 706 del Código Civil- para adentrarse en la averiguación del dueño real de los títulos, con lo cual, sin competencia, falló una simulación. Y uno segundo estriba, para el accionante, en haberse dictado sentencia de condena propia de un ejecutivo en un proceso declarativo.

Como argumento subsidiario de los anteriores, remata el peticionario con lo que denomina "defecto sustantivo, orgánico y procedimental", circunscrito a la orden de capitalización improcedente, por no estar pactada, y al pago de intereses ya cancelados, según se aprecia al respaldo de los títulos.

4. Aportada la copia del expediente contentivo del proceso abreviado de declaración de bien mostrenco de cuya sentencia de segunda instancia trata esta tutela, allí se aprecian algunos elementos que, para la resolución y explicación cabal del asunto, merecen destacarse:

a. En la demanda incoatoria del proceso se indicó que los bienes pretensamente mostrencos eran "unos bienes muebles que se encuentran depositados, en custodia, en la Grancolombiana Corporación Financiera S. A.

-Granfinanciera-, los cuales figuran a nombre de la sociedad "Comercial Negocios Santa Inés Ltda Cía S. en C." sin que realmente tengan actualmente dueño, y que por lo tanto pertenecen al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar." (folio 13, resaltado de la Corte).

b. Dentro del proceso, que por reparto correspondió al Juzgado 3° Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, se decretó el embargo sobre los bienes materia del asunto, y a tal fin se comisionó al Inspector Tercero A Distrital de Policía (folio 21), funcionario que, en desarrollo de la comisión conferida, se trasladó el 22 de diciembre de 1986 a las oficinas de Granfinanciera en esta capital, y allí el apoderado de la compañía mencionada se opuso al secuestro, por cuanto, según su alegación, no eran mostrencos los bienes objeto de la medida, pues de acuerdo con el artículo 706 del Código Civil para declarar mostrenco un bien se exige, entre otros requisitos, que se encuentre sin dueño aparente o conocido, lo que no sucede en el presente caso pues los títulos pertenecen a un dueño conocido que es la sociedad Comercial Negocios Santa Inés y Cía Ltda S. en C. Alegó además, siempre a tono con la norma mencionada, que los bienes pretensamente mostrencos deben estar en estado de abandono, situación que tampoco se presenta, porque los títulos y bonos se encuentran en Granfinanciera a título de custodia. En consideración a la anterior situación, como arriba se mencionó, el Inspector admitió la oposición, por lo que no se materializó el secuestro, pero advirtió al opositor que de acuerdo con lo señalado por el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil (hoy 422) debía presentarse al proceso.

c. El 2 de diciembre de 1987 se notificó el auto admisorio de la demanda al curador *ad-litem* de las personas indeterminadas (folio 181), quien dentro del término legal contestó la demanda e interpuso excepciones previas y de mérito. Dentro de las primeras propuso la que denominó "no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario", porque en su entender, en la diligencia de secuestro, Granfinanciera presentó oposición en nombre de Comercial de Negocios Santa Inés Ltda. S., en C., de quien manifestó era la dueña de los títulos, además de que figuran éstos expedidos a nombre de esa sociedad, por lo que a ella debía hacérsele comparecer al proceso (folios 808, 809).

d. El 23 de mayo de 1988 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, al declarar probada la excepción previa de falta de integración del contradictorio, ordenó la citación al proceso de la sociedad Comercial Negocios Santa Inés Ltda, y Cía S. en C., (folios 812-814), auto que fue recurrido y apelado en subsidio por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y que recibió la confirmación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá mediante providencia del 18 de diciembre de 1990 (folios 868 - 874).

e. Mientras todo esto sucedía en el proceso, el representante legal de Comercial Negocios Santa Inés Ltda, y Cía S. en C., mediante oficio del 18 de diciembre de 1987 dirigido al Presidente de Grancolombiana Corporación Financiera (folios 204 a 206), solicitó a esa corporación la redención y el consi-

guiente pago de capital e intereses de los títulos objeto de este proceso. Y así, el Director del Departamento de Fiduciaria de Granfinanciera comunicó al representante legal de Comercial Negocios Santa Inés Ltda y Cía S. en C. que ha procedido a cancelar los títulos y que los dineros representativos quedan a disposición de la sociedad anotada (folio 207).

f. El 29 de diciembre de 1987 el representante legal de la sociedad Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía S. en C., mediante oficio obrante a folios 212 y 213, y previa advertencia de que seguía las instrucciones de los socios de la compañía que representaba, instruyó al Presidente de la Grancolombiana Corporación Financiera, sobre el destino que debía dársele a los recursos provenientes de los títulos, ya redimidos según se dijo, expedidos a nombre de la sociedad, para lo cual el Presidente de esa corporación, en la misma fecha, solicitó al Departamento de Fiduciaria seguir las instrucciones recibidas del Gerente de Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía S. en C., entre otras la constitución de otros CDTS, el pago de algunas obligaciones y el depósito de un remanente a disposición de la sociedad mencionada, hasta nuevo aviso (folios 211 a 213); órdenes al parecer cumplidas, según se aprecia (folios 217 a 225 del expediente) en las fotocopias de los certificados de depósito expedidos, así como en los diferentes comprobantes de contabilidad de Granfinanciera.

g. A folios 226 y 227 obra la comunicación del 30 de diciembre de 1987, dirigida al Superintendente Bancario por los Presidentes del Banco de Colombia y Granfinanciera, en la que explican al ente de vigilancia, sobre los acontecimientos ocurridos en relación con el tema de Comercial Negocios Santa Inés; en el mencionado oficio, se indica que el 23 de diciembre de 1986, con escritura pública 5652 de la Notaría 18, el Banco de Colombia de acuerdo con el esquema de daciones en pago previstas entre las compañías del denominado Grupo Grancolombiano, recibió 990 cuotas sociales de la compañía Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía S. en C., constituyéndose así en socio mayoritario, y que en virtud de esta nueva situación solicitó a Granfinanciera la redención de los títulos, lo que sucedió, con conocimiento del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y del Jefe de Visita de la Superintendencia, a la sazón revisor de las operaciones de Santa Inés en Granfinanciera.

Todas estas comunicaciones reposan en el expediente del proceso abreviado, aportadas por el apoderado de Granfinanciera, con ocasión de su petición de terminación del proceso.

h. El 6 de marzo de 1986 el Superintendente Bancario en oficio 12854 dirigido al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, le informó que no obstante la confidencialidad de la investigación adelantada contra la Corporación Granfinanciera, por tratarse de un asunto de competencia del Instituto, relativo a la solicitud de declaración como bienes monevables de algunos valores que figuran a nombre de Comercial Negocios Santa Inés y Cía Ltda, S. en C., lo ilustraba sobre algunos aspectos relevantes en

torno a las operaciones realizadas por Santa Inés con Granfinanciera respecto de los dineros representados en títulos (folio 373 a 392).

En su comunicación el Superintendente señala que Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía S. en C., es una sociedad con aportes de Negocios Santa Inés Ltda. en un 99% y Fábrica Nacional de Pinturas Sherwin Williams de Colombia S.A., en un 1%, y a su vez Negocios Santa Inés Ltda. tiene una composición accionaria distribuida en un 98% de Comercial de Negocios Santa Inés Ltda y Cía S. en C., y en 2% de Fábrica Nacional de Pinturas Sherwin Williams de Colombia S.A., por lo que al ser la Fábrica Nacional de Pinturas Sherwin Williams de Colombia S.A., propiedad de Granfinanciera, "es esta última entidad la titular del capital social de la empresa que aparece como titular de los valores sobre los cuales se ocupa la Superintendencia en este escrito". Más adelante el Superintendente transcribe apartes de la comunicación suscrita por el Presidente de Granfinanciera, a fin de dar claridad sobre el posible origen de los valores cuestionados y la real titularidad de los mismos, y para el efecto indica:

"...El representante legal de Santa Inés ha manifestado que esos depósitos no son de Santa Inés, lo cual es realmente cierto...

"Como es de conocimiento de las directivas del Grupo Grancolombiano y del Banco de Colombia, hay un convenio suscrito con don Manuel Isidro, convenio que fundamentalmente, y para lo que ahora nos interesa, consistía en lo siguiente: don Manuel Isidro debía entregar a la Corporación Financiera hasta el 70% del aporte que la Corporación Financiera tenía que hacer en Papelcol. Ese 70% era aproximadamente 17 millones de dólares.

"El Grupo se comprometía a venderle o traspasarle a Manuel Isidro, a cambio de esos 17 millones de dólares bienes inmuebles de los que recibieron en Medellín de los antioqueños, cuando a ellos se les traspasaron las acciones de la Nacional de Chocolates y de Galletas Noel, bienes inmuebles que están fideicomitados al Banco de Colombia...

"Santa Inés era una compañía 100% de Granfinanciera, a través de Sherwin Williams y se resolvió por parte de las directivas del Grupo Grancolombiano que esos dineros recibidos de Manuel Isidro entraran a Santa Inés y Santa Inés a su turno constituyera los depósitos en Granfinanciera. Santa Inés cruzaría ese activo con un pasivo a favor de Manuel Isidro..."

Estas comunicaciones fueron aportadas por el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con ocasión del informe que rindió al juzgado de conocimiento.

i. Los peritos designados para la revisión de los libros y documentos de contabilidad de las sociedades Grancolombiana Corporación Financiera S.A., y Comercial Negocios Santa Inés y Cía Ltda. S. en C., manifestaron que revisados los libros y documentos de contabilidad de Granfinanciera, se puede determinar que el 23 de octubre y el 14 de noviembre de 1986, fechas de presentación y admisión de la demanda se encontraban registrados los bo-

nos y depósitos materia del proceso, los que fueron cancelados el 18 de diciembre de 1987; de la misma forma señalan que revisado el Libro Mayor y Balances de Sociedad Comercial Negocios Santa Inés, radicado en la Cámara de Comercio, se observa que en las operaciones correspondientes al período de diciembre de 1974 a noviembre de 1987, no se encuentran contabilizados los bonos y CDTS materia del proceso, pero que posteriormente en las operaciones del mes de diciembre de 1986, se cargan \$707.837.824.00 como cuentas por cobrar, \$788.724.030.00 como inversiones temporales, con abono a ingresos por \$329.145.588 y superavit-amnistía \$1.167.419.844, sumas que corresponden a los bonos y CDTS de Grancolombiana Corporación Financiera, acogiendo la sociedad a la amnistía contemplada por la Ley 75 de 1986 (folios 697 - 712).

j. Inconforme con el fallo de primera instancia, que como se dijo fue denegatorio de sus pretensiones, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar interpuso recurso de apelación, con fundamento en que antes de la iniciación del proceso ofició a Granfinanciera para solicitar información sobre la propiedad de los bienes sin recibir respuesta de la Corporación, lo que constituye indicio en su contra. Alegó además que del acervo probatorio recogido dentro del trámite del proceso, se desprende que Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía S. en C., no era la dueña aparente o conocida de los bienes dejados en custodia, y que su nombre fue utilizado de manera fraudulenta para realizar operaciones que realmente carecían de dueño, y que el hecho que los Certificados o Bonos se expidiesen a nombre de una persona natural o jurídica, no significa que ésta sea la verdadera propietaria, porque dicha presunción puede ser desvirtuada, en lo que consiste el aspecto fundamental del litigio (folios 5 - 26).

k. El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en sentencia del 22 de abril de 1988, revocó la sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito, y en su lugar profirió las decisiones referidas en el numeral primero de estos antecedentes. Para tomar esa decisión el Tribunal expresó que para declarar mostrenco un bien, el artículo 706 del Código Civil exige que sea un bien mueble, y que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil precisa que son documentos los escritos... y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, con lo que se cumple la primera condición establecida, pues asímilla los bonos y CDTS, por su condición de documento, a un bien mueble. En relación con la segunda condición, o sea que no tengan dueño aparente o conocido, el *ad-quern* enfatizó en la necesidad de ponderar el haz probatorio arrojado a la ritualidad con el propósito de determinar si existe, en relación con los bienes reclamados, dueño aparente o conocido, y así partió del supuesto según el cual quien figura como titular del derecho puede no serlo. Procedió seguidamente a realizar un nuevo análisis probatorio ya que el Juzgado Tercero Civil del Circuito, en su entender, dejó de lado algunas pruebas, como la inspección judicial, los dictámenes de los peritos, las manifestaciones de los representantes legales de la demandada acerca del desconocimiento de la existencia de los dineros, y el informe del Presiden-

te de Granfinanciera transcrito por el Superintendente Bancario, pruebas éstas que lo llevaron al convencimiento de que Comercial Negocios Santa Inés y Cía Ltda. S. en C., no es dueña aparente de los bienes denunciados como mostrencos, porque en su criterio los dineros con los cuales se constituyeron los bonos y certificados objeto del litigio, no salieron del patrimonio de aquella, por lo que no se le puede considerar como propietaria, y que, además al no poderse establecer dentro del proceso el verdadero dueño, los declara mostrencos y ordena al Banco de Colombia pagar las sumas reclamadas, con intereses, a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

PARTICIPACIÓN DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en memorial dirigido al Tribunal se opone a las suplicas del accionante, al alegar la improcedencia de la tutela, en razón a que Fogafin y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por ser entidades de derecho público no pueden ser sujetos activos de la tutela. Precisa que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa como el recurso extraordinario de revisión, o la alegación de excepciones dentro del proceso ejecutivo. Además, arguye que la tutela no es una tercera instancia y que a la sentencia del Tribunal se le debe reconocer el carácter de cosa juzgada.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

La Procuraduría General de la Nación en virtud de las facultades señaladas en el artículo 277 numeral 7 de la Constitución Política, a través de un agente eventual designado para el efecto, considera procedente la acción, en vista de que la parte afectada no goza de otro medio judicial que le permita la revisión del fallo, pues se trata de un proceso abreviado, no susceptible del recurso de casación. Concluye el agente eventual, que de la revisión del proceso en sus dos instancias se puede deducir que es del caso acceder a las suplicas de la demanda, porque el *ad-quem* en la sentencia impugnada se excedió en sus funciones, al resolver sobre aspectos ajenos al proceso abreviado de declaratoria de bien mostrenco, de naturaleza puramente declarativo, porque condenó a un tercero ajeno a la controversia y desconoció la titularidad de la persona jurídica propietaria de los bienes, quien compareció al proceso y se opuso a la prosperidad de las suplicas deprecadas, lo que era suficiente para haber confirmado el fallo de primera instancia.

EL FALLO DE TUTELA

El Tribunal inicia su estudio y revisa el punto relativo a la presunta falta de legitimación que como sujetos activos ostentan las personas de derecho público, para concluir que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, aquellas pueden ser titulares de derechos fundamentales y por tanto ser accionantes o coadyuvantes, como en el presente caso. Aclarada esta circunstancia, reitera la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a menos que se aprecie de manera evidente, que el juez con notoria desviación de los cauces legales desborde abiertamente los límites objetivos impuestos por la Constitución Política y la Ley y acuda en forma

antojadiza a las vías de hecho, de suerte que su comportamiento pueda juzgarse como manifiestamente arbitrario o meramente subjetivo. Prosigue que cuando el juzgador actúa por fuera de la competencia otorgada en el ordenamiento jurídico, y falla algún asunto contrariando el contenido de la ley sustancial o desconoce los procedimientos o ritualidades establecidos para proteger el debido proceso, como una manifestación del derecho de los ciudadanos, entonces es susceptible de invocarse la acción de tutela.

Señala que si el comportamiento del juez es abultadamente deformado respecto del postulado de la norma y se traduce en la utilización de su poder para fines no previstos en la legislación, se configura por lo tanto el defecto sustantivo; o si la actuación es adelantada por un órgano que no es su titular, se está ante un defecto orgánico, o si se aplica un derecho sin contar con el apoyo en los hechos se incurre en un defecto fáctico y finalmente, si la actuación se realiza por fuera del procedimiento establecido, se comete un error de procedimiento, sin que pueda esperar el juez que incurra en alguno de los mencionados, que al socaire de su independencia judicial, sus actos u omisiones permanezcan incólumes.

En el análisis del caso concreto, señala el Tribunal que actúa en vía de tutela, que tanto por el aspecto sustancial como por el procedimental, de entrada se advierte que de manera palmaria se incurrió en vía de hecho, pues el debate jurídico estaba limitado a dar aplicación al artículo 706 del Código Civil, como era declarar bienes mostrencos los bonos y CDTS puestos en custodia en Granfinanciera, pero que ni por asomo concurrían las condiciones necesarias para la operancia de la norma sustancial porque desde el comienzo del proceso y durante su desarrollo y culminación, siempre permaneció presente la situación, al menos aparente de existir un sujeto dueño de los títulos perseguidos, el que figuraba desde la demanda, al indicarse que los depósitos se encontraban en custodia en Grancolombiana Corporación Financiera, expedidos a nombre de Comercial Negocios Santa Inés y Cía Ltda, S. en C. Señala el Tribunal:

"*si ab initio* surgía la propia manifestación del demandante, en el sentido de haber unos títulos nominativos -hecho 2-, dados en custodia a una entidad financiera, la que en esta calidad logró impedir la consumación del embargo y del secuestro sobre ellos, por lo que permanecieron dentro de la libre circulación, y si la persona jurídica beneficiaria, aparte de oponerse a las suplicas del escrito demandatario, obtuvo el pago de los instrumentos, le resultaba francamente imposible al Tribunal declararlos mostrencos, tanto por así indicarlo lógicamente esos antecedentes, como por cuanto, al tenor del artículo 305 in fine del Código de Procedimiento Civil, le era imperativo tener en cuenta, por estar plenamente alegado y probado, un hecho demostrativo de la extinción del derecho sustancial.

"No resulta motivo alguno que justifique el proceder de la Sala, la indagación que infructuosamente buscó hacer acerca de quién era realmente titular de esos documentos, puesto que en presencia de por lo menos tres aparentes

beneficiarios, que por lo demás los determinó por sus nombres, sólo una indebida comprensión de lo que en una ocasión expuso la H. Corte en torno a la actividad probatoria del juzgador lo pudo conducir a hacer semejantes inferencias, cuando la sola mención de quién figuraba en el título, o cuando menos, de las restantes personas que citó como posibles tomadores de dichos instrumentos crediticios, le hubiera bastado para abstenerse de fallar como lo hizo."

Por lo tanto, y apoyado en el razonamiento anterior y en el hecho de que dentro del expediente existen otras evidencias que indican de sobra que no se cumple con el requisito legal que no exista dueño aparente o conocido, señala el Tribunal que no se debieron declarar mostrencos los bienes objeto del litigio.

Reafirma el Tribunal su posición acerca de la existencia de la vía de hecho, al indicar: "Desde luego que esas conclusiones no se desvirtuaban con los otros supuestos de hecho de la demanda, por medio de los cuales se quería dar a entender que otras pruebas demostraban la falta de dueño aparente o conocido, puesto que venían a ser abiertamente contradictorias; y como no estaba facultado el Tribunal para, guiado por lo que equivocadamente se le quería hacer ver por fuera de estos lineamientos, ir más allá de lo que estructura la ley sustancial y procesal como materia de debate en este preciso tema, menos podría adentrarse en campos que en esta especie de procesos están vedados como aquí, seguramente de buena fe, pero ciegamente lo hizo, como quiera que, a más de invertir la carga de la prueba, extralimitó lo que constituye la mera declaración prevista en los textos legales, para finalmente, tras una serie de complejas disquisiciones, frente a quien repetidamente le invocaba ser la beneficiaria de los títulos, con marcada tozudez llegó hasta el extremo de desconocerla bajo imaginarias suposiciones, incurriendo incluso en debate tan amplio y difícil, aún nada pacífico entre los expositores especializados en la materia, acerca de quién es el poseedor o tenedor legítimo del título..."

En relación con el cobro de los bonos y los CDTS, observa el Tribunal que aquellos dejaron de existir para el mundo jurídico, desde el momento en que se descargaron, o sea a partir de cuando la relación obligacional que reposaba en ellos fue satisfecha, por lo que resultaba ontológicamente imposible declararlos mostrencos, y menos dar la orden de pagar unas sumas equivalentes de dinero, puesto que además de desfigurar lo que se debe entender como bienes de esa especie, se profirió una sentencia extraña a estos procesos, como si se tratara de un proceso ejecutivo.

Concluye el Juzgador Constitucional que en la decisión del 22 de abril se desconoció gravemente la ley sustancial y la garantía procesal del debido proceso, en razón a que el fallo motivo de la impugnación no se apoyó en la hipótesis prevista en el Código Civil, y desatendió las formas propias de cada juicio, ya que se incurrió en una notoria desviación de los cauces legales y en

un yerro flagrante en la valoración de la prueba, para terminar imponiendo condenas ajenas a las que son materia de un juicio de esta especie. Llega así a la decisión de tutelar los derechos de Bancolombia, con la coadyuvancia de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con la orden a la Sala tutelada de restablecer los derechos vulnerados y proferir, en un término no mayor de 48 horas el fallo que corresponda, conforme a lo señalado en la parte motiva de la providencia que lo ordena.

LA IMPUGNACION

El fallo que concede la tutela es impugnado por los Magistrados accionados, quienes precisan que su memorial tiene por objeto destacar o resaltar la juridicidad de la decisión adoptada por ellos y defenderse de las imputaciones que se les hacen, las que consideran injustas, alegres, desconocedoras de la labor interpretativa que se plasmó en el fallo revocado. Señalan los Magistrados que el fallo de tutela presenta inconsistencias y afirmaciones que en su entender riñen con la verdad procesal, entre los que según ellos se encuentra, el hecho de acoger incuestionablemente que los títulos y certificados cuentan con un dueño conocido por estar a nombre de determinada sociedad, sin tener en cuenta que de las pruebas se deduce que aquélla no es en realidad la propietaria; o, la manifestación de no aplicar jurisprudencia, cuando la relacionada por el juez de tutela no encuadraba en el caso materia de estudio, sin olvidar que de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política, la jurisprudencia cumple con la finalidad de servir de criterio auxiliar, sin que ello implique que deba aplicarse todas las veces.

Precisan los accionados que no es cierto que se hubiesen apartado de la realidad probatoria, cuando en realidad el que realizó tal conducta fue el juez de tutela, que no tuvo en cuenta todas las pruebas recogidas, ni las examinó conjuntamente, concluyen que no se vulneró el derecho de defensa, porque el proceso se desarrolló de acuerdo con las estipulaciones legales, las partes concurren al proceso a hacer valer sus derechos, se practicaron las pruebas pedidas, y se les escuchó en alegatos de conclusión. Por último reprochan enfáticamente los accionados los términos del fallo de tutela porque en su sentir contiene afirmaciones desproporcionadas y mendaces, que no consultan la realidad probatoria.

Dentro del término legal, la Defensoría del Pueblo por intermedio de apoderado, al invocar la facultad contenida en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, impugna el fallo de tutela porque según su criterio, el carácter subsidiario del mecanismo no puede llevar a convertirlo en una tercera o cuarta instancia de los procesos, además que dentro del mismo se surtieron y observaron todos los pasos que debían seguirse en un proceso de esta naturaleza, lo que en su entender aleja cualquier vulneración al debido proceso, y concluye que no es factible al juez de tutela entrar a controvertir la interpretación que de la norma hizo el juez ordinario.

El apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presentó memorial, ante esta Corporación, en el que impugna el fallo de tutela. Inicial-

mente aquél transcribe sentencias tanto de esta Sala como de la Corte Constitucional relativas a las vías de hecho, prosigue con un análisis de la jurisprudencia acerca de la imposibilidad que un crédito abandonado sea declarado como bien mostrenco, para luego ensayar según sus palabras una nueva interpretación del precepto distinta a la anterior, relativa a bienes mostrencos.

Realiza un examen respecto del término dueño aparente o conocido señalado en el artículo 706 del Código Civil, para concluir que el artículo debe ser interpretado teniendo en cuenta lo señalado por el inciso 1º del artículo 422 del Código de Procedimiento Civil, sobre la persona que figure en el registro de instrumentos como propietario del bien, lo que indica que no obstante aparecer mencionado el dueño presunto, el proceso declarativo se puede iniciar y llevar adelante.

Revisa nuevamente las pruebas recaudadas y señala que el asunto se circunscribe a un enfrentamiento de dos interpretaciones posibles del artículo 706 del Código Civil, pero indica que quien tiene la responsabilidad legal y constitucional sobre el proceso es la Sala de Decisión, por lo que su criterio es el que debe prevalecer, a no ser que se demuestre una mayúscula equivocación en el punto de partida, lo que no se hizo por parte de la Sala de tutela.

Por último y en lo relativo al pago de los títulos y CDTs, afirma el impugnante, que quien dentro de un proceso de declaratoria de bien mostrenco disponga de un bien que no fue secuestrado, debe responder en caso que en la sentencia se produzca la declaratoria de mostrenco, y concluye que la Sala Civil de Decisión, contempló las pruebas, comparó los distintos medios, le dio crédito a algunos, sin que se aprecie que lo haya hecho de manera caprichosa, irracional o arbitraria, porque realizó una interpretación de la norma de carácter sistemático, pues la articuló con otras normas de carácter legal, apartando por lo tanto cualquier presunción de capricho o error grosero.

CONSIDERACIONES

1. Los derechos fundamentales como principios, declaraciones, derechos y garantías que presiden la aplicación de los textos constitucionales, están protegidos en la Constitución Política por la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 como un mecanismo excepcional, residual, subsidiario, preferente y sumario, que permite a toda persona sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales, si de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, y, a falta de otro medio legal, considera que le han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o, de un particular, pero sólo en los casos expresamente previstos por el legislador.

Mediante el principio constitucional fundamental del debido proceso, el Estado busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, y procura el respeto a las formas propias de cada juicio, las que deben observarse en todos los procedimientos judiciales o administrativos,

siendo procedente su protección mediante este mecanismo excepcional, si se incurre por parte de los funcionarios correspondientes en vías de hecho, es decir, en actuaciones abusivas, voluntaristas o arbitrarias y apartadas de la Ley, y que el accionante, no cuente con oportunidades dentro del escenario natural, para la defensa de sus intereses presuntamente conculcados.

Por lo tanto si al interior del proceso existe un mecanismo que permita rectificar el error cometido por un juez, o si la decisión no representa una agresión brutal al ordenamiento, o si está provista de justificación jurídica, o si la valoración que hizo de las pruebas no riñe abiertamente con la lógica aplicable, lo natural es que la decisión resulte invulnerable a la acción de tutela, tal como acontece cuando el pronunciamiento del sentenciador obedece a la apreciación de los elementos de juicio de que dispone o a una interpretación normativa que no es opuesta a la razón.

En este orden de ideas, es necesario precisar que los jueces para efectos de decidir, deben comparar la norma positiva con la realidad fáctica procesal, para derivar de allí la aplicación de la regla legal al caso particular materia de controversia. El mecanismo excepcional de la tutela solamente tiene cabida si el juez, en lugar de sujetarse a los lineamientos constitucionales y legales, de manera arbitraria toma otros caminos que lo conducen a lo que se ha dado en llamar vías de hecho, porque su actuación produce decisiones arbitrarias, sin que sea suficiente pretender su prosperidad, únicamente con el argumento de que la providencia atacada soporta errores de apreciación probatoria, puesto que en el caso que aquellos existan, este hecho no la torna en actuación por fuera de la ley, violatoria de los derechos fundamentales, ya que la acción de tutela no es un mecanismo que permita interferencias indebidas del fallador constitucional en la órbita de acción del juez natural que conoce del proceso respectivo, para proferir resoluciones paralelas a las que, por competencia, debe disponer quien, por mandato legal, tiene esa facultad. Y, de otra parte, tampoco sirve la tutela para cuestionar la valoración razonada que haya hecho del acervo probatorio o las diversas interpretaciones que la autoridad competente le de a la ley.

Así mismo, como lo ha manifestado esta Corporación,

"la vía de hecho puede estructurarse en esa materia (indebida apreciación probatoria) cuando el juez omite la valoración total o parcial de los elementos de convicción que incidan de manera directa en su decisión, profiriendo resolución sin tenerlas en cuenta, ya que en tal caso se presenta un desequilibrio procesal que necesariamente afectara a alguna de las partes, colocándola en estado de indefensión respecto de la determinación que adopte aquél, pues existiendo pruebas que bien podrían ser esenciales para su causa, resultan ignoradas en el fallo judicial, reforzándose de contera la posición de la contraparte. En circunstancias tales como, ha sostenido la jurisprudencia, se presenta un grave quebrantamiento de la imparcialidad del juez que distorsiona el fallo, el cual no proyecta un dictado de justicia sino que, por el contrario la infringe". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación y Agraria, Sentencia del 31 de marzo de 1998).

Por otra parte, y en relación con los presuntos defectos sustantivos, orgánicos y fácticos de que se acusa la sentencia materia del amparo constitucional, conviene traer a colación lo manifestado en sentencia T-008 de 1998 de la Corte Constitucional:

"La Corte Constitucional ha entendido que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, salvo que se trate de una vía de hecho que afecte derechos constitucionales fundamentales y siempre que se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la citada acción. En este sentido, la tutela sólo habrá de proceder contra una vía de hecho judicial si no existe ningún mecanismo ordinario de defensa, o si éste existe, a condición de que el amparo constitucional resulte necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable de carácter fundamental.

"... constituye vía de hecho judicial la decisión que se produce completamente al margen de las disposiciones que definen la competencia de los jueces. No obstante, esa no es la única causal que origina una vía de hecho. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al indicar que, si bien una vía de hecho judicial implica un defecto superlativo, ello no significa que sólo pueda originarse como efecto de un vicio formal como el que menciona la sentencia bajo revisión. A este respecto, la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el Juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte "esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial". Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos."

Ahora bien, "Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.

Prosigue la Corte Constitucional: "La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y

la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual - contra su misma esencia - no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta". (Sentencia SU-477 de 1997, Corte Constitucional)

Por lo tanto, no obstante que el juez para valorar el material probatorio, cuenta con un poder discrecional, este jamás puede ser arbitrario, ya que el análisis que efectúe debe ser basado en criterios objetivos, racionales, serios y responsables, sin incurrir en valoración parcial, arbitraria e irracional de la prueba, o en ignorar la misma, dando por probados hechos que de analizarse la prueba en su conjunto, hubiesen conducido a una decisión diferente.

2. Ahora bien, en el presente caso se ha cuestionado la decisión del Tribunal accionado no solamente por presentarse una interpretación diferente de la del Tribunal en torno de lo que debe considerarse como bien mostrenco, sino por no haber tenido en cuenta que bien el opositor al secuestro de los títulos y ahora peticionario o ya la sociedad demandada, podían tener la calidad de dueño aparente o conocido, así como por rebasar los límites propios del proceso declarativo de bien mostrenco para condenar al Banco accionante al pago "dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria" de la sentencia, del equivalente económico pecuniario de los bienes declarados mostrencos. Se presentan pues, dos secciones diferentes, la primera relativa a la declaración misma de los bienes como mostrencos y la segunda referida a la condena que trae la sentencia.

3. Para los efectos de esta tutela es menester resaltar que en el proceso de declaración de bienes mostrencos se presenta un primer aspecto sustancial, cual es establecer si en el caso sometido a análisis se cumplen los requisitos que contempla la ley para que se declare un bien como mostrenco, requisitos extraídos del artículo 706 del Código Civil, alusivos a que los bienes deben ser muebles, encontrarse en el país y "sin dueño aparente o conocido".

Es claro para la Corte que como juez de tutela no puede, sin rebasar los linderos de la acción, intrinsecarse en las minucias del asunto decidido por el Tribunal accionado con ocasión de la sentencia que puso fin al proceso declarativo de bien mostrenco. En ese sentido las elucubraciones en torno de lo que debe entenderse por bien mueble y si en esa concepción se comprenden los derechos crediticios incorporados a títulos valores, quedan zanjadas en el proceso mismo, pues, se reitera, en materia de interpretación de las normas legales, esta facultad, inherente a la función del juez, no puede servir de fundamento para impelrar una acción de tutela so pretexto de haber tenido el sentenciador una equivocada hermenéutica. Por esta vía se estaría consagrando la tutela como instancia ulterior o como recurso extraordinario para ventilar nuevamente los argumentos jurídicos ya considerados por el juez competente, en desmedro de la independencia que debe guiar las decisiones del juez salvo por su sometimiento al imperio de la ley.

Ahora bien, cuando el texto de una norma es claro y las probanzas arri-madas a la causa demuestran la existencia o inexistencia del supuesto fácti-co que contiene esa norma y, a pesar de todo esto, el Tribunal procede de manera arbitraria bien dándole a la norma una interpretación absurda o ya cercenando groseramente lo que las pruebas acreditan, la tutela tiene campo para actuar y garantizar el debido proceso. Por eso, en punto del último requi-sito, encuentra la Corte que el Tribunal accionado, contra la evidencia de lo que las pruebas demostraban, consideró que no había dueño aparente o co-nocido. Y más aún, con patente desnaturalización del objeto del proceso de clarativo de bien mostrenco, en vez de constatar si había o no un dueño aparente —así no fuera real— su esfuerzo se encaminó a lograr acreditado que la sociedad Comercial Negocios Santa Inés Ltda y Cía S. en C. no era en efecto la dueña real, segundo aspecto —éste procedimental— que resultó vulnerado por el Tribunal. En otras palabras, acreditada de manera palpable como estaba, según luego se verá, la existencia de un dueño aparente, no había lugar a la declaración de bienes mostrencos. Pero además, tampoco había lugar a investigar si ése que “aparecía” como dueño lo era en realidad, pues tal aspecto, fuera de ser propio de un proceso ordinario, no fue ni pedido por las partes ni podía guiar la decisión del Tribunal, corporación que por lo demás se esforzó en investigar si en efecto la dicha sociedad dueña aparente había tenido medios para poseer el importe de los títulos, concluyendo que tales medios no habían entrado nunca al patrimonio de la sociedad, en clara extralimitación de sus funciones como fallador en un proceso abreviado de declaración de bienes mostrencos.

Dijo basarse el Tribunal en las pruebas obrantes en el plenario, como los registros contables de Santa Inés, donde las sumas reclamadas no aparecen relacionadas, los testimonios de sus ex-gerentes, los cuales reportan no tener conocimiento sobre la existencia de las sumas mencionadas, y la manifes-tación escrita del Presidente de Granfinanciera, según la cual los dineros con los que se constituyeron los bonos y CDTS, no pertenecen a la sociedad Co-mercial Negocios Santa Inés y Cía S. en C. Pero todas estas probanzas fueron parcial y erróneamente miradas, porque desde el comienzo del proceso fue patente que había un dueño aparente, no sólo porque los títulos no se halla-ban abandonados, pues estaban en custodia, sino porque de esta especie de contrato de depósito regular se infiere la existencia de un dueño aparente, aspectos todos que quedaron claros desde la oposición misma al secuestro y reiterados con las comunicaciones de la Superintendencia, aportadas por la demandante. Pero, se añade, queda definitivamente fuera de toda lógica y dictamen de la experiencia, pensar en la inexistencia de un dueño aparente habida consideración del monto de los derechos crediticios incorporados a los bienes y de las explicaciones que de lado y lado se daban a efectos de clarifi-car su origen —no su calidad de abandonados, que es diferente—, connota-ción que el propio demandante, por conducto de su apoderado, dejó traslucir en su apelación al alegar que del acervo probatorio recogido dentro del trámi-te del proceso, se desprendía que el nombre de Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía S. en C., había sido utilizado de manera fraudulenta para

realizar operaciones, aspecto ajeno al proceso, pero dicente de la calidad de no abandonados de los referidos títulos.

4. En relación con la segunda sección de la sentencia proferida por el Tribunal accionado, atinente a la orden al Bancolombia de pagar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dentro de los cinco días siguientes, la suma de \$788.928.330,33, más intereses, debe afirmarse sin ambages que violó el derecho de defensa y contradicción, el debido proceso y la igualdad de las partes, pues con tal decisión el Tribunal desnaturalizó el objeto concreto de la acción declarativa, consistente en obtener que el órgano judicial declare un derecho o relación jurídica; y así se diga que en algunos procesos declarativos puede y debe el juez proferir no solo la declaración del derecho sino la condena, es lo cierto que en el presente caso el Tribunal sólo podía declarar los bienes como mostrencos y modificar la relación jurídica que pudiere existir en esos bienes, declarando que pertenecían ellos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, proceso que doctrinalmente responde al concepto del proceso de declaración constitutiva. Pero al proferir la condena referida dejó al Banco sin posibilidad de oponer todas las excepciones que a bien tuviera y no sólo aquellas permitidas cuando el título ejecutivo es una sentencia (artículo 509 del Código de Procedimiento Civil).

En conclusión, se aprecia a las claras la violación del derecho al debido proceso por parte del Tribunal, al omitir y cercenar algunas probanzas que conducían a tener por demostrada la existencia de un dueño aparente de los títulos pretensamente mostrencos, en su equivocado propósito de buscar, con otras pruebas impertinentes al asunto, quién era el dueño real de los mismos, objetivo que lo condujo a persuadirse de que el dueño real no era la sociedad Comercial Negocios Santa Inés Ltda. y Cía S. en C. aspecto por completo extraño al proceso. Y aún más clara se evidencia esa violación al condenar al Banco accionado a pagar el importe de los títulos, sin que éste hubiese tenido oportunidad de presentar su defensa.

En razón a las consideraciones anteriores se confirmara el fallo impugnado.

DISCUSIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma el fallo de tutela a que se ha hecho referencia.

Comuníquese esta determinación a las partes por telegrama.

Oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Pedro Lafont Pianella, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO EN EL TRAMITE ADMINISTRATIVO DE RECONOCIMIENTO DE INSTITUCION UNIVERSITARIA: El CESU no vulnera el derecho de la entidad aspirante al reconocimiento cuando establece un procedimiento especial para rendir concepto al Ministerio de Educación no previsto por el Decreto 1212 de 1993

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nicolás Becerra Simancas*

Ref.: Expediente No. 5239

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual no se accedió a la solicitud de amparo constitucional elevada por la *Fundación Universitaria Manuela Beltrán*, quien actúa aquí representada por apoderado judicial, contra el *Ministro de Educación Nacional*, en su calidad de Presidente del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU).

ANTECEDENTES

1. Reclama la accionante, la tutela de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad para que, consecuentemente, se ordene al accionado, en la calidad con que fue aquí vinculado, "disponga que el organismo que preside con base en lo actuado hasta la fecha, donde obra Informe síntesis de la Subdirección General de Planeación del ICFES, concepto favorable del comité para estudio y análisis de los temas relativos a las universidades y concepto favorable de los pares académicos, rinda concepto favorable de reconocimiento como universidad a la *Fundación Universitaria Manuela Beltrán*; y no se aplique a la tutelante (sic) el acuerdo del CESU número 03 del 30 de Abril de 1998, ya que se encuentra por fuera de los procedimientos señalados en la Ley 30 de 1992 y en el Decreto 1212 de 1993 y no existía como procedimiento para la época en que se radico (sic) la solicitud de la UMB, el (sic) 6 de Mayo de 1996".

2. En respaldo de su queja, la peticionaria, en resumen, expone los siguientes hechos:

2.1. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 30 de 1992 y en el Decreto 1212 de 1993, reglamentarlo de aquella, elevó solicitud ante el ICFES para obtener su reconocimiento jurídico como universidad.

2.2. El CESU (Consejo Nacional de Educación Superior) en la tramitación de dicha solicitud se ha apartado del procedimiento fijado con ese fin en la normatividad arriba invocada, como quiera que:

2.2.1. "...resolvió optar por el novedoso sistema de designar de su seno un ponente para presentar el concepto emitido por el ICFES y atender la solicitud elevada por la Fundación Universitaria Manuela Beltrán, y fue así como el día veintidós (22) de mayo de 1997 la Fundación Universitaria Manuela Beltrán, hizo entrega de la información síntesis al Dr. Guido Echeverry, designado ponente de la solicitud de reconocimiento ante el CESU".

2.2.2. El ponente "junto con otro miembro del CESU conformaron lo que se denomina como pares académicos, con facultades para visitar la institución y evaluar el trabajo hasta ahora desarrollado", figura ésta, la de los pares académicos, que no existía al momento de la radicación de la solicitud de reconocimiento por parte de la aquí accionante.

2.2.3. "...el CESU nuevamente sin tener en cuenta lo dispuesto en el inciso final del Art. 2° del Decreto 1212 de 1993..., el día treinta (30) de abril del presente año expidió el Acuerdo No. 03 mediante el cual creó la *Comisión Académica consultiva para el reconocimiento como universidad de instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de seccionales de universidades*, y en ella incluyó a la Fundación Universitaria Manuela Beltrán, modificando de esta manera los procedimientos señalados en la Ley 30 de 1992, el Decreto 1212 de 1993, el art. 84 de la Carta Política, y afectando directamente los derechos a la igualdad y al debido proceso de la entidad..." peticionaria.

2.3. Por razón de las circunstancias descritas, la accionante el 13 de marzo elevó al ICFES la solicitud contenida en el escrito que en copia milita a folios 45 a 49 del cuaderno No. 1 del expediente, la cual fue respondida en los términos de que da cuenta la misiva a su vez obrante a folios 50 a 52 del mismo cuaderno, de la que destaca que entre los requisitos señalados por esta entidad como necesarios para la obtención del reconocimiento como universidad de una institución "no se incluye la visita de miembros del CESU, la designación de ponente, ni el concepto de los pares académicos, ni menos la existencia de la Comisión académica Consultiva, como se le ha exigido a la Fundación Universitaria Manuela Beltrán, valiendo la aclaración, que dicha visita y concepto de los pares fue favorable a la entidad universitaria" y, de otro lado, que en la reglamentación respectiva no se fija un término para el otorgamiento de la personería.

3. El Director General del ICFES, en atención a la orden impartida por el Tribunal en el auto con que dio impulso a la demanda de tutela, rindió el informe solicitado a la entidad, detallando, con indicación de las fechas, la totalidad de los pasos cumplidos dentro del proceso seguido por virtud de la

pelición de reconocimiento de personería jurídica como universidad que elevó la Fundación aquí accionante.

Adicionalmente resalta que "...el Consejo de Educación Superior CESU como organismo responsable de la coordinación, planificación, recomendación y asesoría al Gobierno Nacional, es autónoma en determinar las fórmulas o estrategias que debe aplicar para constatar que la información dada documentalmente por las instituciones de educación superior, se dé en realidad y para ello puede determinar los mecanismos que a su juicio sean idóneos y eficaces y que como en el caso en cuestión, requirió de la constatación de los mismos en diferentes momentos".

Después de precisar que las solicitudes de reconocimiento de personería como universidad están sometidas a lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley 30 de 1992 y a su Decreto Reglamentario 1212 de 1993, apunta que "Las instituciones que aspiran a ese reconocimiento son tan diferentes en su conformación y desarrollo que tienen antecedentes particulares que valorando en un mismo plano los aspectos contenidos en las normas en mención, conllevan a aplicar diligencias o experticios diferentes según las condiciones y antecedentes particulares que cada solicitud representa, llevando a que cada instancia que contempla las normas en referencia determine la forma más expedita pero completa y segura de reunir todos los elementos de juicio requeridos para la toma o emisión del concepto o juicio respectivo", con lo que explica las diferencias que pueden suscitarse en el diligenciamiento de peticiones similares presentadas por entidades o instituciones diferentes.

FALLO DEL TRIBUNAL

El *a quo*, previas consideraciones generales sobre la acción de tutela, el debido proceso y el derecho a la igualdad, concluyó el desacierto de la acción, pues estimó que "El procedimiento aplicado a la solicitud elevada por la entidad accionante se ha ajustado a las normas legales,..." y que el CESU "puede adoptar los mecanismos que considere necesarios para obtener unos elementos de juicio verdaderos que le permitan emitir un concepto idóneo, atendiendo obviamente los principios de legalidad, celeridad, eficacia y contradicción que debe regir toda actuación administrativa".

En armonía con lo anterior, el Tribunal precisa que "la creación de una Comisión Académica Consultiva encargada de estudiar el concepto emitido por el comité asesor respectivo y proponer al CESU el concepto debidamente sustentado sobre la existencia y verificación de los requisitos señalados en la ley para el reconocimiento de una Universidad, no vulnera en manera alguna el derecho fundamental al debido proceso, por el contrario tiende a brindar un procedimiento idóneo y transparente en tan elevado cometido, como es reconocer una institución como Universidad, atendiendo las necesidades sociales, políticas, económicas y científicas de una comunidad,...".

En lo que concierne a la presunta violación del derecho a la igualdad, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, colige que en el caso *sub lite* "es

indispensable tener presente las especiales condiciones en que se encuentra cada institución educativa para ser reconocida como Universidad pues la ley exige unos requisitos que son de la órbita propia de cada ente a saber: experiencia en investigación científica a alto nivel y programas académicos y demás programas en ciencias básicas que apoyen los primeros, que pueden ser diferentes para cada organismo. Pues en este sentido el Consejo Nacional de Educación Superior junto con el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES) actúan dentro de un marco de valoración que les permite verificar los presupuestos exigidos en la ley para la creación y reconocimiento de instituciones de educación superior".

LA IMPUGNACIÓN

Se limitó la accionante, por intermedio del apoderado judicial sustituto que ahora la representa, a expresar que "interpongo el recurso de apelación contra la decisión del 10 del presente mes y año por medio de la cual se negó la tutela interpuesta en el proceso de la referencia".

CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero advertir que la tutela, en la forma como fue concebida por el artículo 86 de la Carta Política, corresponde a un mecanismo preferente y sumario mediante el cual toda persona puede solicitar de un juez de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando ellos son objeto de amenaza o han resultado lesionados por la acción u omisión ilegítima de una autoridad pública o de un particular, siempre y cuando no disponga de medios ordinarios de defensa que de manera eficaz permitan el amparo de sus derechos, salvo que se proponga como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable.

2. Tal y como lo establece el artículo 29 de la Carta Política, el debido proceso se aplica no solo a las actuaciones judiciales sino, también, a todo tipo de actuaciones administrativas, por cuanto, de esta manera, se somete la gestión pública a principios rectores como son el de legalidad, celeridad, publicidad y garantía a la defensa. Sin duda, por desarrollo de la comentada norma, propio es concluir que el Estado, en sus diferentes jerarquías y en cuanto a sus actuaciones frente a los gobernados, está sometido al imperio de la ley y que, por tanto, los servidores públicos no sólo están obligados a cumplir las funciones de su competencia, sino, especialmente, a hacerlo en la forma en que lo determina el ordenamiento jurídico.

3. Descendiendo al caso traído a conocimiento de la Corte, es de verse, en primer término, que el otorgamiento de personerías jurídicas como universidades a las instituciones que así lo solicitan es cuestión reglada en la Ley 30 de 1992, "Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior", que en su artículo 20 consagra:

"El Ministro de Educación Nacional previo concepto favorable del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), podrá reconocer como universidad, a partir de la vigencia de la presente ley, a las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas que dentro de un proceso de acreditación demuestren:

"a. Experiencia en investigación científica de alto nivel.

"b. Programas académicos y además programas en Ciencias Básicas que apoyen los primeros.

"c. Facúltase al Gobierno Nacional, para que dentro del término de 6 meses, establezca los otros requisitos que se estimen necesarios para los fines del presente artículo.

"Estos requisitos harán referencia, especialmente, al número de programas, número de docentes, dedicación y formación académica de los mismos e infraestructura".

A su turno, el Decreto 1212 de 1993, reglamentario de aquella ley, en su artículo 1º, prevé los aspectos que deben ser demostrados en aras a la obtención de la mencionada personería y en su artículo 2º, señala que "La solicitud de reconocimiento como Universidad, se formulará ante el Ministro de Educación Nacional por conducto del Icfes" y que "El Icfes hará el estudio correspondiente que permita al Consejo Nacional de Educación Superior - Cesu emitir el concepto previo indicado en el artículo 20 de la Ley 30 de 1992. Para tal efecto, la Junta Directiva del Icfes propondrá al CESU el sistema de verificación de estos requisitos".

4. Es claro entonces, pues así se desprende de las normas transcritas, que el legislador asignó al Consejo Nacional de Educación Superior el deber de emitir para ante el Ministro de Educación Nacional el concepto previo y favorable sobre el acreditamiento de los requisitos que la misma ley señala a efecto de que una institución sea reconocida como universidad, y que, en verdad, en la reglamentación expedida, que se contrae a las previsiones del indicado artículo 2º del Decreto 1212 de 1993, no se señaló procedimiento alguno para la emisión de dicho concepto previo.

5. Con tal base, debe entenderse que, por tanto, las determinaciones adoptadas por el mencionado Consejo en punto a la designación de un ponente y de un par académico entre sus miembros para que presidan la gestión de comprobación de los requisitos, que ellos puedan practicar visitas para la verificación de esas exigencias, o la creación de una "comisión Académica Consultiva para apoyar al Consejo Nacional de Educación Superior en el estudio del reconocimiento como Universidad de Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas y la autorización de seccionales de universidad" (Acuerdo No. 03 de 30 de abril de 1998 del Consejo Nacional de Educación Superior), no se muestran, en lo que toca con la acción de tutela que se examina, abiertamente contrarias a la Carta Política y a las normas atrás relacionadas y que se vienen comentando.

No obstante que al tenor del artículo 34 de la Ley 30 de 1992 el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) fue creado "con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría" para el Gobierno Nacional; y que por mandato del artículo 36 de esa misma Ley sus funciones son las de "Proponer" al Gobierno Nacional los precisos asuntos allí indicados, entre

ellos "d) Los mecanismos para evaluar la calidad académica de las instituciones de Educación Superior y de sus programas" lo mismo que "Su propio reglamento de funciones"; no puede perderse de vista que otra labor no menos importante le confió el artículo 20 del cuerpo normativo en comentario, en tanto para que el Ministro de Educación Nacional pueda otorgar reconocimiento "como Universidad" a un centro educativo, deberá contar previamente con el "concepto favorable" de dicho Consejo, quien para ese cometido deberá cumplir un procedimiento de verificación de requisitos, unos de ellos señalados en el propio artículo 20 a que se hace referencia, y otros especificados en el artículo 1° del Decreto 1212 de 28 de junio de 1993 (reglamentario de la citada Ley), norma esta última según la cual "Para el proceso de acreditación que permita al Ministro de Educación Nacional previo concepto del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), el reconocimiento de una institución universitaria o escuela tecnológica como Universidad, en los términos del artículo 20 de la Ley 30 de 1992, *deberá demostrarse que dicha institución cumple con los siguientes requisitos:*", los cuales se describen a continuación (las cursivas son de la Corte).

De manera que si el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) tiene a su cargo emitir concepto previo y favorable para que pueda otorgarse por el Ministro de Educación Nacional el reconocimiento de una institución universitaria, y si además para que ese concepto pueda ser emitido es necesario que medie un procedimiento de constatación de requisitos, no resulta alejado de la lógica y menos violatorio de derecho fundamental de una universidad que haya solicitado su aprobación oficial, el que dicho Consejo reglamente a su interior cómo ha de cumplir esa misión de verificación que ha de permitirle luego conceptualizar en orden a la decisión que ha de adoptar el Ministro de Educación Nacional, porque en desarrollo de esa alta misión institucional no puede ser, así se desprende del espíritu de la ley, un convidado de piedra a quien sólo le corresponde una labor mecánica, ciega o automática.

Y aun cuando por determinación del artículo 2° del Decreto Reglamentario 1212 de 1993 "La solicitud de reconocimiento como Universidad, se formulará ante el Ministro de Educación Nacional por conducto del ICFES" y prevé esta misma disposición que esta última institución "hará el estudio correspondiente que permita al Consejo Nacional de Educación Superior CESU, emitir el concepto previo indicado en el artículo 20 de la Ley 30 de 1992" y que "Para tales efectos, la Junta Directiva del ICFES propondrá al CESU el sistema de verificación de estos requisitos", no puede perderse de vista que seguirá siendo el CESU la dependencia oficial a cargo de quien está cumplir físicamente con esa labor de constatación o "acreditación" en referencia, cuestión que de suyo no permite deducir, desde esta perspectiva, que cuando el mencionado Consejo adopta internamente decisiones reglamentarias tendientes a cumplir con esa tarea, esté infringiendo derechos constitucionales fundamentales de algún centro educativo superior en particular que haya solicitado reconocimiento como tal y menos de su derecho a un debido proceso; pues es al CESU y no a otra dependencia a quien adicionalmente corres-

ponde emitir el concepto previo y favorable que debe anteceder por fuerza el susodicho reconocimiento oficial.

Nótese, por lo demás y con miras a corroborar el entendimiento aquí propuesto, que el ICFES manifestó a este respecto en su comunicación dirigida al Tribunal en el trámite de esta acción de tutela (fl. 151, cd. 1), que "Es de destacar que el Consejo Nacional de Educación Superior CESU como organismo responsable de la coordinación, planificación, recomendación y asesoría del Gobierno Nacional, es autónomo en determinar las fórmulas o estrategias que debe aplicar para constatar que la información dada documentalmente por las instituciones de educación superior, se dé en realidad y para ello puede determinar los mecanismos que a su juicio sean idóneos y eficaces y que como en el caso en cuestión, requirió de la constatación de los mismos en diferentes momentos".

6. A más de lo anterior, es del caso precisar que en cuanto al Acuerdo No. 03 de 30 de abril del año en curso del Consejo Nacional de Educación Superior en particular, no puede la Corte, al actuar en sede de tutela, por escapar a su competencia, conceptuar en estricto sentido sobre su legalidad, pues correspondiendo a un acto administrativo, de estimarse que él desconoce los mandatos Superiores ó de orden legal, debe ser demandado ante la justicia contencioso administrativa por el procedimiento de rigor.

7. En este orden de ideas, se concluye que los actos generadores del reproche elevado por la accionante y que atribuye al Consejo Nacional de Educación Superior no devienen como violatorios de su derecho al debido proceso en lo referente al trámite dado a su solicitud de reconocimiento como universidad.

8. Respecto de la conculcación del derecho a la igualdad, son de recibo para la Corte las explicaciones expresadas por el ICFES en el informe que rindió por solicitud del Tribunal y de las que se desprende que la comprobación de los requisitos impuestos en la ley para la obtención del reconocimiento como universidad de una determinada institución, varía en cada caso concreto y que, por ende, no puede, pretextándose la vulneración de tal derecho, pretenderse que en todos los casos ese acreditamiento se consiga de idéntica forma y en un mismo lapso de tiempo, fuera de que el reconocimiento efectuado respecto de otras universidades que se pone de parangón, se produjo antes de que el CESU adoptara a su interior las pautas generales para el cumplimiento del proceso de acreditación a su cargo.

9. Lo expuesto conduce a que la sentencia impugnada deba confirmarse.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley. Confirma el fallo de catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resucito a las partes y al apoderado judicial de la accionante; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión. Líbrese el oficio del caso.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: 1. El hecho de que una persona se halle afiliada a más de una Entidad Promotora de Salud no determina, por sí solo, la pérdida de la antigüedad acumulada. La EPS sólo podrá desafiliar a quien se encuentre en esta situación una vez adelante el trámite correspondiente. 2. Para los beneficiarios del régimen de los seguros sociales obligatorios, la ley contempla expresamente la posibilidad del reconocimiento y pago, dentro de ciertas limitantes, de los *servicios de salud prestados en el exterior*. La falta de regulación por la entidad no constituye justa excusa para negar la prestación de este servicio.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref.: Expediente No. 5249

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia de 16 de julio del año en curso, proferida por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual se acogió la acción de tutela interpuesta por *Clara Julia Calderón Castro*, en frente de la *Empresa Promotora de Salud "Salud Colmena", Sucursal de Cali*.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, la accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, supuestamente vulnerados por la entidad premencionada.

En concreto pide, se ordene a dicha empresa que en el término de las 48 horas siguientes al de la notificación del fallo que habrá de proferirse, autorice su remisión al "Children's Hospital de Miami" del Estado de la Florida (USA), con el fin de que le sea practicado un trasplante autólogo de médula ósea, necesario para conservar su vida.

2. El amparo impetrado lo funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1 Es beneficiaria del "Plan Obligatorio de Salud Colmena", en virtud del contrato de afiliación que suscribiera Luis E. Calderón Acosta (su progenitor) con la Empresa Promotora de Salud Colmena, desde el 1º de junio de 1995.

2.2 Padece de una enfermedad congénita denominada "Anemia Aplástica de Fanconi", la cual le ha ocasionado una disminución progresiva de sus líneas hemáticas (agotamiento de producción de sangre), lo que conlleva el peligro inminente de perder su vida de no practicársele un trasplante autólogo de médula ósea, el que no se realiza en Colombia.

Por tal razón solicitó con urgencia a la E.P.S. accionada, desde el 25 de junio de 1998, la autorización para que se le realice ese trasplante en el "Children's Hospital de Miami, Estado de la Florida (USA), pero la entidad ha pretendido hacerle firmar varios documentos en que acepte que se halla dentro del régimen de la medicina prepagada, con el fin de alegar la preexistencia de la enfermedad y poder así negarle el derecho al mencionado tratamiento y, de contera, su derecho a seguir viviendo, no obstante que ya ha cotizado 150 semanas.

2.3 El 10 de julio de 1998 debe trasladarse al "Children's Hospital de Miami", por haber aparecido un donante de médula ósea compatible y, de consiguiente, programarse el trasplante con urgencia.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

Tras relacionar los antecedentes del asunto y precisar que el amparo incoado procede contra la entidad accionada por hallarse ésta encargada de la prestación del servicio público de salud, como también porque se trata de evitar un perjuicio irremediable, se relirió el *a-quo*, con cita de jurisprudencia constitucional, a los derechos de la salud y la seguridad social, explicando su contenido.

Posteriormente hizo una reseña de lo replicado por la E.P.S. accionada en relación con el libelo de tutela, así como del material probatorio recaudado concluyendo, con base en éste, que la peticionaria tiene una doble vinculación a dicha entidad, esto es, mediante el plan de medicina prepagada y el plan obligatorio de salud, por lo cual es justificada la renuencia de aquélla a cubrir, por el primero de los planes, los costos del trasplante de médula ósea de la paciente, ya que padece de una enfermedad congénita y, por ende, puede aplicarse una de las preexistencias allí establecidas.

Empero, añade, no ocurre lo mismo respecto del plan obligatorio de salud, por cuanto no le son aplicables preexistencias y, si bien, existen exclusiones, no lo es menos que no se configuran en este caso pues, el procedimiento requerido contribuye al tratamiento y rehabilitación del enfermo, a más de que se han cotizado el mínimo de semanas exigidas para su cubrimiento.

De otro lado, el trasplante de médula ósea que se busca, es la única posibilidad que tiene la paciente para curarse de la grave y mortal enfermedad que padece, la cual no puede seguir tratándose con paliativos no solo porque es previsible un fatal desenlace, tal como ocurriera con un hermano suyo, sino porque las drogas que se le vienen suministrando no le permiten llevar una de vida digna, acorde con su edad y con las expectativas que de la misma tiene todo ser humano.

De dónde, prosigue, la actitud de no asumir el costo del trasplante necesario para la salvación la peticionaria, asumida inicialmente por la entidad, coloca a aquella en estado de desamparo y constituye franca violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud, por su conexidad con el derecho a la vida, seriamente implicado por la gravedad y complejidad de la situación de la enferma. Tan cierto es lo anterior, acota, que con posterioridad la accionada aceptó la necesidad del trasplante, al autorizar su práctica en el país.

Con todo, apunta, debe aclararse que hay diversos tipos de trasplante de médula, según sea el mismo paciente el donante (autógeno), o lo sea un familiar, o un donante no relacionado (no familiar), dado que este, según los médicos testimoniantes, es el requerido por las condiciones de la accionante, el que aún no se realiza en Colombia. De ahí que, anota, no pueda aceptarse el ofrecido por la E.P.S., esto es, el autógeno.

Ahora bien, en lo referente a la afirmación de la entidad, atinente a que la autorización del trasplante en el exterior escapa a los postulados de la ley 100 de 1993 y viola los principios de universalidad y solidaridad, no son de recibo, de un lado, porque tal legislación no prohíbe esa clase de servicios, sino que contempla un mínimo de lo que debe ofrecerse a los usuarios, máxime cuando lo que se busca es garantizar la vida y la salud de las personas; y, de otro, por cuanto los principios señalados están desarrollados en las exclusiones y limitaciones indicados para el plan obligatorio de salud, y la situación en estudio no está allí contemplada. Además, la solidaridad es un principio que no puede ser entendido con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales, de modo que debe obrarse en concordancia con él, respondiendo, claro está, con acciones humanitarias ante una situación como la aquí puesta de presente.

En fin, concluye el Tribunal *a quo*, los gastos adicionales en que incurra la E.P.S., podrán repetirse contra la Nación Colombiana, con cargo al fondo de reconocimiento de enfermedades catastróficas u otros recursos destinados al plan obligatorio de salud o, en últimas, con los asignados en el presupuesto del Ministerio de Salud Pública.

Con apoyo en tales discernimientos, concedió el amparo suplicado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Aduce la Empresa Promotora de Salud accionada, en resumen, que adelantados los trámites indispensables para dar cumplimiento al fallo de tutela, se establecieron una serie de irregularidades relacionadas con la afiliación de la peticionaria, pues se halla inscrita en el P.O.S. de la entidad como beneficiaria tanto de su padre Luis Esteban Calderón Acosta, como de su esposo Rodrigo Alberto Henao Restrepo, empleado de Casacolor S.A. y, por si lo anterior fuera poco, también lo está como cotizante asalariada de dicha sociedad, sin que aparezca que se haya retirado de allí, lo cual determina una clara violación de los arts. 27, 34, 39, 47, 48 y 50 del Decreto 806 de 1998, así como

del Decreto 1013 del mismo año, ya que tal conducta conlleva que el sistema reconozca doble aporte por su afiliación al mismo, en calidad diferente y a dos E.P.S. distintas.

Luego, en los términos del precitado art. 47, la afiliada aceptó las condiciones propias del régimen contributivo y, por ende, conforme al art. 64 *ibidem*, tanto el señor Luis Esteban Calderón Acosta como sus beneficiarios (entre ellos la accionante), han perdido su antigüedad en el sistema y, con ello, la cobertura para el tratamiento solicitado por aquélla (arts. 60 y 61, Decr. 806 de 1998; art. 17, Resolución 5261 de 1994).

Es por ello que debe liberarse a la accionada de asumir el costo del tratamiento requerido por la petente. No obstante, si en contrario se decidiera, necesario se hará considerar que el tratamiento solicitado no se realiza en el país y que, el que sí se efectúa, esto es, el trasplante autólogo de médula ósea, o el alogénico con donante familiar, está considerado como enfermedad rtmosa o catastrófica (art. 17, resolución 5261 de 1994), y esta circunstancia tampoco favorece a la paciente ya que las pruebas realizadas a varios de sus parientes, han determinado que ninguno de ellos es compatible con el HLA de aquélla, de donde se puede deducir que al no existir en el país la tecnología indispensable para su tratamiento, este no está cobijado por el Plan Obligatorio de Salud.

En el orden de ideas expuesto, concluye, debe modificarse los numerales 1, 2 y 3 del fallo de primera instancia, en el sentido de que el tratamiento para la peticionaria debe estar totalmente a cargo del ente estatal que se determine, en cumplimiento a lo establecido en el art. 1º del Acuerdo 93 de 1998, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Lo anterior, además, en razón de las dificultades económicas para poder atender una erogación como la pretendida, aún con el recobro al Ministerio de Salud, pues de acuerdo con la cotización suministrada por el "Children's Hospital de Miami", el tratamiento de la paciente puede costar entre US \$350.000.00 y US \$500.000.00, lo que en pesos colombianos equivale entre \$490.000.000.00 y \$700.000.000.00, lo que entre otras cosas constituiría una pérdida inminente para la E.P.S., la cual no podría absorberse en el ejercicio e impactaría el índice de siniestros en 1,5 puntos porcentuales en el año.

Es más, si se insistiera en que la entidad deba asumir el costo del tratamiento, se vería abocada a suprimir, al menos parcialmente, los pagos a las IPS de su red, lo que podría conllevar la suspensión de los servicios respectivos, de conformidad con lo establecido en el Decreto 882 de 1998, en claro detrimento y desconocimiento de los derechos a la salud y a la vida de sus demás usuarios.

Ahora, si se determinara que la E.P.S. debe asumir parte del tratamiento, aún por fuera de los términos contractuales y legales que gobiernan su desempeño como tal, ha de tenerse en cuenta que el exceso a cubrir por el Estado en los términos del punto 3º del fallo impugnado, lo sería sobre la suma de

\$91.740.340.00, que corresponde al costo de un tratamiento de trasplante de médula ósea en el país, el cual es diferente al solicitado por la paciente. Así mismo, debe decidirse que el gasto sea reembolsado a la usuaria contra presentación de la historia clínica original y facturas originales de pago, toda vez que la empresa no tiene conexión alguna con el Hospital que en los Estados Unidos manejará su caso y, por tanto, no podría hacer la supervisión necesaria de las cuentas ni de la auditoría médica que exigen las normas del sistema.

En fin, si se resolviera que "Salud Colmena" financie el tratamiento de manera directa, total o parcialmente, igualmente debe ordenarse que la entidad estatal correspondiente le reembolse el 100% del valor de las erogaciones, que no a tarifas SOAT como lo ha reconocido en algunos casos el Ministerio de Salud.

Dicho Ministerio, por su parte, al concurrir en la segunda instancia, en virtud de la citación que se le hiciera (fls. 44-45, cdno. Corte), solicitó su exoneración en cuanto al reconocimiento pretendido por la entidad accionada, fundándose para ello en los mismos argumentos que esgrimiera aquella en relación con la irregular vinculación de la accionante al sistema general de seguridad social, lo que de acuerdo con el art. 64 del Decreto 806 de 1998 conlleva la pérdida de la antigüedad acumulada y, por ende, de la cobertura para el tratamiento solicitado.

Es más, aduce, los gastos que el mismo demandare no podrían cargarse, como lo sugiere la E.P.S., a las subcuentas de compensación y promoción del Fosyga, de que trata el Acuerdo 93 de 1998, pues este sólo fue expedido para modificar el presupuesto y autorizar una destinación de recursos, a fin de dar cumplimiento a algunos fallos de tutela proferidos, y no porque se pretendiera crear el rubro de "Sentencias".

En todo caso, acota, el Ministerio no puede reconocer valores por encima de lo establecido como tarifas oficiales por cuanto, no es admisible, *vr. gr.*, la facturación de hotelería con costo de 5 estrellas, o recargos por individualización de camas, o costear los medicamentos que están incluidos en el POS o, que no se pueda descontar el valor de lo resultante a cargo de la E.P.S. y que, determina realmente el valor adicional que debe reconocer el Estado (fls. 57-65, cdno. Corte).

CONSIDERACIONES

1. La protección judicial de la acción de tutela brindada por el artículo 86 de la Carta Política, sólo puede concretarse cuando se establece que por acción u omisión de una autoridad pública, o de particulares en los eventos previstos por la ley, se viola o amenaza un derecho fundamental.

El canon constitucional en mención impone, entonces, como presupuesto para la prosperidad de la acción de tutela, que entre la acción u omisión respecto de la cual se impetra la tutela y la afrenta causada al derecho fundamental o la amenaza que este afronta, exista un nexo de causalidad.

Por otra parte, dado que el amparo de que se trata se concibió como un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual, únicamente puede proponerse cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo, salvo que se ejercite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. En relación con el derecho a la vida consagrado como fundamental en el artículo 11 de la norma superior, es sabido que el Estado Social de Derecho no se limita a garantizarlo mediante un reconocimiento formal, sino que lo promueve, protege y hace todo cuanto esté a su alcance para lograr su efectividad, por constituir la esencia y presupuesto de los demás derechos fundamentales.

En torno a su salvaguarda, la jurisprudencia constitucional ha precisado que en su núcleo conceptual incluye, la protección contra todo acto que la amenace sin importar la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza, con tal que ella sea cierta.

3. El mencionado derecho, como bien se conoce, se complementa con otros, entre ellos el de la salud, sin perjuicio de la autonomía que le es propia.

En efecto, el derecho a la vida no sólo le permite al ser humano el ejercicio de las facultades que sean necesarias para mantener su estado vital, conservarlo y mejorarlo o dignificarlo en todos los aspectos, sino también el de impedir que se atente, amenace o viole en cualquier circunstancia, pudiendo adoptar las medidas que lo aseguren o que, por lo menos, no le ocasionen la muerte. Sin embargo, este derecho suele complementarse con otros, como son los que se refieren a la integridad corporal y a la salud que, si bien tienen objetos y autonomías propias, ello impide ignorar que habiendo partes corporales fundamentales para el ser humano y estados de sanidad absolutamente necesarios para él mismo, cualquier amenaza o violación de aquellas partes corporales o de esos estados de salud también arriesgan o quebrantan el derecho a la vida misma.

3. La seguridad social, a su vez, es un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado (art. 48, C. N.).

Atendida su naturaleza de servicio público, la seguridad social debe ser permanente y, por ende, no es admisible su interrupción, a más de que debe cubrirse con arreglo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Ahora, por el carácter obligatorio del servicio, se impone al Estado la responsabilidad de garantizar que las entidades prestatarias de la seguridad social, sean públicas o particulares, estén dispuestas en todo momento a brindar oportuna y eficaz atención a los usuarios del servicio.

Si bien, dicho derecho es de índole constitucional, en principio no tiene el rango de fundamental, salvo que circunstancias concretas permitan atribuirle tal condición por su trascendencia en la vigencia de otro u otros derechos fundamentales y en virtud de la función de primer orden que cumple en beneficio del ser humano.

4. Descendiendo al caso sometido a decisión de la Corte, no se remite a duda que la accionante padece de la enfermedad congénita denominada "anemia aplástica de falconi", pues tal hecho es aceptado expresamente por la entidad accionada en el informe que rindiera a petición del Tribunal *a quo* y lo confirman dos galenos a su servicio que la atendieron como paciente, así como diferentes documentos allegados al expediente (fls. 4, 6, 44-46 y 49, c-1).

Así mismo, que dicha enfermedad es de carácter mortal pues, consiste en una falla progresiva de la médula ósea con tendencia irreversible a la pérdida total de la misma; que el 40% de quienes padecen tal tipo de anemia desarrollan, en un periodo de 10 años, el síndrome "Mielodisplásico o leucemia aguda"; que en el caso de la peticionaria existe el funesto precedente de que uno de sus hermanos sufrió esa dolencia, falleciendo a consecuencia de ella; que no obstante haber tenido aquella un excelente manejo de su enfermedad tanto en Colombia como en el exterior, se halla documentado, en su historia clínica, el hecho de que su médula ósea está sufriendo un proceso de "hipoplasia", el cual se traduce en un agravamiento de su estado de salud por cuanto posibilita la aparición de leucemia en un término relativamente corto, dado que tiene una evolución de 13 años en su manejo y, por ende, tanto su calidad de vida como esta misma se hallan seriamente comprometidas; que el único tratamiento para su curación es el trasplante de médula ósea y que, debido al progreso de su enfermedad debe hacerse a la mayor brevedad; que en Colombia se están haciendo trasplantes de médula ósea del tipo autólogo y alogénico (según que el donante sea el mismo paciente o un familiar), pero que en el caso de la peticionaria existe la limitante de que no fue posible identificar entre sus familiares cercanos un donante compatible con la paciente y, por consiguiente, su única alternativa es conseguir un donante no relacionado o, de la población general, sin que exista en el país la tecnología requerida al efecto, como tampoco grandes bancos de registros de posibles donantes, entre los cuales se escoge el más cercano a la tipificación celular del paciente, de lo cual depende el éxito o fracaso del trasplante, como sí los hay en Europa y los Estados Unidos (fls. 44-46, 52-53, 94 *in fine* y 95, *ib.*).

5. Por otra parte se halla demostrado que la pelente accedió al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante múltiple afiliación, a saber: a) Como beneficiaria de su padre Luis Esteban Calderón Acosta, dentro del régimen contributivo, desde el 1° de julio de 1995; b) como contratante principal dentro del sistema de medicina prepagada, desde el mes de septiembre de 1997, a la E.P.S. accionada (fls. 55-60, *ib.*), y c) como cotizante asalariada de la empresa "Casacolor S.A." al Instituto de Seguro Social, seccional del Valle del Cauca, desde el 29 de abril de 1997, (fls. 83-84, *ib.*).

6. Frente a la anterior situación, la entidad contra la que se dirige el amparo, aduce, de un lado, que la accionante es su afiliada, como contratante principal, al sistema de medicina prepagada y dentro de tal relación no se contempla cobertura para la enfermedad que padece; y, de otro, que hallándose vinculada también al sistema del régimen contributivo, como beneficiaria de su padre, aceptó las condiciones que para el mismo impone el Decreto

806 de 30 de abril de 1998, entre ellas la pérdida de la antigüedad para los beneficiarios y el cotizante cuando éste incluye dentro de su grupo familiar a personas que deben ser reportados como cotizantes (art. 64), situación ésta que concurre respecto de la petente por encontrarse igualmente afiliada al I.S.S. como trabajadora asalariada de la sociedad "Casacolor S.A.", y ello conlleva para aquélla la pérdida de la cobertura para el tratamiento solicitado, a términos de los arts. 60 y 61 del mismo estatuto, y 17 de la resolución 5261 de 1994.

7. En relación con la anterior argumentación cabe observar que es válida en lo concerniente con el contrato de medicina prepagada que suscribiera la peticionaria con la E.P.S., puesto que allí se pactan como exclusiones las preexistencias por anomalías congénitas y trasplantes de órganos, salvo el de riñón y el de córnea (cláusula 7ª, fl. 57, c-1); más no son de recibo en lo atinente al régimen contributivo en el que opera el Plan Obligatorio de Salud (POS), por cuanto el hecho de que una persona se halle afiliada a más de una Entidad Promotora de Salud no determina, por sí solo, la pérdida de la antigüedad acumulada, pues el art. 49 del precitado decreto exige a tal fin que dichas entidades cancelen "una o varias afiliaciones, dando aplicación a las reglas establecidas para tal efecto en el artículo siguiente, previo aviso al afiliado".

En consecuencia, es indispensable para los citados efectos, que se produzca un acto de cancelación de la afiliación o afiliaciones múltiples, como también que se de aviso previo al afiliado, a efectos de que este pueda ejercer su derecho de defensa frente a dicha determinación.

Tales requisitos no se habían cumplido para la fecha de introducción del libelo de tutela, según se desprende del informe suministrado por la entidad accionada al *quo*, en el que se lee que "revisados nuestros archivos y bases de datos, hemos encontrado... que la Señora Clara Juliana Calderón Castro, También se encuentra en la actualidad afiliada, en su calidad de beneficiaria, al Plan Obligatorio de Salud (P.O.S) - Régimen Contributivo - desde el mes de julio de 1995..." (fls. 49,50, c-1). Además, ninguna prueba se allegó en torno al cumplimiento de dichas exigencias legales.

Siendo ello así, debe concluirse que la peticionaria aún se encuentra afiliada a "Salud Cobrenca", dentro del sistema del Régimen Contributivo y, por ende, como se ampara en tal vinculación para solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados, y ha cotizado más de 100 semanas, le corresponderá a dicha empresa y sólo a ella, garantizarle la totalidad del tratamiento requerido con urgencia para conservar la vida de la accionante, esto es, el de trasplante de médula ósea con donante no relacionado el cual, como se vio, sólo se realiza en el exterior; y ello debe ser así por cuanto que, como lo sostuvo el Tribunal *quo* en su fallo, la ley no prohíbe tal clase de servicios sino que contempla un mínimo de aquellos que deben ofrecerse en el país a los usuarios. Afirmar lo contrario sería tanto como concluir que los tratamientos que por su tecnología no puedan realizarse en Colombia, esta-

rían proscritos para el afiliado o beneficiario que los requiera para salvar su vida y, a ese extremo no quiso llegar el legislador, tanto más cuando dispuso que las E.P.S. deben implementar mecanismos de seguro y reaseguro con el porcentaje de las Unidades de Pago por Capitación (UPC), cuya finalidad es la de garantizar la cobertura del riesgo económico que implica la atención de las enfermedades de alto costo en su manejo, respecto de aquellos pacientes que han cotizado el mínimo de semanas exigidas por el art. 61, grupo 1 del Decreto 806 de 1998 (Parágrafo, art. 17, Resolución No. 05261 de 1994, Ministerio de Salud; y Acuerdo 24 de 4 de enero de 1996, Consejo Nacional de Seguridad Social).

Lo dicho es tanto más claro cuando se recuerda que para los beneficiarios del régimen de los seguros sociales obligatorios, la ley contempla expresamente la posibilidad del reconocimiento y pago, dentro de ciertas limitantes, de los servicios de salud prestados en el exterior, en el caso de un "procedimiento médico que no se practique en el país y que de su aplicación se espere un beneficio significativo para la salud del paciente" (Decreto 237 de 1989, modificatorio del art. 2° del Decreto 1307 de 1988).

Tal antecedente, unido al hecho de que no existe disposición legal expresa que prohíba la práctica de los susodichos tratamientos en las circunstancias ya reseñadas, sirve para reforzar la conclusión sobre su procedencia en el exterior, máxime cuando el I.S.S., en punto de seguridad social, cumple similares funciones a las de las restantes Empresas Promotoras de Salud.

8. Pero si aún ello no fuere así, no debe olvidarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en cuanto que, "La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal..." (Sentencia No. T-370 de 1998, expediente T-172.304, Corte Constitucional).

9. De acuerdo con los anteriores lineamientos, se confirmará la sentencia impugnada en cuanto tuteló los derechos fundamentales invocados por la accionante, revocándose en el punto tercero, toda vez que, como se dijo, en ésta concurren los requisitos necesarios para que la E.P.S. accionada asuma los costos ordinarios que demande el trasplante requerido por la petente. Para ello podrá tomarse como guía la regulación que al respecto contiene el Decreto 237 de 1989, si es que en verdad "Salud Colmena" no cuenta con una reglamentación sobre tratamientos en el exterior.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por

autoridad de la ley, Confirma la sentencia de fecha, contenido y procedencia ya puntualizados, en cuanto concedió la tutela Instaurada por Clara Juliana Calderón Castro, y la Revoca en su punto 3°, por las razones consignadas en la motivación.

Comuníquese telegráficamente lo acá resuelto a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: Si una prestación de salud no se encuentra en el POS a cargo de una EPS y en cambio puede estimarse como una obligación de asistencia pública que debe prestar el Estado, Ministerio de Salud, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía, en la subcuenta de promoción de salud o lo destinado al efecto, la entidad estaría llamada a repetir contra éste, no como una petición del demandante sino como una consecuencia obligada de los principios de justicia e igualdad

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiseis (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Pedro Lafont Planetta*

Ref.: Expediente N° 5291

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, mediante el cual resolvió conceder la tutela incoada por María Nelly Cuadros Jiménez contra Salud Colmena.

I. ANTECEDENTES

1. La ciudadana María Nelly Cuadros Jiménez, obrando en su propio nombre y en representación de su hija menor de edad, entabló acción de tutela contra Salud Colmena; con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la seguridad social, consagrados en los arts. 48 y 49 respectivamente, de la Constitución Política.

2. Los hechos en que fundamenta sus pretensiones se concretan a los siguientes:

2.1. Expresa la accionante que es afiliada al Plan Obligatorio de Salud de la E.P.S. "Salud Colmena" desde el 1° de julio de 1995, y que en el presente año se ha visto obligada a acudir con frecuencia al servicio médico en procura de la salud de su hija de 3 y 4 años, a quien la droga prescrita por su médico general no le ha mejorado nada; razón por la cual pidió su remisión al pediatra, y por éste al especialista en alergias quien después de ordenar los exámenes clínicos concluyó que la salud de la menor ameritaba el tratamiento hiposensibilizante mediante las vacunas, el cual se prolonga por cerca de tres años.

2.2. Dice la quejosa, entonces, que hizo las gestiones ante Salud Colmena para adquirir los bonos y con ello iniciar el tratamiento de inmediato, ya que el avance de su enfermedad puede terminar en asma. Sin embargo, la accionada le negó el tratamiento y le solicitó no insistir, porque no lo cubre el plan de salud, al tiempo que le informaron el valor aproximado de \$50.000 que tiene cada vacuna; esta circunstancia está fuera de su alcance por ser persona de escasos recursos económicos y que espera la aplicación de la Ley 100 de 1993 (art. 164), que contempla el acceso de los afiliados a los servicios de alto costo siempre que se retira el número de semanas cotizadas a la E.P.S. (100 semanas), las cuales, en su caso, ya están superadas con exceso (150 semanas).

2.3. Por último, la peticionaria afirma que así como el I.S.S. es una entidad prestadora de salud que asiste en este tratamiento a sus pacientes, todas las E.P.S. deben hacerlo, con lo cual se deduce la existencia de inequidad entre aquellas en materia tan grave como la atención de la salud.

II. FALLO DEL TRIBUNAL

Las razones que tuvo el Tribunal para conceder las pretensiones de la tutela incoada se resumen de la siguiente manera:

1. Se refiere en primer lugar el Tribunal al contenido del art. 86 de la Constitución Nacional, en el sentido de que éste dotó a los asociados de una especialísima y excepcional acción destinada para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario, por sí o por quien actúe en su nombre, el amparo de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se estimen amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública, y excepcionalmente, por los particulares, en los casos señalados en la ley. Agrega que estará a su alcance el ejercicio de ese derecho, cuando no cuente el administrado con otro medio de defensa judicial.

2. En consideración a la protección de la salud que demanda la madre para su hija, el fallador dice que no obstante no tener el carácter de fundamentales en nuestra Carta Política los derechos a la salud y a la seguridad social aducidos, es procedente la acción de tutela con miras a evitar su quebranto, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que en sus pronunciamientos ha sostenido su admisibilidad por involucrar también el derecho a la vida. Además, como observa que está en juego el derecho a la salud de la niña, trae a colación el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este orden de ideas, esa Corporación concede el amparo solicitado en favor de Diana Vanessa Gallardo Cuadros, tras evaluar y desestimar las razones de la accionada para negarse a suministrar el tratamiento requerido por la menor para asegurar la salud, cuya prestación es un servicio público a cargo del Estado.

3. Posteriormente, el Tribunal se refiere a la petición de la accionada de ordenar el cobro de los medicamentos y del tratamiento en el evento de suministrarlos a la paciente, frente a la cual se responde que nada le impide ejercer las acciones judiciales para hacer valer sus derechos.

III. IMPUGNACIÓN E INTERVENCIÓN DE MINSALUD

1. Los argumentos de la impugnación al fallo atacado se resumen de la siguiente manera:

1.1. Porque de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su abstención en el suministro de medicamentos que no se encuentren en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, no vulnera el derecho de sus afiliados.

1.2. Porque la Honorable Corte Suprema de Justicia ha expresado que si puede hacerse el recobro al Estado de los tratamientos y drogas que sean indispensables suministrar a sus afiliados, y que no estén en el listado o catálogo del P.O.S.

1.3. Porque no es ilegal negar los medicamentos de alto costo, puesto que lo permite el art. 15 de la Ley 100 de 1993 al hablar de las limitaciones y exclusiones.

1.4. Porque el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política, exige el mismo trato para todas las entidades afiliadoras, de suerte que plantea la posibilidad de que la accionada pueda repetir contra el Estado, Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía, lo correspondiente a los gastos adicionales que demande el suministro de medicamentos y el tratamiento que se le dé a la niña Diana Vanessa Gallardo Cuadros, por no estar cobijados por el P.O.S.

1.5. Afirma que el Tribunal vulneró con la providencia impugnada la Constitución Nacional, si se tiene en cuenta lo dicho por la Honorable Corte Constitucional y (por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias SU-480 de 1997 y T-175 de 1997).

2. Por su parte, citado en segunda instancia el Ministerio de Salud, este se hizo presente mediante apoderado y aportó un folleto sobre los medicamentos en el sistema general de seguridad social en salud.

IV. CONSIDERACIONES

1. Es verdad averiguada que la acción de tutela es un mecanismo idóneo para obtener la protección del derecho a la salud cuando quiera que se lesione o se encuentre amenazado, tanto más cuanto consecuentemente se arriesgue la vida.

1.1. Lo anterior obedece a que siendo un derecho constitucional fundamental cuya afectación también puede amenazar la vida de la persona, no solamente se encuentra sometido a darle la protección debida a la persona o entidad que se encuentre específicamente obligada a prestar el servicio individual o de seguridad social en materia de salud, en virtud de una relación contractual o legal, sino que también se encuentra obligado el Estado, en caso de falta de recursos económicos y médico-asistenciales, a prestarle la asistencia (como asistencia pública) bien en forma directa, o por conducto de otra entidad, quien en todo caso puede repetir contra aquél.

1.2. De allí que si una entidad afiliadora se encuentra obligada a prestar el servicio de salud a determinada persona, vulnera el derecho a la salud que esta última tiene, lo que indica que para su amparo deberá prestarlo, que bien puede ser a su costa cuando éste aparece incluido dentro de sus obligaciones, o bien, en caso de no estarlo, la prestación se entiende efectuada por cuenta de la asistencia pública que debe prestarle el Estado a quien, de acuerdo con sus condiciones, tiene derecho a aquella prestación, pudiendo la E.P.S. repetir contra éste de acuerdo con la reglamentación pertinente.

2. Desciende la Corte al estudio de la presente impugnación.

2.1. Se trata de una acción de tutela de María Nelly Cuadros Jiménez, contra Salud Colmena, para solicitar el amparo de los derechos fundamentales constitucionales a la salud y a la seguridad social de su hija de tan solo 3 años y medio, porque Salud Colmena se niega a suministrarle los medicamentos y el tratamiento indispensables para su enfermedad, ya que padece de alergia y su médico en esta especialidad le ha prescrito un tratamiento a base de vacunas hiposensibilizantes que dice tener un valor de \$50.000 a \$60.000 C/U, las cuales no puede adquirir por su cuenta, debido a que es una persona sumamente pobre. Destaca que está afiliada a esta E.P.S. y haber cotizado 150 semanas, siendo su hija beneficiaria de este servicio que, en su opinión, la hacen merecedora de los servicios sin exclusiones que esta entidad presta en materia de salud.

2.1.1. El Tribunal accede a tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de la menor Diana Vanessa Gallardo Cuadros, impartiendo la orden para que le sean suministrados por Salud Colmena E.P.S., dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la decisión, los medicamentos y el tratamiento médico prescrito por su médico especialista, porque desestima las razones aducidas por la accionada para abstenerse de prestar la asistencia solicitada por la niña paciente, olvidando que la salud es un servicio público a cargo del Estado, sin que pueda sustraerse de tal obligación en beneficio de la salud de la beneficiaria de su afiliada, sin perjuicio de que en el evento de suministrarlos pueda ejercer las acciones judiciales para hacer valer sus derechos o pago de los gastos que haya demandado dicha asistencia y por cuenta de quien corresponda. En cambio se abstiene de pronunciarse respecto de la petición de amparo del derecho a la igualdad que reclama la accionante frente a la accionada, por tener un comportamiento distinto a la entidad prestadora de salud E.P.S., el "I.S.S.", quien sí dispensa este servicio a sus afiliados y beneficiarios.

2.1.2. A su turno, el accionante, en su lugar, manifiesta que el Tribunal sí vulneró con la providencia impugnada la Constitución Nacional, de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Honorable Corte Constitucional y la Honorable Corte Suprema de Justicia. Así mismo afirma que no es ilegítimo que se abstenga de suministrar los medicamentos y el tratamiento a la beneficiaria, pues ello tiene sustento en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, P.O.S., razón por la cual no

vulnera ningún derecho de sus afiliados. En este mismo sentido solicita que el Tribunal se exprese acerca del recobro al Estado de los tratamientos y drogas requeridos por los pacientes afiliados y que no estén en el listado o catálogo del P.O.S., tal como lo ha afirmado la Honorable Corte Suprema de Justicia. Además, recuerda que los medicamentos de alto costo están excluidos o limitados legalmente por el art. 15 de la Ley 100 de 1993:

Sin embargo, más adelante reconoce la prioridad del derecho a la salud cuando manifiesta que dentro de las normas reguladoras del sistema de seguridad social, se encuentra el Acuerdo N° 008 de 1994, el cual habla del suministro de medicamentos dentro del Plan Obligatorio de Salud P.O.S. ofrecido por las E.P.S., "siendo de obligatorio cumplimiento por parte de dichas E.P.S., toda vez que las mismas E.P.S. basadas en una relación contractual con el Estado, 'sólo tienen obligación de lo especificado, el Estado les delegó dentro de las reglas puntuales', lo cual hace que si por virtud de los fallos de tutela se tenga mayor cubrimiento a lo que inicialmente se pactó con el Estado, lo más justo sea que el medicamento pueda ser recobrado al Estado, porque de lo contrario se le estarían violando derechos constitucionales a la E.P.S...". Y agrega el siguiente aparte de sentencia de la Honorable Corte Constitucional, del cual hace relevancia: "El derecho a la salud no es una creación nueva del derecho colombiano, ha sido tomada de las innumerables declaraciones universales sobre derechos humanos, pues proteger la salud del hombre es proteger su vida y en estas condiciones el Estado Social de Derecho cumple con sus finalidades...". Pero lo que en el fondo la accionada se duele es de que no se le haya concedido el derecho a repetición, ya que, luego de citar jurisprudencia de las Honorables Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, expresa que "se le permita a Salud Colmena repetir contra el Estado, Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía, Subcuenta de Promoción de la Salud, por todos y cada uno de los gastos adicionales a las coberturas del P.O.S y en los cuales deba incurrir nuestra entidad en cumplimiento del fallo de primera instancia, tal como lo ha reconocido, tanto la Honorable Corte Constitucional como la Honorable Corte Suprema de Justicia".

2.2. Precisado lo anterior, encuentra la Corte la prosperidad parcial de la impugnación.

2.2.1. Primeramente observa la Corte que en este evento la accionada ciertamente se ha abstenido de atender el tratamiento y el suministro de medicamentos, porque, a su juicio, no se encuentra en el manual. No obstante, si bien es cierto esto, no lo es menos que la misma accionada reconoce, de un lado, que el tratamiento adelantado a la menor Diana Vanessa Gallardo Cuadros, beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud Colmena, no ha tenido éxito y que la recomendación médica es la de que su cambio por otro tratamiento es tan necesario que, de no ser así, dicha enfermedad podría convertirse en asma, lo que, en sí mismo, implicaría un agravamiento de la salud. Y de la otra, que con dicha abstención se arriesga la salud con su agravante, lo que debe evitarse con el suministro del tratamiento y medicamento correspondiente. De allí que, como la misma accionada advierte, para darle protec-

ción al derecho a la salud se hace imprescindible atender dicha recomendación, por lo que entonces no hay razón para modificar la tutela concedida.

2.2.2. En cambio, si le asiste razón a la accionante en el sentido de que si dicha prestación protectora de salud no se encuentra dentro de la obligación que le corresponde como entidad afiliadora, y en cambio sí podría estimarse como una obligación de la asistencia pública que debe prestar el Estado, Ministerio de Salud, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía, en la subcuenta de promoción de salud o lo destinado al efecto, por lo que entonces estaría llamado a repetir contra éste, no como una petición del demandante sino como una consecuencia obligada de los principios de justicia e igualdad a que alude la jurisprudencia de esta Corporación y la de la Honorable Corte Constitucional, pero de acuerdo con la acreditación y la reglamentación que sea del caso.

2.3. En consecuencia, el fallo se confirma en su integridad, y se adiciona con la repetición mencionada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Confirmar el fallo del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

2. Adicionar el anterior fallo en el sentido de ordenar al Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía, Subcuenta de Promoción de Salud o subcuenta pertinente, para que con arreglo a la ley y a la presente decisión, proceda, si fuere el caso, a ordenar el reembolso de los gastos del tratamiento que aquí se tutela, cuando oportuna y formalmente le hubiesen sido reclamados por la accionada Salud Colmena E.P.S.

Notifíquese a las partes interesadas, comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto, y ofíciense.

Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

EPS, SEGURIDAD SOCIAL: Ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización, so pena de poner no solo en riesgo la salud de una persona, sino también en peligro su vida, aun frente a una enfermedad definida como catastrófica o ruinosa que demanda atención médica y hospitalaria inmediata.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Ref.: Expediente No. T-5271

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia estimatoria de 23 de julio de 1998, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en el proceso de tutela promovido por Ariel Arcon Payares, en nombre propio y como agente oficioso de la señora Sandra Carvajal Navaja, frente al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico.

ANTECEDENTES

1. Manifiesta el acclonante que la parte denunciada ha conculcado flagrantemente, en relación con la mencionada señora, su compañera permanente, los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al respeto a la dignidad humana, al disponer por intermedio del coordinador de urgencias, no proseguir la atención de su salud, razón por la cual solicita "ordenar... la continuación del tratamiento de quimioterapia" que se había dispuesto inicialmente.

2. Luego de dejar sentada su condición de afiliado al Instituto de Seguros Sociales, en el régimen contributivo, y señalar que Sandra Carvajal Navaja es beneficiaria del sistema de seguridad social, el peticionario expone como fundamento de lo anterior que a su compañera permanente se le diagnosticó la enfermedad de leucemia linfocítica aguda, siendo hospitalizada por urgencias; posteriormente se remitió a la Clínica Preventr para tratamiento de quimioterapia y a pesar de haberse iniciado con dos sesiones, el coordinador de urgencias del Instituto decidió no continuar con el mismo "aduciendo que la paciente no tiene derecho", obligándola a "abandonar la hospitalización y los derechos de urgencia ante el Seguro".

Subraya que actualmente la *"paciente presenta un franco deterioro, precipitando pérdida de peso, palidez generalizada y dificultad respiratoria permanente"*, dependiendo su vida de la *"continuación del tratamiento por presentar un estado de salud no estable"*.

3. El 21 de julio de 1998, el Instituto de Seguros sociales responde la solicitud de amparo presentada el 3 de los mismos mes y año, en el sentido de indicar que estando hospitalizada la señora *Carvajal Navaja* en el servicio de urgencias, se solicitó, teniendo en cuenta su diagnóstico, *"el número de semanas cotizadas y se conoce que de acuerdo con las normas vigentes, no reúne el mínimo requerido para su atención, situación que se les explica a los familiares, quienes la aceptan"*, motivo por el cual se trasladó a hospitalización, 5º piso, donde le aplicaron la tercera dosis de quimioterapia y allí *"aún se encuentra hospitalizada"*.

Con base en lo anterior solicita se desestimen las peticiones de la tutela, *"por cuanto en este caso la EPS del Seguro Social ha obrado y debe obrar de acuerdo con las normas que regulan el sistema de Seguridad Social"*, concretamente con los artículos 164, inciso 2º de la ley 100 de 1993, 26 del decreto 1938 de 1994, 60 del decreto 806 de 1998 y la resolución 0171 del 13 de abril del año en curso, emanada de la Presidencia del Seguro Social, que exigen para la prestación de algunos servicios de alto costo, *"periodos mínimos de cotización, que en ningún momento podrán exceder de 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año"*, situación que debe ser observada en el caso de la señora *Carvajal Navaja*, quien padece una enfermedad definida como catastrófica o ruinososa del *"nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud"*, pero sólo *"con alrededor de 21... semanas cotizadas por su compañero permanente"*.

Así las cosas, para que la mencionada paciente pueda ser atendida como beneficiaria de la EPS del Seguro Social, debe *"pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje de semanas de cotización que le falten para completar los periodos mínimos de cotización"* (artículo 60, decreto 806 de 1998), tal cual lo señaló la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 164, inciso 2º de la ley 100 de 1993, al decir que *"cuando el usuario del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo requiera atención médica por una enfermedad cuyo tratamiento sea de alto costo y no cumpla con el periodo mínimo de cotización, debe ser atendido por la entidad de salud a la que esté afiliado, pero con la condición de que pague una suma determinada por los servicios prestados, que... es el porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los periodos mínimos contemplados (...). No se olvide que el usuario pertenece al Régimen Contributivo y por ende se presume su capacidad de pago"*¹.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El Tribunal negó la tutela en relación con el señor *Ariel Arcon Payares* por aparecer claro que ninguno de sus derechos fundamentales había sido

¹ Sentencia Constitucional de 25 de marzo de 1998 (C-112).

lesionado o amenazado; al contrario, su reclamo tiene que ver es con la suerte de su compañera permanente, la agenciada, pero no con sus propios derechos en calidad de cotizante.

2. Así mismo, tras señalar el objeto de la tutela y dejar sentado, con apoyo en doctrina constitucional, que el derecho a la salud, a pesar de estar comprendido dentro del catálogo de los derechos sociales, económicos y culturales, adquiere el rango de fundamental cuando, por el principio de conexidad, le es comunicada esa calificación en virtud de una inescindible relación con otros derechos que sí lo tienen, como la vida, la integridad física, de una forma tal que si no es protegida, se ocasionaría la vulneración o la amenaza de los últimos².

El Tribunal no puso en duda que la enfermedad padecida por la señora Sandra Carvajal Navaja, se encuentra clasificada como catastrófica o ruinosas; tampoco su vinculación a la EPS del Seguro Social, en calidad de beneficiaria, dentro del régimen contributivo, de su compañero permanente, sólo que el número de semanas cotizadas por éste, veintiuna, no le otorga derecho a reclamar la prestación de servicios de alto costo, salvo que, como lo señala la parte denunciada, se pague un porcentaje del valor del tratamiento correspondiente al porcentaje de semanas de cotización que fallen para completar los períodos mínimos de cotización.

Si bien en principio, agrega, le asistiría razón al Instituto de Seguros Sociales para solicitar se desestimen las peticiones de la tutela, no debe desconocerse que con base en los mismos decretos y leyes que cita, la "Corte Constitucional ha arribado a conclusiones diferentes"³, al explicar que la "exigencia de una cotización mínima para tener derecho a la atención de la salud", "tiene un carácter excepcional", en relación con las enfermedades clasificadas como de alto costo. En efecto, si el derecho a la vida está de por medio y el paciente no tiene dinero para sufragar el porcentaje que le corresponde cuando no ha cotizado el mínimo de semanas exigidas, la EPS debe tratarlo y "repetir contra el Estado".

3. Así las cosas, el Tribunal tuteló los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Sandra Carvajal Navaja, y ordenó a la parte denunciada que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dispusiera lo necesario para reanudar su tratamiento, incluyendo la quimioterapia y demás drogas que necesite, mientras no se demuestre la capacidad económica de dicha señora para sufragar esos gastos. Aclaró, sin embargo, que el Instituto de Seguros Sociales podía "repetir contra la Nación colombiana, con cargo al fondo de reconocimiento de enfermedades catastróficas u otros recursos con destino al plan obligatorio de salud, o, en último caso, con los asignados en el presupuesto al Ministerio de Salud Pública".

² Sentencia T-491 de 1992 y T-405 de 1995.

³ Sentencias T 439, T-609 y SL-480 de 1997.

LA IMPUGNACIÓN

Por considerar, con base en los mismos argumentos expuestos al contestar la solicitud de amparo, que su conducta es legítima, mas no arbitraria, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, impugnó el fallo compeñado y agregó que si el usuario carece de capacidad económica para cubrir el valor del tratamiento de una enfermedad de alto costo, en el porcentaje que le corresponde, cuando no reúne las semanas mínimas de cotización, él y sus beneficiarios deberán ser atendidos no por las Empresas Promotoras de Salud a través del Plan Obligatorio de Salud, sino por las "instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato".

CONSIDERACIONES

1. Ante todo debe quedar bien claro que la señora *Sandra Carvajal Navaja*, sufre una enfermedad clasificada como "catastrófica o ruinosa del nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud", en los términos del artículo 61 del decreto 806 de 1998, de ahí que haya sido atendida y hospitalizada en el "Servicio de Urgencias", lugar donde al 21 de julio de 1998, fecha de contestación de la tutela (fols. 39-41), "aún se encuentra", como expresamente la parte denunciada lo acepta.

A pesar de ser dicha señora beneficiaria de la EPS del Seguro Social en el Plan Obligatorio de Salud, por ostentar la calidad de compañera permanente del afiliado *Ariel Arcon Payares*, tampoco debe remitirse a duda, tal cual lo señala la misma entidad, que la "paciente no tiene derecho" al servicio público de salud (fols. 42 y 44-45), en relación con la enfermedad de alto costo que padece, por cuanto, en su caso, para cubrir totalmente el valor del tratamiento se requiere haber cotizado 100 semanas al sistema como mínimo y el afiliado sólo lleva 21.

Así mismo debe dejarse sentado que el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, no se niega a brindar la atención que demanda el estado de salud de la señora *Carvajal Navaja*, pero condiciona la prestación del servicio a una exigencia económica, en cuanto si no se opta por la alternativa de ser trasladada a una Institución que atienda el régimen subsidiado, deberá asumir los "costos del tratamiento, proporcionalmente a las semanas no cotizadas", para así tener derecho a continuar en la clínica de la EPS del Seguro Social, todo de acuerdo con el decreto 806 de 30 de abril de 1998 y la Circular 196 del 24 de junio del mismo año (fol. 44, *in fine*).

2. Precisado lo anterior, pertinente resulta insistir que aun cuando el derecho a la salud, en relación con los mayores, no tiene el rango de fundamental, puede adquirir ese carácter en los eventos en que se encuentra en inmediata conexión con otros derechos que sí lo tienen, como la vida, pues al hablarse de tal no se está haciendo cosa distinta que identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida y no de bienes jurídicos desligados de la vida misma, a la postre el derecho fundamental por excelencia, porque su

existencia es condición para el ejercicio de los demás derechos consagrados en la Constitución Política. Desde luego, como se tiene dicho, *"el derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino por el contrario, una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos males y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida"*⁴.

Si el individuo debe procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad (art. 49, *in fine*, C. P.), lo cual implica conservar sus facultades físicas, mentales y espirituales, desde el momento de la concepción hasta la muerte, la correlativa obligación del Estado se circunscribe a asegurar a toda la población, mediante los sistemas nacional de salud (leyes 10 de 1990 y 60 de 1993) y de seguridad social (ley 100 de 1993), la atención de ese servicio público, en sus fases de educación, información y fomento, y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, a través de instituciones públicas o privadas, directa o indirectamente, pero armónicamente, con integración de funciones, acciones y recursos.

3. Con todo, para el caso es preciso señalar que la prestación del servicio de salud por parte de las empresas promotoras de salud, no es ilimitado, sino, por el contrario, sujeto a ciertas restricciones, como la señalada en el artículo 164, inciso 2º de la ley 100 de 1993, al establecer que en el Plan Obligatorio de Salud, el *"acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que no podrá exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica"*.

La anterior restricción también se contempla en el decreto 806 de 1998, artículo 61, al exigir un *"máximo de cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas del nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud"*. Si el afiliado o los beneficiarios de ese sistema desean ser atendidos antes de completar el plazo establecido, el párrafo del mismo precepto condiciona la prestación del servicio, al pago de un *"porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos..."*. Ahora, si aparece debidamente acreditado que se carece de capacidad económica para sufragar el porcentaje, el usuario de todas formas no queda abandonado a su suerte, sino que *"deberá ser atendido... por las entidades públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato"*.

⁴ Sentencia T-260 de 1998.

Desde luego, las limitaciones dichas no son absolutas. En los casos de "urgencias", el artículo 168 de la citada ley obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado a prestar los servicios médicos correspondientes, a todas las personas, independientemente de su capacidad de pago, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, según el caso, como así lo ratifica el artículo 62 del susodicho decreto, al decir que la "atención inicial de urgencia", entre otros eventos, será inmediata, sin que haya lugar al sometimiento de periodos de espera.

4. Surge de lo dicho que ante situaciones de urgencia no es posible oponer periodos mínimos de cotización, so pena de poner no sólo en riesgo la salud de una persona, sino también en peligro su vida, aun frente a una enfermedad definida como catastrófica o ruinosa que demanda atención médica y hospitalaria inmediata. Precisamente, en la sentencia en que apoya su oposición la parte denunciada, la Corte Constitucional señaló que "la exigencia de los periodos mínimos de cotización a que alude la norma impugnada, no es la regla general, sino la excepción, pues éstos sólo pueden oponerse en los casos de enfermedades catalogadas de 'alto costo'. Tales periodos de carencia no se traducen en falta de atención médica, hospitalaria y quirúrgica por parte de la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador ya que éste recibirá los servicios siempre y cuando cancele una tarifa fijada por la ley. En los casos de urgencia o gravedad no existen periodos mínimos de cotización, pues (...), todas las entidades de salud, públicas y privadas, están obligadas a prestar los servicios de salud a quienes los soliciten, tengan o no capacidad económica" (cursivas del texto).

La misma Corporación en un caso reciente definió que el derecho a la vida estaba por encima de cualquier consideración legal o contractual, pues no se concibe que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana y en la conservación de la vida, "se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal". Por ello, el mismo fallo señaló que no obstante los cambios introducidos sobre el particular por el decreto 806 de 1998, "en los casos de urgencia o extrema gravedad, la mencionada norma no puede ser óbice para otorgar un tratamiento del que puede depender la vida de un afiliado".

Desde luego, como allí mismo se menciona, estabilizada la condición del paciente, se puede gestionar lo necesario para que una de las instituciones a las que se refiere el mencionado decreto, asuma la atención que éste requiere. Lo referente a cómo se asumirán los costos del tratamiento, se agrega, es una cuestión que puede plantearse con posterioridad, pues es claro que una

⁴ Sentencia T-370 de 1998.

vez prestado el servicio, se puede repetir contra el Estado el pago del valor que por disposición legal estaba obligado a cubrir el usuario.

5. Descendiendo al caso concreto, podría pensarse que, en principio, la EPS del Seguro Social estaría legitimada para negar la prestación del servicio de salud a la señora *Sandra Carvajal*, por no reunir el afiliado el plazo mínimo de cotización, 100 semanas, tratándose de enfermedades definidas como "catastróficas o ruinosas", en "cuanto ha obrado y debe obrar de conformidad con las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social". En verdad ello no es así, porque, como se precisó en el numeral primero de este acápite, se trata de un caso de "urgencia" (se resalta). Prueba de ello es que, además de clasificarse la enfermedad que padece dicha señora como "catastrófica o ruinosas", es decir, caracterizada "por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo" (Resolución No. 5261 de 5 de agosto de 1994 del Ministerio de Salud), lo cual de por sí denota gravedad, su atención y actual hospitalización, por lo menos para la fecha de contestación de la tutela, 21 de julio de 1998, lo fue en el "Servicio de Urgencias" (resaltado fuera de texto).

De otro lado, no debe perderse de vista que si "trivialmente los familiares y la paciente asumieron cubrir el costo proporcional del tratamiento" (fol. 45), luego de haber sido instruidos sobre el particular por la Entidad Promotora de Salud, no se explica cómo frente a ello y aun aceptándose que no sea un caso de urgencia, ahora se niegue tajantemente la atención, según se desprende de los escritos de oposición e impugnación. Por supuesto, la discusión sobre este contenido, netamente económico, no se puede anteponer, *motu proprio*, para negar un tratamiento médico que compromete la existencia misma de una persona.

6. Así las cosas, la sentencia impugnada debe ser confirmada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha y lugar de procedencia arriba anotada.

Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.-

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugéles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pinnetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

COMPETENCIA POR FACTOR SUBJETIVO, NULIDAD EN TUTELA: hay nulidad en la actuación cuando juez distinto del civil del circuito resuelve la demanda que se dirige, entre otros, contra *medios de comunicación*; prevalece su competencia respecto de la entidad oficial también accionada.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 5286

Despacharía la Corte la impugnación formulada contra el fallo de treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por el señor *Nicolás Evelio Grisales Santa* contra la *Registraduría Nacional del Estado Civil*, el *Noticiero "Reporteros en Acción"* y la *Revista "Cambio 16"*, si no fuera porque del estudio realizado por la Sala se concluye que en la tramitación de la queja se incurrió en causal de nulidad que afecta lo actuado y que obliga a la declaratoria pertinente.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito dirigido al Tribunal citado, el accionante, actuando en nombre propio, en nombre de Colombia y de todos los asociados y sin elevar solicitud alguna en concreto, reclama la protección del derecho a la información cuya violación deduce del hecho de que la *Registraduría del Estado Civil* en la carátula del folleto de "*Instrucciones para Jurados de Votación*" (fls. 12 a 27, cd. 1), elaborado para las elecciones cumplidas el pasado 8 de marzo, muestra un mapa de Colombia, a decir del petionario, "mutilado", como quiera que en él no aparece el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ni las Islas de Gorgona y Gorgonilla. Adicionalmente señala, que en similar error incurren los medios informativos también aquí convocados en algunas de sus presentaciones.

2. El Tribunal, mediante auto de 24 de julio del año en curso, admitió la demanda de tutela y dispuso informar del hecho de su iniciación a la totalidad de los accionados, arriba identificados; seguidamente, proferió la senten-

cia objeto de la impugnación de que se trata, en la cual, por improcedente, denegó el acogimiento del amparo constitucional suplicado.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 29 de la Constitución Política establece el debido proceso como derecho fundamental que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, principio del que se deduce que nadie podrá ser juzgado sino con arreglo a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante funcionario competente, con la plenitud de las formas propias de cada juicio, garantizándose así el derecho de defensa, mediante la solicitud de pruebas o contravirtiendo las allegadas en su contra, y que, por ende, es plenamente aplicable a las acciones de tutela.

2. A su vez, el artículo 3° del Decreto 2591 de 1991 consagra, que el trámite de la acción de tutela se debe desarrollar con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, previendo, de otra parte, el inciso final del artículo 37 *ibidem*, que "De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar".

3. A pesar de los vacíos que pueden apreciarse en el escrito con que se dio inicio a esta tramitación, surge de él nitidamente que, como ya se apuntó, la demanda de amparo aparece dirigida en contra del *Noticiero "Reporteros en Acción"* y de la *Revista "Cambio 16"*, infringiéndose además, aunque ya no con tanta claridad, que en cuanto a estos medios de comunicación se reprocha el que ellos, en sus emisiones o en sus publicaciones, respectivamente, han desfigurado la información atinente a la conformación territorial del país, como quiera que muestran imágenes o gráficas del mapa político de la nación en donde no aparece el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como tampoco las Islas de Gorgona y Gorgonilla.

4. Siendo ello así y estando claro que el derecho cuya protección aquí se deprecia es el de la Información, al comprender la queja entre sus accionados a dos medios de comunicación, uno televisivo y otro escrito, se colige que la competencia para conocer en primera instancia de la solicitud de tutela estaba y está radicada única y exclusivamente en los juzgados civiles del circuito de esta capital y no en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

5. De otra parte, si bien es cierto que la especial competencia atribuida a los jueces civiles del circuito en la norma que se deja comentada no comprende, en el caso *sub lite*, a la *Registroaría Nacional del Estado Civil*, se considera que tal eventualidad no es obstáculo para colegir, como se dejó atrás consignado, que el conocimiento en primera instancia de este asunto de tutela corresponde solamente a esa jerarquía de jueces, pues por atracción, dicha autoridad resulta igualmente competente para asumir el trámite y decisión de la presente demanda de amparo, en lo que toca con la mencionada entidad oficial.

6. Apoyada en las apreciaciones anteriores, la Corte se abstendrá de decidir en el fondo el asunto controvertido, por lo que, en acatamiento del artículo

145 del Código de Procedimiento Civil y en desarrollo de la causal 2ª del artículo 140 de la misma obra, declarará nulo lo actuado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá y dispondrá remitir el expediente a los juzgados civiles del circuito de la ciudad para que, previo reparto que deberá efectuar la Oficina Judicial, asuman el conocimiento y tramitación de este caso de tutela.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria,

RESUELVE:

Primero: Declarar la nulidad de todo lo actuado en la acción de tutela que al inicio se dejó plenamente identificada, a partir, inclusive, del auto de 24 de julio de 1998, que obra a folio 31 del cuaderno No. 1 del expediente.

Segundo: Disponer que por Secretaría, se remita el expediente a los juzgados civiles del circuito de la ciudad para que, previo reparto que deberá efectuar la correspondiente Oficina Judicial, se asuma el conocimiento y tramitación de la presente acción de tutela. Oficiase.

Comuníquese a las partes lo aquí resuelto mediante telegrama.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA: Si el agenciado ha sido notificado personalmente de la sentencia de primera instancia, el agente carece de legitimación para impugnarla.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros

Ref.: Expediente No. 5285

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 30 de julio de 1998, que concedió parcialmente la tutela promovida por *Javier Villalobos Caamaño* quien actúa en calidad de agente oficioso de la señora *Yasmína Villalobos Caamaño*, contra la Compañía Suramericana de Servicios de Salud Susalud S.A., EPS.

ANTECEDENTES

1. En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado el accionante *Javier Villalobos Caamaño* quien actúa en calidad de agente oficioso de la señora *Yasmína Villalobos Caamaño*, interpone acción de tutela contra la Compañía Suramericana de Servicios de Salud Susalud S.A. E.P.S., porque en su entender, la accionada al no asumir la totalidad de los gastos que se generaron en la Clínica General del Norte con ocasión de la enfermedad e intervención quirúrgica de *Yasmína*, vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la salud de aquella.

2. Los hechos y afirmaciones que sirven de fundamento a la presente acción de tutela pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Manifiesta el accionante que su hermana *Yasmína Villalobos Caamaño* se encuentra afiliada desde 1995 a la -EPS- Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., Susalud, en calidad de beneficiaria de su esposo *Efraín Mejía Durán*.

b) Señala que en la madrugada del 10 de julio de 1998 *Yasmína* fue internada en la Clínica El Prado por haber padecido pérdida de conciencia, a cuenta de la EPS mencionada, y bajo el cuidado del doctor *Silvio Rosales*, quien diagnosticó hemorragia subaracnoidea - aneurisma de arteria comunicante posterior derecha, dictamen confirmado por tomografía computarizada y

panengeografía cerebral. Según el accionante, el médico mencionado es el único neurocirujano que presta servicio permanente a Susalud.

c) Anota que el doctor Rosales recomendó operar después del doceavo día, en razón a que en el momento de ingresar la paciente a la entidad hospitalaria presentaba un sangrado, motivo por el cual en las primeras 48 horas hubo necesidad de subir la hemoglobina, y el procedimiento quirúrgico aumentaba la morbimortalidad.

d) Menciona que junto con el esposo de Yasmina y como familiares solicitaron una interconsulta de manera particular, por cuanto Susalud no ofrecía otra opción diferente de la del doctor Rosales, y así recurrieron al doctor Humberto Cataffa quien recomendó operar de inmediato, para disminuir el riesgo de muerte.

e) Expresa que en unión del cónyuge de la paciente aceptaron la recomendación propuesta por el médico particular y estimaron necesaria su intervención, por lo que el 13 de julio de 1998 Susalud trasladó a Yasmina Villalobos a la Clínica General del Norte, entidad que le informó que la EPS no asumiría ningún tipo de costos, excepto el del primer día de hospitalización, decisión confirmada posteriormente en la orden de servicio número 25998025 y en el oficio sin número del 17 de julio (folios 27 y 28) que retira todas las prestaciones asistenciales a partir del 15 del mismo mes, en consideración a que el doctor Cataffa no hace parte de sus profesionales adscritos.

f) Indica que no existió razón válida para que el neurocirujano de Susalud no operara en las primeras 48 a 72 horas, y que este hecho colocó a Yasmina en un altísimo riesgo de muerte.

3. Apunta el accionante que el tratamiento dado por Susalud fue inapropiado, y que sus omisiones son las que han llevado a que Yasmina se encuentre en estado de coma y en alto riesgo para su vida. Expresa que de acuerdo con la legislación actual sobre seguridad social, los pacientes y sus familiares tienen el derecho a la libre escogencia de la institución prestadora de salud y de los profesionales de su red de servicios, y que la Clínica General del Norte pertenece a las afiliadas a la EPS en menclón. Solicita por lo tanto que Susalud EPS asuma o se responsabilice de la totalidad de los gastos y costos que se generaron o causen en relación con la paciente Yasmina Villalobos Caamaño a partir del momento de su internación en la Clínica General del Norte y hasta su recuperación.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

La Compañía Suramericana de Servicios de Salud Susalud S.A., por intermedio del Gerente Regional se opone a las pretensiones de la tutela, y argumenta una ausencia de legitimación en la causa, ya que en su entender el accionante no aportó el poder que lo acredita como representante de la beneficiaria.

Precisa que de acuerdo con lo manifestado por el accionante, Yasmina es odontóloga, por lo que debe subsanar la información suministrada en la afi-

liación, ya que su inclusión como beneficiaria [dependiente económica de su cónyuge], genera la imposición de la sanción consistente en la pérdida de antigüedad prevista en el Decreto 806 de 1998; así mismo afirma que de acuerdo con el artículo 179 de la ley 100 de 1993 y el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994, las EPS no asumen ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas.

Realiza la accionada un recuento de sus actuaciones, para concluir que no es cierto lo manifestado por el accionante acerca de que Susalud cuenta con un solo neurocirujano, ya que posteriormente a la revisión del Doctor Rosales, se consultó al Doctor Jaime Rubio Segura, médico adscrito a su programa de medicina prepagada, quien coincidió con la opinión de aquel.

Concluye que Susalud EPS ha obrado legítimamente al adecuar su conducta a las leyes y reglamentos, y en especial a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, al asumir la atención de la paciente desde el 10 de julio hasta 15 del mismo mes, fecha en que sus familiares encargan del tratamiento al Doctor Calaffa, y rompen la relación paciente -EPS.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal concede parcialmente el amparo al considerar que el derecho a la salud es fundamental por conexidad solamente en casos específicos y debidamente analizados y cuando la protección de la salud implique la protección del derecho a la vida.

Señala el Tribunal que el enfrentamiento entre la EPS y los familiares de Yasmína, se presenta por la diversidad de criterios científicos existentes entre el médico de Susalud y el particular, por lo que no se adecua a la lógica jurídica, ni a la ley, la pretensión de lograr por vía de tutela, ordenar a la EPS que pague un médico con el que no tiene vinculación contractual, lo que implicaría no sólo apartarse de la ley, sino invadir de forma atrevida un ámbito científico, ya que se estaría aceptando que el concepto del médico particular es el acertado, calificación que no puede proferir el juez constitucional. Según el Tribunal, igual consideración merece el tratamiento médico realizado por el Doctor Calaffa.

El *a quo* estima que entre el afiliado y la EPS existe simplemente un vínculo contractual, y en consecuencia las discrepancias respecto al incumplimiento del contrato, se pueden dilucidar por los medios ordinarios, mediante la resolución del contrato y las indemnizaciones a que hubiere lugar.

El Tribunal juzga lícita la conducta asumida por Susalud de negarse a cancelar los honorarios del tratamiento médico realizado por el Doctor Calaffa, por lo que niega el reconocimiento, y señala que deben ser cubiertos por la paciente o su familia; en cambio, en cuanto a los gastos normales y usuales, provenientes del internamiento en la clínica, señala el *a quo* que estos se habrían causado aun si se hubiese continuado con el tratamiento por parte del Doctor Rosales, por lo que ordena a la EPS cancelar al mencionado centro asistencial los gastos de hospitalización desde el 16 de julio hasta los post-

operatorios aconsejados normalmente, al igual que la medicina, los servicios y tratamientos previstos en la ley 100 de 1993, con exclusión de drogas, servicios y tratamientos diferentes ordenados por el médico particular.

LA IMPUGNACIÓN

El 31 de julio de 1998, *Yasmína Villalobos Caamaño* se notifica personalmente de la sentencia del Tribunal *a quo* y el 3 de agosto de 1998 en memorial dirigido al magistrado ponente ratifica las actuaciones adelantadas por su hermano; posteriormente, *Javier Villalobos Caamaño* dentro del término legal impugna la decisión, al estimar que no tiene sentido liberar de responsabilidad a la Compañía Suramericana de Servicios de Salud, *Susalud S.A.*, de los gastos de drogas, anestesiólogos, médicos ayudantes, personal auxiliar y demás costos y gastos, porque independiente de si el Doctor Silvio Rosales hubiese realizado la cirugía, también habría requerido el mismo personal y los mismos recursos físicos, más aún, si como en el presente caso, la Clínica General del Norte está dentro de la red que ofrece la accionada, y la remisión se realizó con el fin de practicar el procedimiento quirúrgico.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela ha sido considerada como un instrumento de carácter excepcional, residual, subsidiario, preferente y sumario, que permite a todas las persona, sin mayores requisitos de orden formal, buscar y obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, si de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, y, a falta de otro medio legal, considera que le han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o, de un particular, pero sólo en los casos expresamente previstos por el legislador.

Asume la Corte el estudio de la situación planteada, desde la óptica del fenómeno de la agencia oficiosa, entendida ésta como la gestión realizada por un tercero a nombre de otro que se encuentra imposibilitado, ausente o impedido de hacerlo por sí mismo, sin que entre los dos medie poder o representación alguna.

En lo referente a la acción de tutela, la agencia oficiosa se encuentra regulada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual confiere la posibilidad de agenciar derechos ajenos, siempre que el titular no esté en capacidad de promover su propia defensa, con la única condición de que esta situación se manifieste en la solicitud.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se observa en el memorial contentivo de la acción que *Javier Villalobos Caamaño* manifiesta actuar en calidad de agente oficioso a nombre de su hermana, en razón a que ella, al momento de la presentación de la tutela, se encontraba recluida en la Unidad de Cuidados Intensivos de la Clínica General del Norte en la ciudad de Barranquilla.

No obstante cumplirse los requisitos exigidos para la admisión del mecanismo bajo la modalidad de agencia oficiosa, conviene recalcar que durante

el desarrollo de la tutela, más exactamente con posterioridad al fallo de primera instancia, y antes de presentarse la impugnación, *Yasmína Villalobos Caamaño* es notificada personalmente de la sentencia, y suscribe memorial dirigido al Tribunal Superior de Barranquilla en el que confirma la actuación de su hermano como agente oficioso.

En el trámite constitucional de tutela, el hecho de que el presunto perjudicado por la acción u omisión del Estado o del particular en los casos específicos señalados por la ley, comparezca al proceso, señala la culminación de la actuación del agente, debido a que el interesado lo desplaza, al desaparecer las condiciones señaladas en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Por lo tanto *Javier Villalobos Caamaño*, una vez notificada personalmente su hermana de la sentencia del Tribunal y estando en condiciones de promover su propia defensa, como se desprende del memorial presentado, perdió la legitimación para actuar, lo que hace inoperante la impugnación presentada.

Por las anteriores consideraciones se confirmará el fallo impugnado.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de tutela a que se ha hecho referencia.

Comuníquese esta determinación a las partes por telegrama.

Oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Stmanca, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO CONTRA ABOGADO: La decisión de rechazar el recurso de apelación contra el auto que abre pliego de cargos al investigado tiene respaldo en el artículo 73 del Decreto 196 de 1971. El recurso de súplica es extraño a los procesos disciplinarios, la acción de tutela es improcedente.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C. - ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref. Expediente No. 5316

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia de 10 de agosto del presente año, proferida por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por la cual se denegó la acción de tutela instaurada por el abogado *Cristóbal Alzate Hernández*, en frente de la *Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santafé de Bogotá, D. C., y Cundinamarca.*

ANTECEDENTES

1. Obrando en su propio nombre, el accionante impetra la protección del derecho fundamental del debido proceso, supuestamente conculcado por la autoridad pública premencionada.

Pide al efecto, se declare que la resolución mediante la cual se formula pliego de cargos contra un abogado, es susceptible del recurso de alzada, en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad con respecto a normas expedidas con posterioridad al Decreto 196 de 1971.

Así mismo, se ordene al resto de Magistrados que integraran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, en la que actuara como ponente el Doctor Alberto Vergara Molano, conceder el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de 6 de marzo de "1977" (sic), por medio de la cual se abrió investigación disciplinaria en su contra.

2. Las peticiones reseñadas las funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1 El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, conoce del proceso N° 14704 que se le sigue por supuestas faltas al Decreto 196 de 1971.

2.2 Mediante providencia de 6 de marzo de 1997 se le formuló pliego de cargos, por lo cual interpuso contra la misma los recursos de reposición y en subsidio el de apelación.

2.3 Por providencia de 3 de abril de "1998" (sic), se desató el recurso de reposición en forma adversa a sus pretensiones y, a la vez, se denegó la concesión del de apelación.

Contra esta última decisión interpuso el recurso de súplica con el objeto de que se concediera la alzada, dado que planteó tesis jurídicas que así lo ameritan, fundadas en la garantía constitucional del derecho al debido proceso.

2.4 El nuevo recurso interpuesto fue negado por el Magistrado Ponente, mediante auto de 21 de mayo de 1998 impartiendo la orden de cúmplase, con lo cual se le impidió solicitar aclaración o complementación del mismo.

2.5 La decisión del recurso de súplica no compete al Magistrado Ponente sino "al que le sigue en turno" (sic).

Por otra parte, la providencia que fulmina el pliego de cargos es apelable y tal medio de impugnación se denegó sin analizar los argumentos planteados por el recurrente para que fuera admitido, de donde resulta patente la vulneración del derecho al debido proceso.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *a quo* fundó la decisión denegatoria del amparo invocado, en las consideraciones que cabe resumir así:

Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el mecanismo extraordinario de la acción de tutela no procede contra providencias o actuaciones judiciales. Tal pensamiento vino a reafirmarse con el pronunciamiento de la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de los arts. 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, pues que deben preservarse los postulados de seguridad y certeza jurídica de los actos que se profieren por el aparato judicial al solucionar los conflictos, dado que allí se disfruta de los medios ordinarios de defensa con agotamiento de todo un proceso.

Empero, acota el Tribunal *a quo*, la apuntada declaratoria de inexecutable trajo aparejada la posibilidad excepcional de hacer actuar el amparo constitucional contra providencias o actuaciones judiciales, cuando la decisión es fruto de la arbitrariedad o de una actitud abiertamente contraria al ordenamiento jurídico que desquicia y socava derechos fundamentales de los sujetos procesales. De suerte que sólo cuando aflora una situación de tal linaje, la tutela se constituye en medio idóneo para procurar la defensa de tales prerrogativas.

En el asunto en consideración, prosigue, se califica de lesiva de los derechos fundamentales del accionante, la decisión judicial a que éste alude en su libelo. Empero, confrontado el haz probatorio traído al expediente con el

supuesto fáctico que sirve de soporte a la pretendida vulneración al debido proceso, no aparece esta.

En efecto, la Corporación accionada al pronunciar el auto de 3 de abril de 1998 por medio del cual denegó la apelación de la providencia que formula el pliego de cargos, dedujo con base en las normas pertinentes que el mismo no era susceptible de alzada, conclusión a la que arribó luego de acudir a razonamientos fundados que le dieron convicción sobre el particular. Luego, dicha decisión no desborda los límites de su competencia y, por lo mismo, no está incurso en vía de hecho que justifique la intervención del juez constitucional con facultades para depreciar el mérito de la valoración que en torno de tales circunstancias efectuara el funcionario encariado.

En consecuencia, acota el fallador de instancia, habrá de concluirse que el tema fue debidamente analizado y dilucidado y, por ende, que la tutela deviene improcedente, tanto más si se repara en que los discernimientos esbozados en las providencias, consultan racionalmente los criterios de interpretación de las normas y los fundamentos de orden lógico que deben preceder a la aplicación de la ley.

Es más, concluye *a quo*, la acción de que se trata es improcedente cuando existe otro mecanismo judicial para reparar el agravio que se dice vulnera derechos fundamentales, y de tal improcedencia es ejemplo elocuente el caso analizado, pues el accionante quiere remplazar los procedimientos por los que normalmente debe pedir lo que por este trámite reclama, a tanto que lo pretendido es la concesión del recurso de apelación contra el auto que formuló el pliego de cargos y, a tal propósito, existe un mecanismo idóneo.

Cierto es que a ese fin interpuso el recurso de súplica e, incluso, su mayor inconformidad radica en la extrañeza que le produce el que no se le hubiera dado trámite al mismo: Sin embargo, dicho medio de impugnación resulta extraño al trámite disciplinario que se aplica en la respectiva jurisdicción cuando al mismo se vinculan abogados y funcionarios judiciales, como con acierto lo señala el auto de 21 de mayo de 1998; desde luego, en tales asuntos se aplican las normas del Decreto 196 de 1971 y, en forma residual, las del Código de Procedimiento Penal, y en ellas no aparece consagrado el susodicho recurso de súplica, y menos que mediante él se pueda obtener la concesión de la alzada que ha sido negada. A ese propósito, el C. de P. P. consagra el recurso de hecho en el art. 207, justamente para "cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación...".

Más, tanto de los hechos que informan la acción como de las copias que remitiera el Consejo Seccional, no se observa que dicho recurso se hubiera interpuesto oportunamente, circunstancia esta de gran trascendencia para efectos de establecer la procedencia de la tutela, pues como se ha venido sosteniendo reiteradamente, este mecanismo extraordinario no es medio del que puedan disponer las partes para replantear las controversias que han transitado por su curso ordinario o normal, porque de aplicarse tal teleología se estaría entronizando un inagotable factor de caos en los trámites judicia-

les con palmario menoscabo de la certeza en las relaciones jurídicas. Por eso, la tutela repulsa al desdichoso, esto es, a quien habiendo tenido a su alcance mecanismos procesales para protestar la decisión del juez que, a su juicio, ha sido dictada con desviación jurídica, no los empleó.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Aduce el accionante que el Tribunal no tuvo en cuenta que el recurso de súplica tiene la misma finalidad que el de hecho, o sea, la de que se conceda una apelación que ha sido denegada.

Por otra parte, que el procedimiento indicado en el Decreto 196 de 1971 no es exclusivo para "llenar sus falencias al procedimiento penal" (sic), pues normas expedidas con posterioridad le quitaron esa inicial naturaleza penal al procedimiento. En efecto, agrega, la ley 20 de 1972 modificó el término de prescripción; el art. 39 del Decreto 1861 de 1989, reguló la consulta en procesos disciplinarios; el Decreto 1975 de 1989, dispone que los procesos disciplinarios con pliego de cargos, siguen el trámite anterior al Decreto 1888 de 1989; y el art. 5 de la Ley 57 de 1887, señala el orden de prelación de los códigos, así: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, etc.

Luego, los vacíos del procedimiento contenidos en el Decreto 196 de 1971, deben llenarse con el procedimiento civil el que contempla el derecho procesal común y general.

En conclusión, el recurso de súplica debe resolverse, no por el magistrado ponente sino por el resto de la Sala, en aras de garantizar el debido proceso. Además, en aplicación del principio de favorabilidad, el auto impugnado, esto es, el que ordena la apertura del pliego de cargos, es apelable, al menos, en el efecto devolutivo y por tanto, el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria debe concederse, lo que implica que la acción de tutela está llamada a prosperar como en efecto lo reitera.

CONSIDERACIONES

1. Entre los derechos fundamentales protegidos por la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Carta Política, se halla el del debido proceso, el que como tal, reconoce el artículo 29 *ibidem*, norma que impone su aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, en estos términos: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

La omisión de dicha garantía conlleva la violación del derecho de defensa y, por ende, coloca al procesado o inculcado en estado de indefensión, el cual, como es sabido, se produce cuando la persona, sin culpa de su parte, no ha podido defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

2. El mecanismo extraordinario de que se trata, sin embargo, dado el carácter eminentemente residual que lo distingue, no puede utilizarse como

medio adicional a los ordinarios establecidos por el legislador para la composición de las diversas controversias y conflictos que surjan en los distintos campos de la vida en sociedad, salvo que se esté en presencia de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y que, por supuesto, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues en tal evento, la urgencia de amparar tal derecho impone la intervención judicial inmediata, aunque transitoria, atendida la consideración de que la decisión del juez ordinario podría ser tardía ante una situación grave ya creada.

3. Ahora bien, en frente de providencias y actuaciones judiciales, la tutela, por regla general, no procede pues como tantas veces se ha dicho y repetido, en procura de la autonomía e independencia que caracterizan la administración de justicia y en guarda de la seguridad jurídica, no es conveniente, en principio, que las actuaciones jurisdiccionales puedan impugnarse por fuera del proceso en que fueron proferidas, dado que allí los sujetos procesales cuentan normalmente con oportunidades de defensa idóneas a tal fin. Por manera que si al interior de la controversia judicial existen mecanismos que permiten conjurar los yerros en que incurriere el juez, o si la decisión judicial no comporta una abierta u ostensible transgresión del ordenamiento legal, o si no se hallare desprovista por completo de justificación jurídica, o si la valoración que de las pruebas se hizo no riñe palmariamente con las reglas de la sana crítica y la lógica aplicable, o si obedece a una interpretación normativa que no es opuesta a la razón, resulta apenas obvio que ella sea invulnerable a la acción de tutela.

4. En el caso que ocupa la atención de la Corte, el amparo constitucional de que se trata, se dirige contra las providencias judiciales a las que ya se hizo mención anteriormente, acusándoselas de estar incursas en vía de hecho así:

La calendarada el 3 de abril de 1998, por haber denegado el recurso de apelación interpuesto en subsidio del de reposición formulado contra el auto de 6 de marzo de 1997, por medio del cual se le abrió pliego de cargos como posible infractor del numeral 2 del art. 52 del Decreto 196 de 1971, acudiendo para ello a una interpretación exegética del art. 73 del Decreto 196 de 1971 y sin haber examinado la legislación posterior y, con ella, el principio de favorabilidad, en orden a la concesión del recurso en el efecto devolutivo, al menos (fls. 21-28 y 31-37, c-1).

La de 21 de mayo de 1998, por haber rechazado por auto de cúmplase, el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 3 de abril de 1998, denegatoria del recurso de apelación a que antes se aludió, como también por haberse dictado por el Magistrado Ponente y no por el que "sigue en turno" (sic) (fls. 29 y 39-41, lb.)

Examinadas tales decisiones se advierte de la primera de ellas, que la negativa a conceder el susodicho recurso de apelación estuvo precedida la siguiente consideración: "... no se cumple la segunda hipótesis del inciso

segundo del artículo 73 del decreto 196 de 1971, vale decir, "... que la denuncia fuere rechazada...".

De acuerdo con lo anterior, tal decisión no fue inopinada, o lo que es lo mismo, no obedece al solo capricho o arbitrariedad del fallador, sino que por el contrario se fundó en una razón de orden legal clara y tajante; en otros términos, no se ensañea allí la vía de hecho enrostrada por el accionante. Otra cosa es que éste no comparta dicha apreciación jurídica, pero tal disenso no puede plantearlo en sede de tutela para pretender, por este medio, la modificación de la decisión por cuanto, en estos casos le está vedado al juez constitucional invadir la órbita del otro juzgador, porque ello conllevaría el quebrantamiento de los principios reguladores de la competencia y la seguridad jurídica que le son esenciales al ordenamiento jurídico.

Es más, mal podría haber aplicado el art. 202 del C. de P. P. como lo pretende el peticionario, siendo que, por una parte, el supuesto de hecho de que se trata se contempla en el precitado art. 73 del Decreto 196 de 1971, que es norma especial aplicable al trámite disciplinario en cuestión; y, de otra, por estar de por medio el art. 90 *ibidem* que dispone: "En lo no previsto en el presente título se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal".

En relación con la segunda de dichas decisiones, es de observar que los motivos por los cuales se le ataca no son de recibo, de un lado, porque como lo apuntara el *a quo*, el recurso de súplica es extraño al procedimiento que se aplica en la jurisdicción disciplinaria, en tratándose de abogados y funcionarios judiciales, a tanto que al no estar previsto en el Decreto especial que rige la materia (196 de 1971), se aplica por remisión del art. 90 de tal estatuto, el art. 207 del Código de Procedimiento Penal que consagra el recurso de hecho para "... cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación...".

Por otra parte, al ser manifiestamente improcedente el susodicho medio de impugnación y, por lo mismo, implicar su interposición una dilación manifiesta del proceso, bien podía rechazarse de plano como se hizo, en aplicación analógica del art. 38-2 del Código de Procedimiento Civil, así no se le hubiere mencionado.

Por lo demás, la susodicha decisión se tomó en consideración a que "tal recurso no está consagrado en la normatividad disciplinaria del abogado, ni tampoco en el Código de Procedimiento Penal". Es decir, obedece a razones legales atendibles y, por ende, tampoco está incurso en vía de hecho lesiva del derecho al debido proceso.

5. Resultando, entonces, improcedente el amparo suplicado, la confirmación del fallo impugnado se impone y así se dispondrá.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por

autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación.

Comuníquese telegráficamente lo acá resuelto a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Sarrancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jarumillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DERECHO A LA EDUCACION: Si el establecimiento educativo aceptó la renovación de la matrícula a pesar del incumplimiento de obligaciones pecuniaras del estudiante, vulnera el derecho cuando transcurrido parte del año lectivo decide cancelarla.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá D. C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*

Ref.: Expediente N° 5335

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil, mediante el cual resolvió conceder la tutela incoada por Norma Constanza Calderón Morales contra el *Colegio Externado Popular de Bachillerato de Ibagué*

I. ANTECEDENTES

1. La señora Norma Constanza Calderón Morales, obrando en su propio nombre y en el de sus hijas estudiantes de bachillerato, entabló acción de tutela contra el citado centro educativo, con el fin de solicitar la protección de su derecho constitucional fundamental a la educación, consagrado en el art. 67 de la Constitución Política.

2. Los hechos en que fundamenta sus pretensiones se concretan a los siguientes:

2.1. Relata la accionante que sus hijas Eliana Constanza y Andrea Johanna López Calderón, son estudiantes matriculadas en el grado once en el Colegio Externado Popular de Bachillerato, de Ibagué, y que actualmente afrontan dificultades económicas para concluir sus estudios, toda vez que las directivas del centro académico les exigen el pago de las pensiones que adeudan por los años de 1996, 1997 y lo transcurrido de 1998 para continuar asistiendo al plantel; dicha deuda asciende a \$1'500.000.00, que no puede cancelar de una sola vez, razón por la cual solicita la protección de este derecho en favor de las educandas, disponiéndose que le sea autorizado terminar el bachillerato ya que ella, por ser persona conocida, responderá del pago de dichas pensiones mediante abonos como ha venido haciéndolo hasta ahora, es decir, poco a poco.

2.2. La accionante destaca la capacidad, dedicación y buen rendimiento académico de sus hijas, todo lo cual les sirvió para ser beneficiarias de las becas o pases otorgados por el Icetex para cubrir sus estudios, estímulos que hoy resultan insuficientes; también invoca en favor de estas el haber cursado en dicho centro de formación todo el bachillerato, y que sea considerada su situación de madre cabeza de familia.

II. FALLO DEL TRIBUNAL

Las razones que tuvo el Tribunal para conceder la pretensión de la tutela incoada se resumen de la siguiente manera:

1. Previamente a decidir, esa corporación considera pertinente establecer el derecho fundamental que es objeto de reclamación por la interesada, ya que ésta directamente no lo dice. En efecto, dice la Colegiatura que se trata de buscar por la madre el amparo de la educación en favor de sus dos hijas, entre ellas, una menor de edad, por la falta del pago de las pensiones de los años 1996 a la fecha.

2. Luego el tribunal se refiere brevemente a la educación como un derecho de responsabilidad del Estado, la familia y la comunidad, conforme lo ha concebido la doctrina y desarrollado la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en cuyos pronunciamientos ha expresado que "la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura... Corresponde entonces al Estado garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los estudiantes las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo".

Por lo anterior expresa que este derecho no puede ser objeto de actuaciones indebidas de las autoridades públicas o privadas encargadas de su prestación, bien sea imponiendo medidas académicas o administrativas que lo alteren o lo coartan, porque aun cuando para el educando y sus padres o acudientes nazcan las obligaciones económicas derivadas del contrato, el servicio no puede verse suspendido en perjuicio del alumno por el incumplimiento de dichas obligaciones, sin que sea vulnerado el derecho fundamental aducido que por tal razón ameritará su protección constitucional mediante acción de tutela. Así se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-612 proferida en 1992.

3. En consecuencia, dispone el Tribunal el amparo del derecho fundamental a la educación de las alumnas Eliana Constanza y Andrea Johanna López Calderón, consistente en continuar sus estudios de 11 grado en el Colegio Externado Popular de Bachillerato de Ibagué, ya que las directivas de la institución cuentan con acciones judiciales para obtener el cumplimiento del contrato de prestación educativa, en cuanto respecta al pago que por concepto de pensiones de los años de 1996, 1997 y lo corrido del presente año, que las hermanas López Calderón deben al plantel, cuyas directivas

habían convenido su cancelación periódica con la madre de dichas estudiantes.

III. IMPUGNACIÓN

Los argumentos de la impugnación al fallo atacado se resumen de la siguiente manera:

1. El accionado expresa su inconformidad con el fallo, porque considera que el plantel que dirige no vulnera ninguno de los derechos constitucionales que sirvieron de fundamento orientador para conceder la tutela del derecho a la educación.

2. Igualmente manifiesta su oposición al fallo, porque, a su entender, el tribunal aplica erróneamente el principio de la obligatoriedad de la educación, pasando por alto que el precepto legal fija la edad de 15 años, y ninguna de las estudiantes cumple este requisito; incluso, la alumna Eliana López Calderón es mayor de edad.

3. También está en desacuerdo con la decisión, porque la responsabilidad de brindar educación gratuita es exclusiva del Estado, y no pueden los establecimientos privados ser obligados a su financiación, pues las preceptivas consagradas en la ley general de la educación así lo señalan.

Además, resulta inequitativo que los padres de familia pretendan trasladar sus obligaciones económicas a otras personas o entidades amparados en la pobreza, sin tener en cuenta que lo adeudado por las pensiones escolares ha sido diferido con el fin de favorecer su cumplimiento por parte de la accionante y sin entorpecer los estudios de las dos alumnas, cosa diferente es que la madre de éstas ha incumplido permanentemente sus obligaciones y con ello desconocido las facilidades de pago otorgadas por las autoridades del centro docente.

IV. CONSIDERACIONES

1. Es verdad averiguada que la acción de tutela también es un medio idóneo para obtener la protección del derecho constitucional fundamental a la educación cuando se reúnen los requisitos pertinentes para su procedencia.

1.1. Sin embargo, precisa la Corte que si bien la educación es un derecho constitucional fundamental que tiene toda "persona y es un servicio público que tiene una función social" (Art. 67, inc. 1; del C. P. C.), no lo es menos que la garantía de cumplimiento que mediante la creación y puesta en funcionamiento de ese "servicio público" educativo se encuentra asignado fundamentalmente al Estado, quien no solamente debe velar por la educación obligatoria (un año de preescolar y nueve de educación básica) y de su prestación "gratuita en las instituciones del Estado", sino también en la regulación e inspección de dicha educación en estas instituciones públicas y en las privadas. (art. 67 del C. Pol.).

1.2. Pero lo anterior no indica en manera alguna que el derecho a la educación de los menores sea "gratuita" en las instituciones privadas porque así no lo dice la Carta Política, por lo que aquel puede ser oneroso mediante el pago de pensiones y gastos de conformidad como lo indica la ley, tal como suele suceder. Sin embargo, el régimen de onerosidad de estas relaciones educativas privadas no se encuentran establecidas a la libertad plena de los intereses particulares de los establecimientos educativos, ya que, de un lado, se trata de un servicio público que, aunque prestado por particulares, tiene una función social; y, del otro, que a nivel global y particular debe "garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo" (art. 67, inc. 1º. y 4º., del C. Pol.).

1.2.1. Lo anterior explica que la ley general de la educación no solo consagra la posibilidad del cobro de pensiones y gastos, sino que también señala la necesidad de la obligación del pago y su respectiva incidencia en la educación, de tal manera que el establecimiento educativo puede reclamar su pago y el estudiante puede tener derecho a obtener las facultades y beneficios educativos.

1.2.2. Pero también ha dicho esta Corporación que, debido a la necesidad de asegurar "el acceso y permanencia (de los menores) en el sistema educativo", es por lo que se ha aceptado que si un establecimiento educativo admite voluntariamente la renovación de matrícula de un estudiante, a sabiendas de la preexistencia de una deuda pendiente por pensiones y gastos atrasados del período inmediatamente anterior, no puede en forma alguna alegar su existencia, ni mucho menos su incremento posterior, para impedirle los derechos a la educación al estudiante; porque, además de no haberlo considerado inicialmente como requisito para ello, resultaría inhumano alegarlo posteriormente en detrimento del educando, sin perjuicio de que haga las reclamaciones directas o judiciales del caso, o las que surjan para el siguiente período.

2. Desciende la Corte al estudio de la presente impugnación.

2.1. Se trata de una acción de tutela de Norma Constanza Calderón Morales contra el Colegio Externado Popular de Bachillerato de Ibagué, para demandar el amparo del derecho fundamental a la educación en favor de sus hijas Eliana Constanza y Andrea Johanna López Calderón, porque asegura su vulneración de parte del Colegio Externado Popular de Bachillerato, en razón a que sus directivos les impiden el ingreso al citado plantel, con la consecuencia de perder la posibilidad de culminar sus estudios de bachillerato en el presente año lectivo, como sanción por no estar al día en el pago de las pensiones, no obstante haber acordado cancelar periódicamente estas obligaciones; además de no considerar su condición de madre cabeza de familia con limitaciones económicas, y el muy buen desempeño académico y disciplinario de sus hijas, así como el hecho de haber cursado en este centro docente todo el bachillerato.

El Tribunal accedió a lo pedido, porque estima que las alumnas no pueden ser privadas de su derecho a estudiar y formarse culturalmente, como lo consagra la Constitución Nacional, además de ser ajenas al incumplimiento de un contrato de prestación de este servicio celebrado entre el colegio y su progenitora. Pero sobre todo porque la institución, a más de haber tolerado formas de pago parciales durante varios años, ahora reclama su cancelación total condicionando la permanencia de las dos alumnas matriculadas en el último año, a esta modalidad de pago, cuenta con las acciones judiciales que le permiten hacer valer sus derechos patrimoniales en este asunto.

En cambio el accionado, en su impugnación, manifiesta que los fundamentos en que el Tribunal hace descansar el fallo son equivocados, pues éstos se refieren a otros derechos constitucionales como la igualdad y el derecho de los menores, entre otros, que en modo alguno han sido transgredidos por el centro educativo.

También expresa su discrepancia respecto del criterio del fallador para apreciar el aspecto de la obligatoriedad de la educación, pues el precepto realmente fija la edad de 15 años para este derecho, y ambas estudiantes superan esta edad, siendo, incluso, la alumna Eliana López Calderón mayor de edad. Recuerda que la educación gratuita es responsabilidad exclusiva del Estado. Finalmente, reprocha la actitud asumida por la accionante de incumplir sus obligaciones personales amparada en su condición de persona pobre para evitar el pago de las pensiones de sus hijas, no obstante las facilidades otorgadas por el plantel.

2.2. En este orden de ideas no encuentra la Corte razón para modificar el fallo atacado

2.2.1. Ciertamente, como lo dice el Tribunal, el accionado, al momento de la renovación de la matrícula para el año de 1998 de las estudiantes Eliana Constanza y Andrea Johanna López Calderón, sabía el accionado que la madre de estas alumnas adeudaba al colegio una suma superior a \$1'000.000 que prometía cancelar de alguna manera.

Luego, se trató de una obligación que en su momento no fue considerada como obstáculo para la matrícula, razón por la cual no puede posteriormente tomarse retroactivamente como hecho para proceder a la suspensión de parte de sus derechos, ni mucho menos para su cancelación.

2.2.2. Además, si bien los reglamentos dicen que el colegio Externado Popular de Bachillerato es un establecimiento privado sin ánimo de lucro, que se sostiene con el recaudo de las pensiones, lo cierto es que, de un lado, el accionado exoneró la aplicación en el asunto de interés económico privado, que ahora no puede retractarse sin consentimiento del beneficiario; y, del otro, porque la actitud de impedir a las alumnas López Calderón el ingreso al mencionado centro educativo para proseguir sus clases en el presente año lectivo no obedece a ninguna sanción disciplinaria y, en caso de estimarlo

asi, habría de considerarse adoptado con violación del derecho al debido proceso.

2.3. En consecuencia, el fallo debe mantenerse.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de fecha y procedencia preanotada.

Notifíquese a las partes interesadas, comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto, y ofíciase.

Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: No es procedente la tutela para obtener la terminación del proceso con base en una decisión penal que, desconociendo el restringido alcance del artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, dispone la cancelación del cheque que es base de cobro coactivo ante la autoridad accionada.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 5279

Despacha la Corte la impugnación formulada por el señor *José del Carmen Hernández*, por intermedio de apoderado judicial, contra el fallo de diez (10) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por medio del cual se accedió a la solicitud de amparo constitucional pedido por la señora *Carlina Bueno de Castellanos* contra el *Juzgado Segundo Civil Municipal* de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. Sin elevar petición alguna en concreto, busca la accionante que, haciendo actuar la tutela como mecanismo transitorio y a fin de evitar para sí un perjuicio irremediable como sería el remate de un bien inmueble que es de su propiedad, se brinde protección a sus derechos consagrados en los artículos 29 y 89 de la Constitución Nacional, los cuales estima conculcados por la funcionaria accionada con las actuaciones que ha realizado en el proceso ejecutivo que el señor *José del Carmen Hernández* (impugnante) adelanta en el *Juzgado Segundo Civil Municipal* de Bucaramanga en su contra y en contra de su hijo *José Orlando Castellanos Bueno*.

2. Son hechos sustentatorios de la queja, los que pasan a compendiarse:

2.1. Con base en un cheque girado a su favor por su hijo *José Orlando Castellanos Bueno* y supuestamente endosado por ella, lo que no es cierto como quiera que a ningún título ha suscrito ese instrumento, el señor *José del Carmen Hernández* promovió y adelanta el proceso ejecutivo arriba referenciado.

2.2. En tal juicio, sin siquiera notificársele, se embargó un bien inmueble de su propiedad, de lo que tuvo conocimiento en razón a que de manera reciente solicitó y obtuvo la expedición de un certificado de matrícula inmobiliaria del mismo, en donde aparece la nota de la comentada medida cautelar.

2.3. Debido a la información que le fue suministrada en el juzgado donde se sigue la ejecución, consistente en que el inmueble ya se encontraba para remate, y a fin de evitar la pérdida del bien, procedió a realizar dos abonos, uno de \$500.000.00, que no fue aplicado a la deuda recaudada en dicho proceso, y otro de \$1.600.000.00, del que sí se hizo la respectiva imputación.

2.4. No habiendo la accionante suscrito a ningún título el documento base de la mencionada ejecución, formuló ante la Fiscalía General de la Nación la correspondiente denuncia penal, que ameritó la apertura de la investigación y, después de realizarse un dictamen grafológico que da cuenta del carácter apócrifo del endoso a ella atribuido, que se impusiera a los procesados *José Orlando Castellanos Bueno* y *José del Carmen Hernández* medida de aseguramiento por el delito de falsedad en documento privado, precluyéndose la investigación por el delito de fraude procesal. Igualmente, con ese fundamento probatorio y con respaldo en el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía dispuso la cancelación de dicho título valor y ordenó la terminación del señalado proceso ejecutivo.

2.5. Informado el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bucaramanga de las decisiones adoptadas por la Fiscalía, su titular declaró la terminación del proceso respecto de la aquí peticionaria y decretó la desvinculación de sus bienes de ese recaudo coactivo, proveído que recurrido en apelación por la parte ejecutante fue revocado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esa misma capital, quien, consecuentemente, ordenó el adelantamiento del asunto, tal y como viene ocurriendo, al punto que el Juzgado del conocimiento, en atención a solicitud formulada por el demandante, decretó el secuestro y remate del inmueble embargado.

2.6. En su sentir, la accionante no está llamada a responder por la deuda materia de la comentada ejecución, que es sólo de su hijo, sin que, de otra parte, ella esté legalmente obligada al pago de los créditos de *José Orlando Castellanos Bueno*, al ser él persona mayor de edad.

3. La Secretaria del Juzgado accionando, mediante el oficio que milita a folios 61 y 62 del cuaderno principal, rindió el informe que le fuera solicitado por el Tribunal, dando cuenta de la existencia del proceso ejecutivo en cuestión; que en él, una vez notificados en debida forma los ejecutados de la orden de pago librada en su contra, se dictó el 18 de noviembre de 1996 sentencia de seguir adelante la ejecución en la forma del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil; y, que atendiendo la orden expedida por la Fiscalía y comunicada a través del oficio 5620, esa oficina, con auto de 14 de julio de 1997, "dispuso declarar terminado el proceso respecto de la señora *Carlina Buenc de Castellanos*, levantar las medidas decretadas sobre los bienes de su propiedad y la devolución de los dineros que hubiese consignado", providen-

cia que por virtud de la apelación planteada por la parte demandante, fue revocada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito, quien dispuso "que no había lugar a terminar el proceso respecto a dicha señora".

Sobre el estado actual del proceso, precisó que en su trámite principal, al momento del informe, corre la ejecutoria del auto que resolvió sobre la objeción que se propuso en cuanto a la liquidación del crédito; en lo tocante a las medidas cautelares, indica que se encuentra embargado y secuestrado el inmueble con matrícula inmobiliaria "300-0045-430 y 300-008.850 de propiedad de *Carlina Bueno de Castellano* (sic)" y los remanentes o los bienes que se lleguen a desembargar como de propiedad de *José Orlando Castellanos* en los procesos que a su vez relaciona. Puntualiza que a ese mismo momento, el de elaboración del informe, no hay bienes valuados y que la demandada *Bueno de Castellanos* "Ha efectuado abonos para que se tengan en cuenta dentro de este proceso por las sumas de \$1'600.000.00 y \$3'532.000.00".

4. El fallador constitucional de primer grado, mediante auto de 7 de julio último, a más de dar el impulso pertinente a la solicitud de tutela y de disponer las pruebas que estimó apropiadas, previó la citación a este proceso de tutela de *José del Carmen Hernández* "pues las determinaciones que se tomen en este informativo podrían afectarlo" y luego, con auto del día 9 de ese mismo mes, ordenó igualmente la citación del señor Juez Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga, aduciendo que "puede resultar afectado por la providencia que aquí habrá de dictarse (sic)...".

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, después de referirse a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, colige que la determinación de segunda instancia, adoptada en el proceso ejecutivo sobre el que versa la queja por el señor Juez Quinto Civil del Circuito, es una vía de hecho, en la medida que: no es cierto que doña *Carlina Bueno de Castellanos* dispusiera al momento de su proferimiento del recurso de revisión para atacar la sentencia dictada en ese asunto; desconoce la orden impartida por la Fiscalía quien, considera, era competente para decretar la cancelación del título valor base del memorado recaudo ejecutivo; se imponía, frente a la comprobación de que la nombrada ejecutada era un "no deudor", impedir el cumplimiento de la sentencia dictada en esa controversia para, a su vez, no propiciar la realización del remate de los bienes de propiedad de ésta, tal y como de antes lo ha dicho esa misma Corporación en otros casos llegados a su conocimiento.

Con esa base, en últimas, el *a quo* resuelve tutelar los derechos al debido proceso y a la propiedad privada de la accionante y con ese propósito, deja sin efectos el auto de 25 de marzo de 1998 del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga y, adicionalmente, ordena al Juzgado Segundo Civil Municipal de la misma ciudad "que mientras la Justicia Penal se pronuncia mediante sentencia en firme respecto del reato denunciado por *Carlina Bueno de Castellanos* el 9 de diciembre de 1996 ante la Unidad de Patrimonio Económi-

co de la Fiscalía General de la Nación de la ciudad, quedan en suspenso ... (sic) en virtud a mandas de la justicia criminal, todos los pasos tendientes a hacer efectiva contra la mencionada Señora de Castellanos, la sentencia en firme del art. 507 del C. de P.C. que el Juzgado 2°. Civil Municipal de B/manga dictó en su contra el 18 de noviembre de 1996" y que "Una vez que la rama penal se pronuncie en definitiva, la Señora Juez Civil reexaminará si es del caso proseguir con la mencionada realización de su sentencia, o si definitivamente la 'obligación'; que no el proceso, se extinguió... (sic) para aplicar analógicamente al (sic) art. 537 del C. de P.C."

LA IMPUGNACION

El señor *José del Carmen Hernández*, por intermedio del abogado que lo apodera en el tantas veces citado proceso ejecutivo, impugna la sentencia de primera instancia, la cual solicita sea revocada, para lo que, en síntesis, plantea que el trámite dado a la acción coactiva en mención se ha ajustado plenamente a las normas procedimentales civiles reguladoras de ese tipo de juicios, por lo que, concluye, no puede hablarse de la vulneración del derecho al debido proceso de la peticionaria. De otra parte estima, que el derecho a la propiedad en el caso *sub lite* no ostenta el carácter de fundamental. Agrega que la promotora de la queja dispone de otro medio ordinario de defensa, cual es el recurso de revisión contra la sentencia que con respaldo en el artículo 507 de la ley de enjuiciamiento civil se proferió en ese asunto ejecutivo, subrayando el carácter subsidiario del remedio constitucional de la tutela. Finalmente con fundamento en el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991, advierte sobre la caducidad de la acción de tutela intentada.

CONSIDERACIONES

1. Como de manera permanente lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, por vía de argumentación general, la acción de tutela es improcedente cuando se la emplea para combatir providencias judiciales, pues en procura de la autonomía e independencia de los jueces y en guarda de la seguridad jurídica no es conveniente, en principio, que dichos actos puedan impugnarse por fuera del proceso mismo en que resultaron proferidos, dentro de los cuales los sujetos procesales cuentan normalmente con las oportunidades de defensa pertinentes.

Con todo, también así se ha puntualizado, sólo por vía de excepción procede la tutela frente a proveimientos de ese orden, cuando, no disponiéndose de medio ordinario de defensa, ellos representan el fenómeno que ha dado en llamarse "vía de hecho judicial", por la que se entiende una actividad de conducta jurisdiccional que en cuanto fruto del capricho o del parecer irracional, no tiene ningún fundamento legal.

2. Asumida la cuestión fáctica que sirve de respaldo a la queja iniciadora de este diligenciamiento, precisa la Corte, que el reproche formulado por vía de la tutela examinada se centra en el hecho de haberse continuado con la tramitación del proceso ejecutivo en que figura como demandada la aquí

accionante, dentro del cual -valga desde ya acotarlo- está en firme la sentencia de seguir adelante la ejecución dictada con base en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil y se encuentra embargado y secuestrado un bien inmueble de su propiedad, cuando la Fiscalía Segunda de la Unidad de Patrimonio Económico de la Fiscalía General de la Nación, con sede en la ciudad de Bucaramanga, en el curso de la investigación que por el delito de falsedad en documento privado sigue en contra del ejecutado señor *José del Carmen Hernández* y del otro ejecutado señor *José Orlando Castellanos Bueno*, con apoyo, de un lado, en un expertato grafológico que indica la falsedad de la firma que como endoso, supuestamente realizado por la reclamante del amparo, aparece en el instrumento y, de otro, en el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, dispuso "cancelar el mencionado título valor..., con el fin de que se finalice la actuación surgida con base en el título espúreo".

3. Se desprende del informe que en su momento rindió la Secretaría del Juzgado Segundo Civil Municipal de Bucaramanga, en armonía con los restantes elementos de juicio con que aquí se cuenta, que la accionante en tutela fue notificada de la orden de pago librada en su contra dentro de la acción ejecutiva que en el mencionado juzgado le sigue el señor *José del Carmen Hernández* y que dentro de la oportunidad que fija el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, no propuso excepciones, ni tachó de falso el cheque fundamento de ese recaudo en lo concerniente a la firma que como de ella en él aparece a título de endoso.

Así mismo, que debido a la posición asumida por la señora *Bueno de Castellanos* y, adicionalmente, al hecho de que el otro ejecutado, representado en ese asunto por curador *ad litem*, tampoco planteó excepciones, el Juzgado, acatando para ello el expreso mandato del artículo 507 de la ley de enjuiciamiento civil, profirió sentencia de seguir adelante la ejecución.

También que con independencia del aludido proceso civil, la aquí peticionaria formuló denuncia penal relacionada con el hecho de figurar en el cheque base del memorado recaudo ejecutivo su firma, sin ella haber suscrito ese documento a ningún título, lo que dio lugar a la apertura de la investigación respectiva y a que en su desarrollo, se practicara un dictamen grafológico que, en síntesis, indica que la firma que como de doña *Carlina Bueno de Castellanos* aparece como endoso en el instrumento cartular no fue impuesta por ella, ni corresponde a la que utiliza habitualmente en sus actos, de donde, concluye, que dicha rúbrica es falsa, probanza que determinó para la Fiscalía Segunda de la Unidad de Patrimonio Económico de Bucaramanga ordenar, con respaldo en el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, la cancelación del referido título valor y la terminación del proceso ejecutivo de conocimiento del Juzgado Segundo Civil Municipal de esa misma ciudad, en cuanto hace a la nombrada ejecutada.

4. Ahora bien, si como lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional, la tutela no es un instrumento que pueda utilizarse para vadear o sustituir los medios ordinarios de defensa con que cuentan las personas vinculadas a un

proceso judicial), es palmario que la demanda de amparo aquí impetrada deviene improcedente, pues según se deja comentado, su promotora, y ejecutada en el proceso de que se trata, gozó de la oportunidad de plantear excepciones dirigidas a enervar la acción de cobro propuesta en su contra (art. 509 del C. de P.C.) y de tachar de falso el cheque arrimado a ese asunto como base de la cobranza en lo tocante a la firma que como de ella en él aparece (art. 289, ib.), sin que de tal manera hubiese procedido.

5. En el supuesto de aceptarse la procedencia de la petición de tutela, es del caso advertir que dicha reclamación no estaría tampoco llamada a prosperar, por cuanto, si como ya lo tiene precisado esta misma Sala, "para que la tutela contra vía de hecho judicial se abra paso, requiere adicionalmente que con ella se logre una protección efectiva del derecho fundamental quebrantado, porque ninguna utilidad práctica tendría acceder a dicha petición si, por ejemplo, alguna otra consideración de tipo legal que por fuerza hubiese que hacer actuar, determinara la reproducción de un pronunciamiento judicial cuyo contenido, visto en un sentido determinado, representa en esencia o en lo fundamental aquello de lo que justamente se duele el accionante" (Sent. de 22 de septiembre de 1997, Exp. No. 4399), se impone subrayar que la cancelación que del título valor fundamento de la tantas veces citada ejecución hizo la Fiscalía encargada de la investigación penal surgida con ocasión de la denuncia formulada por la señora *Bueno de Castellanos*, así como la orden que impartió para que ese procedimiento de cobro terminara en lo tocante a la nombrada ejecutada, no eran decisiones atendibles por parte de los jueces civiles encargados del conocimiento de tal juicio ejecutivo, por no ajustarse a las previsiones del artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, que reza:

"En cualquier momento del proceso en que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad de bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo del asunto ordenará la cancelación de los títulos y del registro respectivo.

"También se ordenará la cancelación de la inscripción de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.

"Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se estén adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que finalicen las actuaciones correspondientes" (Cursivas fuera del texto).

Se comprende, que siendo esa una norma eminentemente sancionatoria y, por ende, de interpretación restringida, su aplicación debe sujetarse a los únicos eventos que ella expresamente consagra y que, consecuentemente, para el caso de los títulos valores, la cancelación que autoriza sólo puede recaer en cuanto el registro de aquellos "sujetos a esa formalidad", característica que no es predicable de los cheques. Siguese, entonces, que con base en tal precepto, no podía la respectiva autoridad penal disponer, como lo hizo,

la cancelación del cheque materia de la cobranza ejecutiva y, menos, que ese asunto judicial terminara, circunstancia que por sí hace imposible atender la queja de la actora en tutela para que se provea sobre la terminación del proceso ejecutivo en cuestión y sobre el desahucio cautelar de sus bienes, ni siquiera entendida la demanda de amparo como mecanismo transitorio, más cuando aquí no aparece acreditada la causación para ella de un perjuicio irremediable, tal y como lo exige el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991.

6. Siendo esas las conclusiones de la Sala, por contera, y al tenor de lo estatuido en el propio artículo 86 de la Carta Política en armonía con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, se impone revocar la sentencia impugnada para, en su defecto, denegar la solicitud de amparo constitucional por improcedente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo de diez (10) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, y, en su defecto, NIÉGA por improcedente la solicitud de tutela origen de este diligenciamiento. Por el Juzgado Segundo Civil Municipal de la indicada ciudad, téngase en cuenta lo previsto en el artículo 7° del Decreto 306 de 1992.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y al apoderado judicial del impugnante; remítase copia auténtica de este fallo al Juzgado Segundo Civil Municipal de Bucaramanga; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Oficiese como corresponda.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO DE CONCORDATO: Ante el incumplimiento de un concordato anterior a la expedición de la Ley 222 de 1995, la normatividad aplicable es la del Decreto 350 de 1989. Por tanto, la entidad accionada debería haber iniciado un incidente en el cual las partes gozarán de su derecho de defensa y prueba; su omisión genera la vulneración amparada.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santa Fe de Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Planetta*

Ref.: Expediente N° 5317

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, mediante el cual resolvió conceder la tutela incoada por María Victoria Agudelo Oquendo y otros contra la Superintendencia de Sociedades.

I. ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos María Victoria Agudelo Oquendo, Guillermo León Alzate Garcés, Silvia Arias Torres, María Gabriela Arroyave Zapata, Lorenza Atehortúa Rodríguez, Carlos Mario Aguirre Villa, Saul de Jesús Barrera Muñoz, Sergio Bedoya Valencia, Jorge Oriando Bedoya Arango, Jorge Humberto Bedoya Zapata, Leonel de J. Betancur Villada, Wilde Santander Benítez Rodríguez, Jhon Jairo Betancur Tobón, Gildardo Antonio Blandón Giraldo, Nicolás Albeiro Calderón Galeano, Francisco Alfonso Calle Cuervo, Julio César Caro Hernández, Alis Castro Vanegas, Fabián Alonso Cañas, Luis Jaime Cañas Suárez, Janeth Damaris Casas Muñoz, Carlos Mario Cardona Gutiérrez, Mafredy Durango Oviedo, Marcelina Gallego Restrepo, Alberto Antonio Gil Montoya, Edgar Foronda Ospina, Ana Cecilia Fonnegra Fuentes, Ramón Eduardo Galvis Montoya, Guillermo León Gil Alzate, Jaime Alberto García Tobón, Germán Leonardo García Monsalve, William Gil Loatza, Emilse Alicia Gutiérrez, Uriel de Jesús Gil López, Edgar León Gil Restrepo, Diana María Hernández Rivillas, Gregorio Alberto Hernández Henao, José Luis Henao Mora, Noel Alfonso Hernández Jiménez, Germán Hoyos Rojas, José Ever Isaza Galvis, Esteban Isaza Salar, María Isabel Jaramillo Marín, Martha Elena Jaramillo Mesa, Amelia del Socorro Jaramillo Viana, Jaime Alberto Jaramillo Viana,

Maryluz López Angulo, Eyder Loaiza Lozano, Miriam del Socorro Marulanda Pérez, Teodoro Hernán Martínez Bustamante, Jhon Fredy Mejía Tabares, Magnolia Gómez Mesa, Juan de Jesús Molina Gallego, Robinson Muñoz Flórez, Carlos Arturo Monsalve Monsalve, Luis Alberto Orozco Jiménez, Jairo Orozco Villegas, Ana Lucía Osorno Sánchez, Omar Fernando Ortiz Gaviria, Jhon Fredy Ospina Marin, José Fernando Ospina Ramírez, Centi María Ospino Martínez, Nora Elena Pantagua Alvarez, Francisco Alexander Pulgarín Echeverri, Alba Cecilia Quiroz, Pilar del Socorro Quiroz de Areiza, Jorge William Ramirez Ramirez, María Luisa Ramirez Medina, Luis Carlos Rengifo López, Ramiro Arley Sánchez Arredondo, Gloria Patricia Restrepo Osorio, Luis Fernando Rojas Morales, Aída del Socorro Salazar González, Luz Elena Salazar Ocampo, Manuel Antón Salazar Valencia, William Serna Cardona, Luz Enid Tamayo Cañas, Jalme Alonso Uribe Cano, Gloria Estella Uribe Zapata, Juan Fernando Tobón Peña, Didier Adolfo Torres Enao, María Elsy Velásquez Torres, Carlos José Zapata Gaviria, Hugo de Jesús Vanegas Benitez y la Sociedad Industrias Crisaza S.A., representada por Silvia Arias Torres, actuando a través de apoderado judicial, entablaron acción de tutela contra la Superintendencia de Sociedades con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y al trabajo, consagrados en los arts. 29 y 25 y respectivamente, de la Constitución Política.

2. Los hechos en que fundamenta sus pretensiones se concretan a los siguientes:

2.1. Manifiesta el apoderado judicial de los accionantes que la Superintendencia de Sociedades, profirió el auto Nro. 410-610-3926 del 5 de septiembre de 1995, por el cual admite a la empresa Industrias Crisaza Comandita por Acciones, el trámite de un concordato preventivo obligatorio con sus acreedores con sujeción a lo normado en el Decreto 350 del 1989.

2.2. Igualmente afirma que dentro del trámite concordatario fue acordado el 11 de diciembre de 1987, pagar a todos los acreedores el capital y un interés del 12% anual sobre saldos insolutos; con relación a la DIAN, uno de los acreedores, quedó estipulado cancelar el capital en diez (10) cuotas mensuales a partir de enero de 1998, con la garantía de constitución de prenda sin tenencia sobre bienes de la Sociedad, y los intereses se cubrirían con bienes muebles o inmuebles en noviembre del mismo año. El acuerdo aprobado por los acreedores quedó pendiente de ser formalizado entre la deudora y la DIAN y el municipio de Medellín dentro de los noventa (90) días siguientes, so pena de que los dos acreedores denunciaran ante la accionada el incumplimiento del acuerdo. Agrega que la Superintendencia de Sociedades impartió su aprobación al acuerdo por auto de 11 de diciembre de 1997, tras considerar que cumple los requisitos legales previstos en el Decreto 350 de 1989, y ninguno de los interesados recurrió la decisión ni demandó su nulidad ante la jurisdicción contenciosa, sino que en marzo de 1998, la DIAN objetó ante la Supersociedades el acuerdo al rechazar la tasa del 12 % anual de intereses, alegando que eran inferiores a los indicados en el estatuto tributario, a la vez que manifestó que estaba en términos para impugnar por-

que el acuerdo se encontraba suspendido por tres (3) meses, es decir, por el plazo para formalizar el pacto. Por tal razón solicita la declaración de incumplimiento del concordato celebrado.

2.3. Dice luego el abogado de los accionantes que la Superintendencia de Sociedades expidió el auto 2936 de abril 15 de 1998, mediante el cual convocó a la Sociedad deudora y a los acreedores a la audiencia de incumplimiento para el día 29 siguiente, habiendo interpuesto la deudora el recurso de reposición contra la decisión y pedido su revocatoria, porque no se da el incumplimiento, ni los procedimientos previstos en los artículos 135 y 137 del C.P.C. o normas del C.C.A. para establecerlos, pues no se da el trámite adecuado por la accionada.

Sin embargo, el auto fue confirmado porque, a juicio de la accionada, faltaba el cumplimiento de la condición suspensiva y era procedente la objeción de la DIAN por estar oportunamente presentada; de allí que fijara la fecha del 17 de julio del presente año para la audiencia de incumplimiento, cuya realización fue suspendida.

II. FALLO DEL TRIBUNAL

Las razones que tuvo el Tribunal para conceder parcialmente la tutela incoada se resumen de la siguiente manera:

1. De entrada, dice el fallador, encontrar el quebranto del derecho fundamental al debido proceso aducido por los accionantes, producido con la decisión adoptada por la Superintendencia de Sociedades de convocar a audiencia de incumplimiento del concordato preventivo obligatorio celebrado entre Industrias Crisaza Comandita por Acciones y sus acreedores.

A tal conclusión arriba, continúa, después de examinar detenidamente el acopio probatorio que muestra que la accionada profirió la decisión impugnada sin el cumplimiento de los requisitos de trámite que por mandato del artículo 37 del Decreto 350 de 1989 está obligada a desarrollar en el concordato mencionado, pues advierte que a este conflicto no es susceptible de aplicársele las normas de procedimiento señaladas en la Ley 222 de 1995.

2. Considera esa colegiatura que la lesión del derecho al debido proceso es evidente porque la accionada omitió el trámite incidental para debatir el incumplimiento y poder adoptar la decisión de convocar o no a la audiencia de incumplimiento. Anota que la solicitud de la DIAN debió estar acompañada de las pruebas sumarias de los hechos, y hacerse las notificaciones según el citado artículo 37 del Decreto 350 y continuar su trámite y deliberaciones, cuya "decisión tiene que tomarse en la providencia que decide el incidente", con lo cual se garantiza que no sea posible decidir sin oír a los presuntos afectados, circunstancia que, repite, no ocurrió en este asunto.

3. El Tribunal desestima lo relacionado con el derecho al trabajo también reclamado por los interesados en su amparo, porque considera que aquel queda igualmente asegurado con la tutela parcialmente concedida.

III. IMPUGNACIÓN

Los argumentos de la impugnación al fallo atacado se resumen de la siguiente manera:

1. Sostiene el abogado de la accionada que ésta cumple funciones jurisdiccionales en el trámite de los concordatos que se siguen tanto por el Decreto 350 de 1989 como aquellos regulados por la Ley 222 de 1995. Que si bien estas actividades son propias de los jueces ordinarios, también lo es que la Constitución Nacional en el artículo 116, confiere a las autoridades administrativas facultades jurisdiccionales con arreglo a la ley, como dice ser el presente caso; de tal manera que su actuación en el concordato debatido tiene este carácter y no el administrativo, con la consecuencia de que al ser providencias judiciales, su impugnación ante el juez constitucional de tutela no resulta procedente, a menos que la actuación atacada sea realmente una vía de hecho; y, en su criterio, el proceder administrativo no reviste tales características por haber sido el fruto de la razonada interpretación de la ley.

2. El apoderado de la accionada afirma que la normatividad sobre concordato no dispone que sea necesario el incidente con el fin de investigar el incumplimiento del acuerdo concordatario-preventivo obligatorio, sino que consagra la audiencia para obviar la liquidación de la compañía; en cambio, la regulación del concordato preventivo tiene un trámite contrario, en el cual si es indispensable el incidente para demostrar el incumplimiento.

3. De otra parte, reitera el abogado que la sociedad accionante denigra de su propio compromiso suscrito, cuando no admite la audiencia de incumplimiento, señalada en el artículo 58 del Decreto 350 de 1989, no obstante que la Supersociedades no estaba obligada a la iniciación de un trámite incidental que la ley no prevé, repite, para el concordato preventivo obligatorio.

4. Por último, la accionada reprocha la actitud de la peticionaria de amparo, porque estima que lo perseguido realmente por ésta es eludir las decisiones que a la luz de la ley adoptó el juez del concordato, promoviendo una acción de tutela en la que pide la suspensión provisional de la medida (audiencia de incumplimiento), la cual efectivamente obtuvo con la orden del Tribunal plasmada en una desafortunada providencia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Insiste la Corte en el carácter excepcional de la acción de tutela, aún cuando se trate de la garantía del debido proceso dentro de las actuaciones concordatarias.

1.1. En efecto, como quiera que la protección de los derechos se encuentra sujeta a la jurisdicción ordinaria prevista al efecto, es por lo que el amparo mediante la acción de tutela no solo es excepcional sino limitado a la reunión de los requisitos de preexistencia de un derecho constitucional fundamental, la lesión o amenaza del mismo, la existencia de una acción u omisión ilegítima de autoridad pública o de los particulares, una relación de causalidad entre esta y aquella y la ausencia de medio judicial de defensa.

1.2. Ahora bien, tratándose del derecho al debido proceso ante autoridades administrativas, tiene sentado esta Corporación que ordinariamente no puede ser objeto de amparo mediante acción de tutela. De una parte porque tratándose aquel de una verdadera garantía, no solamente prevé la intervención y mecanismo de defensa dentro de la actuación y la vía gubernativa; y, de la otra, porque contra el acto que le pone fin, aun cuando le afecta derechos sustanciales, además de presumirse legal y válida, también goza de las acciones contenciosas administrativas, que impide la procedencia de la acción de tutela.

1.3. De otra parte, precisa la Sala que en materia de solución de conflictos en empresas en dificultades, el régimen actual le atribuye a la Superintendencia de Sociedades funciones jurisdiccionales y consagra una audiencia de solución de conflicto especial, tal como ocurre, por ejemplo, con el acuerdo concordatario de recuperación, pero no resulta aplicable a los concordatos que se encontraban en curso a la vigencia del artículo 237 de la Ley 222 de 1995, que a la letra dice "Esta ley empezará a regir al vencimiento de los seis meses contados a partir de su promulgación. Los concordatos y las quiebras iniciadas antes de la entrada en vigencia de esta ley, seguirán rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar a regir esta ley. No obstante, esta ley se aplicará inmediatamente entre en vigencia, en los siguientes casos: 1. Cuando fracase o se incumpla el concordato en cuyo evento, en vez de la quiebra se adelantará la liquidación obligatoria. 2. En lo relacionado con el Decreto, práctica y levantamiento de las medidas cautelares consagradas en esta ley". Por otra parte, respecto del trámite de incumplimiento de incumplimiento del concordato, dicho régimen consagra una actuación especial en el artículo 132 de la Ley 222 de 1995, así: "Si algún deudor o el administrador de la Empresa denuncia el incumplimiento del concordato, el Superintendente deberá investigar dicha situación, cuáles fueron sus causas, si hubo responsabilidad de sus administradores, y en caso afirmativo, les impondrá multas hasta de cien salarios mínimos mensuales a cada uno. Si el superintendente, de oficio o a petición del Empresario o de cualquier acreedor, previo estudio financiero de la empresa, verifica que se ha incumplido el concordato y considera que la misma puede ser salvada, podrá convocar al deudor y a los acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados en su totalidad, a audiencia para deliberar sobre la situación y adoptar decisiones que puedan resolverla. en caso contrario, declarara terminado el trámite concordatario y ordenará la apertura del trámite liquidatorio".

Sin embargo, para estos casos el régimen precedente también regulaba el trámite concordatario preventivo potestativo y obligatorio (Decreto 350 de 1989), así como lo atinente a la verificación del cumplimiento a que se llegue. Al efecto, el artículo 37 del Decreto 350 de 1989 prescribe que "Si no se cumple el concordato, el Juez de oficio o a petición de parte, lo declarará terminado mediante incidente. El auto que admita el incidente se notificará personalmente al empresario. Si esto no fuere posible, se notificará por edicto que se fijará en la secretaría por el término de cinco días y copia del mismo se

enviará por correo certificado a la última dirección del empresario que figure en el expediente. Los acreedores serán notificados mediante edicto que se fijará en la secretaría por cinco días, y se publicará por una vez en un diario de amplia circulación nacional y en el lugar del domicilio principal del empresario. La terminación del concordato por incumplimiento no afectará los actos ejecutados en desarrollo del mismo y autorizados en él. El auto que declare terminado el concordato se notificará por estado, y contra el mismo procederán los recursos de reposición y apelación en el efecto suspensivo".

2. En seguida procede la Corte al estudio de la presente impugnación.

2.1. Se trata de una acción de tutela de María Victoria Agudelo Oquendo y otros, para solicitar el amparo inmediato de sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, porque la Superintendencia de Sociedades profirió el auto por el cual convocó a audiencia de incumplimiento por denuncia que en tal sentido hiciera uno de los acreedores (DIAN) de la sociedad deudora involucrada en el concordato preventivo obligatorio acordado, el cual fue aprobado por acreedores y también por la accionada, que ahora omite promover el incidente previsto en la regulación del mencionado concordato cuya misión es investigar el incumplimiento que se alega. Con tal procedimiento considera que le han sido lesionados los derechos aducidos, toda vez que es pretermitido el ordenamiento del Decreto 350 de 1989.

El Tribunal no accedió a lo pedido, porque encuentra evidente la violación del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que la audiencia de incumplimiento fue convocada por la accionada sin agotar previamente las diligencias de investigación correspondientes a fin de que los interesados plantearan sus defensas o debatieran acerca del incumplimiento y, con base en ello, decidiera lo pertinente, tal como es el mandato del Decreto 350 de 1989 aplicable a este asunto por haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 222 de 1995, que así lo dispone. Así mismo, observa que como quiera que el amparo concedido al derecho fundamental del debido proceso, puede asegurar también la garantía del derecho constitucional al trabajo que alude además como lesionado, decide no entrar a examinar el tema.

La accionada, en su lugar, manifiesta que la ley le confiere funciones jurisdiccionales en los procesos concordatarios, por tal razón sus pronunciamientos en estos asuntos tienen el carácter de providencia judicial no atacables por vía de tutela, a menos que en dichas actuaciones se infrinja ostensiblemente la ley o que estas obedezcan al capricho o a la arbitrariedad que la tornen en vía de hecho, situación que en este caso está ausente por tener fundamento en la interpretación de la ley.

De otra parte, insiste en que la normatividad legal sobre concordato preventivo obligatorio no dispone que sea necesario promover incidente para probar el incumplimiento, sino que consagra la audiencia para obviar la liquidación de la sociedad, distinto de lo que sucede en la regulación del concordato preventivo potestativo en donde sí es indispensable el incidente para

demostrar el incumplimiento; ello quiere decir, además, que cuando la propia accionante suscribió el pacto admitiendo la audiencia de incumplimiento señalada en el artículo 58 del Decreto 350 de 1989, no condicionaba a la Supersociedades a la interacción de trámite incidental alguno. Y, por ello, lo que estima que persigue en el fondo la accionante es eludir las decisiones del juez del concordato adoptadas en derecho, para lo cual ha promovido una acción de tutela con solicitud de suspensión provisional de la audiencia de incumplimiento que de manera desacertada le fue concedida en primera instancia, y de la cual pide su revocatoria.

2.2. Hecho el anterior relato, procede la Corte al estudio pertinente.

2.2.1. En primer lugar, le asiste razón al Tribunal en que ciertamente se consumó lo que dice la accionante sobre la vulneración de la garantía del debido proceso.

2.2.1.1. En efecto, primeramente precisa la Sala que la actuación concordataria aplicable al asunto *sub-lite* es la legislación del Decreto 350 de 1989 y no la Ley 222 de 1995, pues el artículo 237 de aquella así lo indica, sin que aquella quede involucrada en alguna de las excepciones para su aplicación inmediata. Porque cuando el numeral 1º del citado artículo 237 de la Ley 222 de 1995 dice que esta ley se aplica inmediatamente, no se refiere a todo el fenómeno del incumplimiento concordatario y al efecto de la terminación, sino que solamente se refiere a esta última consecuencia. Pues dice el mencionado precepto que debe aplicarse inmediatamente la Ley 222 "cuando fracase o se incumpla el concordato, en cuyo evento, en vez de la quiebra se adelantará la liquidación obligatoria". Por el contrario, dicho precepto no ordena su aplicación al fenómeno mismo del fracaso, ni a su incumplimiento, ni mucho menos a su procedimiento, sino simplemente a la consecuencia, esto es, a que no haya "la quiebra del régimen anterior", sino "la liquidación obligatoria" del régimen actual.

2.2.1.2. Por ello, siendo aplicable el Decreto 350 de 1989 el trámite del incumplimiento de un concordato anterior es el de un incidente, en el cual las partes gozan de su derecho de defensa y prueba, razón por la cual su omisión debe generar la vulneración amparada.

2.3. En segundo lugar, porque si el trámite del incidente no fue del accionado en su trámite, no solo por mandato legal sino por precepto constitucional, sin que se pueda entender sustituido por el trámite de la nueva legislación.

2.4. En consecuencia, el fallo atacado deberá confirmarse.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia preanotada.

Notifíquese a las partes interesadas, comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto, y ofíciase.

Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cumplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA: El socio no está legitimado para presentar acciones de tutela en nombre de la sociedad / **RECURSO DE CASACION:** la Corte no puede, sin incurrir en un desafuero, cambiar la acusación, elaborar un cargo adecuado, o simplemente casar la sentencia por considerarla inadecuada o estimarla ilegal, asumiendo poderes que, no solo no le otorga la ley, sino que esta le prohíbe arrogarse. La pretensión del accionante de tutela en este sentido es improcedente.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá D. C., once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Conjuez Ponente: Dr. *Fernando Hincelosa Forero*

Ref.: Expediente N° 5238

Se decide la impugnación de la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil Familia, del 13 de julio de 1998, dictada en el proceso de tutela promovido por *Julián Benjamín Clavijo Cárdenas* contra el Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES

I. La Nación (Ministerio de Defensa Nacional) inició en el juzgado civil del circuito de Leticia (Amazonas) proceso ordinario reivindicatorio de un inmueble situado en jurisdicción de dicho municipio, contra la sociedad *Avícola Leticia Ltda.*

La primera instancia concluyó con fallo estimatorio proferido el 23 de julio de 1993, del que apeló la demandada. El Tribunal Superior de Cundinamarca, competente para conocer del recurso, confirmó dicho fallo en sentencia de 10 de noviembre del mismo año, que, recurrida en casación, la Corte, en pronunciamiento de 12 de noviembre de 1997, no casó.

II. En escrito de 26 de junio de 1998, *Julián Benjamín Clavijo Cárdenas*, por medio de apoderado, diciéndose "propietario único de los derechos comerciales de la sociedad *Avícola Leticia Ltda.*", interpuso ante el Tribunal Superior de Cundinamarca "acción de tutela en contra del Consejo Superior de la Judicatura [!], con solicitud de que: "se dejen sin efecto las siguientes sentencias dictadas dentro de [aquel proceso]: la del juez civil del circuito de Leticia, calendada [sic] el día 23 de julio de 1993, la del Tribunal Superior de Cundinamarca del 10 de noviembre de 1993, la de la Corte Suprema de Justicia fechada el 12 de noviembre de 1997, en razón de que (hecho 16), "la

sociedad Avícola Leticia Ltda. se ve gravemente afectada con los fallos reseñados”.

En sentencia de 13 de julio de 1998, el Tribunal denegó la tutela por improcedente. De ella “apeló” el apoderado de la quejosa, y concedida que le fue la impugnación, y surtidos los trámites de rigor e integrada la Sala con conjueces, por impedimento de todos los Magistrados que la componen, la Corte ha de desatar dicho recurso.

LA ACCIÓN DE TUTELA

I. Como se indicó, el demandante pretende “que se dejen sin efecto las sentencias proferidas en el proceso ordinario reivindicatorio de la Nación contra la sociedad Avícola Leticia Ltda., por constituirse en ellas una vía de hecho y violar el derecho fundamental al debido proceso”.

Y para fundar aquella petición y formular este aserto, arguye que “la tutela opera cuando el juez omite o dilata injustificadamente la adopción de un acto procesal o la actuación judicial constituye una vía de hecho o se expide una decisión judicial que pueda generar un perjuicio irremediable a las partes o a terceros”: que, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, “procede la tutela contra sentencias que sean el resultado de “una vía de hecho”, lo cual ocurre cuando el juez la adopta contrariando ostensiblemente el contenido y voluntad de la ley o desconociendo ritualidades cuya observancia consagran una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso”; que, así mismo, con arreglo a aquella doctrina, “una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible de control constitucional de la acción de tutela, cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos de la persona. Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y la ley. (...) [(Que) la decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico, encuentra una actuación de hecho cuando esta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por la ley para proferirla”; y, en fin, que “si este comportamiento abultadamente deformado respecto del postulado de la norma se traduce en la utilización del poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de una atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación de un derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de [?] desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, determinan su descalificación como acto judicial”.

II. Estima el demandante que en este caso se dan los supuestos de “vía de hecho” y de “violación del derecho fundamental al debido proceso”, porque -según él- “el juez de primera instancia no realizó el control de legalidad adecuado, ya que en la acción reivindicatoria lo que hay que examinar en primer

lugar no es si el demandado es o no dueño de la cosa, sino si lo es el demandante y si tiene acción para pedir", y aquí, "la Nación no era, ni es dueño o propietario de la cosa reivindicable []. el acuerdo 018 de 1971 sólo destina el predio mas no lo adjudica o vende". La ley es muy clara al preceptuar quiénes pueden reivindicar una cosa: art. 950 del c. c.: "La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa". (...) La acción reivindicatoria no la detentaba la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional, sino que estaba en cabeza del municipio de Leticia, hecho que el juez de instancia no valoró, y sin razón valedera alguna no da por probado el hecho que de la misma emerge clara y objetivamente. Violando de esa manera el debido proceso a Avícola Leticia Ltda. Pues en [] el proceso en que resultó perdedor nunca debió iniciarse".

Le endilga el mismo reproche a la sentencia de segundo grado, porque "el Tribunal confirma la decisión del a quo repitiendo que la destinación tiene el mismo valor jurídico que una adjudicación".

Y en lo que respecta a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, afirma que su "interpretación para resolver el asunto daría lugar a la creación de un poder personal del sentenciador, que es justamente lo que combate el principio de sujeción al imperio de la ley por los jueces [sic] (art. 320 C.P.)", quienes, según lo ha sostenido la Corte Constitucional, "en el desempeño de sus funciones no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasa a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de derecho que les da su legitimidad".

Y termina transcribiendo pasaje de sentencia de tutela de la Corte Constitucional, en la que se encarece "la prevalencia del derecho sustancial inmanente al Estado Social de Derecho (C.P. art. 228), como criterio de interpretación".

3. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA QUE DESESTIMÓ LA ACCIÓN DE TUTELA.

El Tribunal Superior de Cundinamarca, en la providencia objeto de la impugnación que ahora se decide, observa que, alegando el demandante como razón de su inconformidad, que "la Nación no tenía legitimidad para demandar en proceso reivindicatorio, porque el acuerdo que destinó los predios en litigio, no tiene el alcance de título de dominio", pese a lo cual "tanto el juzgado como el Tribunal, en el curso de las dos instancias equivocadamente otorgaron valor de plena prueba de dominio a un título que legalmente no ostentaba dicha calidad", "la discusión planteada se ubica en el plano estrictamente jurídico de valoración probatoria". Y, que, por lo mismo, "no le incumbe al juez de tutela debatir si los accionados interpretaron bien o mal la norma, porque esta facultad corresponde única y exclusivamente al funcionario que conoce del proceso", que "en ambas instancias, dieron por demostrados los elementos axiológicos de la acción de dominio, para acceder a las pretensiones impioradas".

Y en lo que hace a la "violación del debido proceso", anota que "el accionante gozó de todas sus garantías en cuanto fue convocado al juicio en legal forma,

compareció al proceso por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda, propuso excepciones previas y de mérito, que denominó "falta de los requisitos axiológicos de la acción reivindicatoria y falta de identidad del inmueble que la demandante pretende reivindicar", hizo uso del llamamiento en garantía, pidió pruebas, controvertió las presentadas en su contra, interpuso los recursos ordinarios y extraordinarios que el código de procedimiento civil le otorga, hasta la cabal culminación del proceso".

Y agrega: "En cuanto a la actuación de la Corte, es preciso recordar la naturaleza y características del recurso extraordinario de casación. (...) La casación no es una tercera instancia, porque su objetivo no es el litigio en sí, sino la sentencia acusada, por lo tanto a la Corte le corresponde decidir dentro del límite de los cargos formulados, si la sentencia está de () conforme o no con la ley sustancial y con las garantías de orden procesal. —En el recurso de casación la actividad del juez está determinada por las causales alegadas en la demanda, no le está permitido rebasar estos límites, no puede oficiosamente revisar asuntos que no le han sido planteados, contemplar causales que no fueron invocadas o resolver cargos mal formulados.

"Consideró la Corte que el casacionista acusó la sentencia por violación indirecta (causal primera), sin que encontrase demostrado que el Tribunal incurrió en error de hecho, ni en error de derecho, que se presenta cuando el fallador aprecia las pruebas aducidas en el proceso, sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su aceptación, producción y aceptación. Y agrega la Corte que, "si en algún desacierto incurrió el juzgador *ad quem* al sacar la conclusión en comento, este estaría localizado estrictamente en el plano del error jurídico, conclusión con la que si la sociedad recurrente estaba en desacuerdo ha debido atacarla en casación mediante la acusación directa de las normas señaladas como *infringidas*".

"No tuvo en cuenta el actor, agrega el Tribunal, el carácter extraordinario de la casación, las limitaciones que la ley le impone al Tribunal de casación, el carácter eminentemente formal y técnico de la demanda; pretendiendo subsanar con la tutela los yerros que como casacionista cometió, al omitir la formulación correcta de los cargos que encontraba estructurados. (...) Además, la tutela, se repite, es un instrumento extraordinario, de carácter subsidiario y residual, que no puede sustituir al proceso ordinario y por ende el juez constitucional no está facultado para actuar en forma paralela, decretando pruebas o cuestionando la valoración que de ellas haya hecho el funcionario de conocimiento y menos aún invalidando sentencia".

4. ARGUMENTACIÓN DEL RECURRENTE CONTRA LA SENTENCIA DESESTIMATORIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Dice el impugnante no compartir "las motivaciones, ni la conclusión a que llegó el Tribunal, por cuanto -a su juicio- si existieron vías de hecho en las sentencias acusadas en la acción de tutela y se vulneraron por este medio derechos fundamentales de mis representados".

Estima él que "si existieron vías de hecho en las sentencias acusadas [porque] la ley indica taxativamente quién puede reivindicar, y dicha disposi-

ción fue desconocida por las autoridades accionadas [sic] al declarar procedente la iniciación y la finalización de un proceso reivindicatorio, sin que la persona que reivindicó fuera el propietario del bien inmueble vendido". Y considera que se vulneró el ordenamiento jurídico por parte de los jueces, [y que] no se pretende mediante esta instancia [sic] revivir el proceso de la Nación vs. Avícola Leticia, sino que se protejan los derechos fundamentales de los accionantes, especialmente el del debido proceso, que fue vulnerado al desconocerse las leyes que regulan lo pertinente a la reivindicación de los bienes".

5. MOTIVACIÓN DE LA CORTE PARA RESOLVER LA IMPUGNACIÓN

I. Julián Benjamín Clavijo Cárdenas a título personal, confirió poder especial a abogado, que, actuando a nombre de aquél y para él, propuso la acción de tutela contra las sentencias dictadas en el proceso ordinario promovido por la Nación -Ministerio de Defensa- contra la sociedad Avícola Leticia Ltda. ante el juzgado civil del circuito de Leticia, para lo cual afirmó que Clavijo es "propietario único de los derechos comerciales de la sociedad Avícola Leticia Ltda." (c. 1º, fol. 71) y que "la sociedad Avícola Leticia Ltda. se ve gravemente afectada con los fallos reseñados" (fol. 75).

En los hechos la demanda de tutela indica: (1) Que el 17 de enero de 1974 el Comisario Especial del Amazonas otorgó permiso a Julio Z. Rengifo para la explotación económica del predio que a continuación determina, y que hace parte del de mayor extensión a que corresponde el folio de matrícula inmobiliaria No 400-0000931; (3) Que el 13 de agosto de 1979 Julio Z. Rengifo transfirió la posesión de aquel predio a Julián Benjamín Clavijo; (5) Que en ese predio funciona la agroindustria denominada Avícola Leticia Ltda.; (16) Que la sociedad Avícola Leticia se ve gravemente afectada con los fallos reseñados, por cuanto violan flagrantemente el derecho al debido proceso.

A folio 15 del c. 1º de este expediente aparece fotocopia simple de una solicitud formulada el 17 de enero de 1964 por Julio Z. Rengifo G. al Comisario Especial del Amazonas, de permiso "en un terreno [...] solicitud [que] tiene por objeto explotar con piscicultura los lagos actualmente inútiles dentro de los terrenos baldíos de la Nación y en las inmediaciones del aeropuerto. Específicamente dedicarlos a la siembra de carpas, Tucumaré y demás peces de tipo industrial que hay en la región", seguida de esta nota del Comisario: "Concédese permiso provisional y a título de experimentación al señor Julio Z. Rengifo G. para utilizar en piscicultura los lagos a que se hace referencia en el presente memorial".

A folio 16 del c. 1º obra fotocopia simple de un documento fechado el 13 de agosto de 1979, de transferencia de Julio Z. Rengifo G. a Julián Benjamín Clavijo Cárdenas, "de la posesión real y material que con ánimo de señor y dueño siempre he tenido desde el 17 de enero de 1964, en virtud de haberme sido concedida por el entonces Comisario Especial del Amazonas [...]. Dicha posesión por consiguiente ha sido regular y de buena fe, de acuerdo a lo estipulado [sic] en el artículo 764 del c. c., y siempre ha recaído sobre un lote de terreno ubicado en Leticia [...]. En consecuencia y de acuerdo a [sic] lo estipulado [sic] en el artículo 778 del c. c., la posesión que transfiero al señor Julián

Benjamín Clavijo Cárdenas se agrega a la posesión real y material que él asume con ánimo de señor y dueño a partir de la fecha, para ser tenida en cuenta en lo que atañe a la prescripción de que habla el artículo 2529 del c. c."

A folios 17 a 34 del mismo cuaderno obra fotocopia simple de la sentencia de 23 de julio de 1993, pronunciada por el juzgado civil del circuito de Leticia dentro del proceso ordinario de la referencia. En ella se lee que la Nación propuso acción reivindicatoria contra la sociedad Avícola Leticia Ltda., representada por su gerente Sr. Rafael Perdomo Alvira, como poseedora del predio reivindicado; que la demanda fue notificada a la sociedad demandada el 31 de julio de 1981; que Rafael Perdomo Alvira, en representación de dicha sociedad confirió poder; que esta señaló como verdaderos poseedores a Rafael Perdomo Alvira y Lidia Wandurraga de Perdomo, quienes "transfirieron el total de las cuotas sociales que poseían como socios propietarios únicos de la empresa denominada Avícola Leticia Ltda. y los derechos comerciales de la misma, mediante contrato de compraventa suscrito con el señor Julián Benjamín Clavijo Cárdenas, quien confirió poder y compareció al proceso"; que el mismo Clavijo Cárdenas declaró en el proceso como testigo, con afirmación de haber fundado en 1979 la sociedad Avícola Leticia Ltda. junto con Roberto Camacho, y haber sido su único representante desde 1979; que después, en 1989, le compró a Camacho su parte; que "Julio Renzeta", en 1979, le cedió una posesión que él tenía desde 1964; que en 1980 o 1981 le vendió a Rafael Perdomo, "y por incumplimiento en el negocio me tocó volver a recibir este lote de manos del señor Rafael Perdomo. En 1982 volví a recibirlo del señor Perdomo"; y, en fin, que la condena a restituir se pronunció contra "la demandada Sociedad Avícola Leticia Ltda."

A folios 98 a 117 del cuaderno citado obra copia auténtica de la sentencia de 10 de noviembre de 1993, del Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la del juzgado de Leticia, en la que se lee que: "La parte demandada formuló las siguientes excepciones de fondo: a) "Falta de requisitos axiológicos de la acción reivindicatoria", fundamentada en que la sociedad demandada no es poseedora de terreno alguno en Leticia, quienes si son poseedores son los señores Rafael Perdomo Alvira y Lidia Wandurraga de Perdomo, pero de terrenos que no están comprendidos dentro de los predios del demandante" (...); b) "Falta de identidad del inmueble que la demandante pretende reivindicar", fundamentada en que los terrenos que ocupa la sociedad Avícola Leticia Ltda. o Rafael Perdomo Alvira y Lidia Wandurraga de Perdomo se encuentran fuera de los límites del predio señalado en la demanda. Que el apoderado de la demandada solicitó citar a las dos últimas personas mencionadas como verdaderos poseedores del predio que ocupa la Granja Avícola Leticia; y que dictada sentencia estimatoria por el juzgado, "contra dicho fallo apeló la parte demandada". Por último, en el capítulo "C. Posesión material en el demandado", de la sentencia, se lee: "En dicha inspección judicial [practicada por el juzgado] se encontró en el inmueble al señor Julián Benjamín Clavijo Cárdenas, quien dijo haber sido el fundador de la Granja en 1979. El mismo Clavijo Cárdenas a folio 18 v. del c. 5, aclara que él ha sido el único representante de Avícola Leticia Ltda. aquí demandada, empresa

que había vendido, a Rafael Perdomo, pero por incumplimiento de este le tocó volver a recibirla. En efecto a folio 74 del cuaderno 1 aparece certificación de la Cámara de Comercio del Amazonas en que se señala que Rafael Perdomo Alvira y Lilia Wandurraga de Perdomo vendieron a Juitán Benjamín Clavijo Cárdenas la totalidad de las cuotas sociales como socios propietarios únicos de la sociedad Avícola Leticia Ltda., por ello, Clavijo Cárdenas a folio 18 v. del c. 5, confundiéndose con la persona jurídica de que es "propietario", declara que él es el dueño y tiene la posesión del inmueble objeto de este proceso reivindicatorio. — A más de lo anterior, también declaran sobre la posesión de la sociedad Avícola Leticia Ltda. respecto del predio objeto de la reivindicación a partir de 1979, los señores (...). Para la Sala no cabe duda que la sociedad Avícola Leticia Ltda., aquí demandada, es la poseedora material del inmueble que mediante este proceso pretende reivindicar la Nación".

II. Prevé el art. 10 del decreto 2591 de 21991, "por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la C. P.: *Legitimidad e interés*. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales (...) 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 (...)".

III. Según se anotó, parte en el proceso dentro del cual se profirieron las tres sentencias objeto de la acción de tutela, fue la sociedad Avícola Leticia Ltda. y esta fue la persona condenada a restituir el inmueble reivindicado, al margen de quiénes fueran sus socios y de las modificaciones que pudieron haberse operado en la composición de su capital en el transcurso del proceso. Ha de dilucidarse, entonces, si el hecho de que el señor Benjamín Clavijo Cárdenas sea socio mayoritario o "único" de ella, le otorga legitimación para impugnar a nombre propio -como lo hizo- aquellas sentencias, invocando el perjuicio que esos fallos le ocasionaron a la sociedad Avícola Leticia.

Bien sabido es que la sociedad es persona distinta de sus socios individualmente considerados [arts. 2079, inc. 2, c. c. y 98, inc. 2, c. de co.], que actúa por medio de sus representantes, que los socios no pueden confundirse con ella, que mientras la sociedad no se liquide, ninguno de los socios, o el socio único, por cuya razón aquella se haya disuelto, puede considerar propio derecho o interés alguno de la sociedad, y que en caso extremo, por actos u omisiones de los administradores de la sociedad, un socio -que se considere perjudicado por tal comportamiento- podría actuar paralelamente o en vez de aquellos administradores, pero no *iure proprio*, sino *iure societario*, es decir, no para sí, sino la sociedad.

Lo anterior para resaltar que no tiene asidero pensar que el señor Benjamín Clavijo Cárdenas, aún en el supuesto de que fuera "propietario único de los derechos comerciales de la sociedad Avícola Leticia Ltda.", esté legitimado para incoar acción de tutela a causa de vulneración o amenaza de derechos fundamentales suyos por obra de sentencias judiciales dictadas en un proceso en que él no fue parte, sino que lo fue la sociedad de que dice haber sido

siempre, desde 1979, representante, y en el que, por lo demás, dio poder en tal condición.

IV. De otra parte, ya en lo que hace al fundamento mismo de la acción de tutela, es de advertir que el demandante incluye en su libelo un tercer capítulo: "Normas violadas y fundamentos de la violación", en el que trae los argumentos atrás señalados y cuya parte pertinente se transcribió en el acápite 2, II de esta providencia, pero sin mencionar precepto alguno y menos indicar alguna norma que sancione un derecho fundamental. El se limita a decir y repetir que aquellas providencias vulneraron el debido proceso e incurrieron en vías de hecho.

Es lógico analizar primero la cuestión del debido proceso, para luego estudiar lo relativo a las vías de hecho.

V. Del tenor de las sentencias se infiere que la demanda reivindicatoria se formuló ante juzgado competente y se le notificó a la sociedad demandada; que esta constituyó apoderado en debida forma, que negó ser poseedora del bien reivindicado y pidió citar a los verdaderos poseedores, por cierto sus socios de entonces, y propuso excepciones tanto previas, como de fondo; que agotados los trámites de rigor el juzgado dictó sentencia estimatoria, de la que la parte demandada apeló; que el tribunal dio curso a la alzada y profirió sentencia confirmatoria de aquella, contra la cual la misma apelante recurrió en casación; que la Corte tramitó regularmente este recurso y, a la postre, profirió sentencia en la cual, previo estudio de los varios cargos, que fue desechando uno a uno, no casó la decisión del Tribunal.

No se entiende, entonces, cuál pueda ser el sustento del cargo de violación del "debido proceso". La apreciación de los hechos y el entendimiento y la aplicación de la normatividad son cuestiones de fondo y que no atañen a la actuación procesal. El debido proceso atiende a la regularidad del trámite y a la efectividad del derecho de defensa. Y acá se tiene que la demanda fue notificada debidamente a la demandada, que estuvo debidamente representada, fue escuchada, ejerció a plenitud su derecho de defensa, utilizó íntegros los recursos. Otra cosa es que no le hubieran prosperado las excepciones, como tampoco los recursos, lo cual es del todo diferente al debido proceso.

VI. Pasando ahora al punto de las "vías de hecho", que el demandante afirma se produjeron al haber tomado la jurisdicción el acuerdo del concejo municipal de Florencia que destinó a favor de la Nación un inmueble dentro del cual estaría ubicado el predio reclamado, como título de dominio, para así concederle acción reivindicatoria a un demandante que no demostró ser propietario, se tiene:

El juzgado resolvió declarar infundadas las excepciones propuestas por la demandada, declarar del dominio de la Nación el inmueble materia del proceso, condenar a la demandada a restituirlo y disponer lo atinente a prestaciones mutuas.

Esa sentencia, independientemente de su acierto o desacierto, conformidad o contrariedad con los hechos y las normas pertinentes, era susceptible de

apelación por la demandada vencida, que, efectivamente interpuso dicho recurso, que le fue decidido adversamente por el Tribunal, que confirmó la decisión de primer grado. Contra la sentencia de segunda instancia procedía el recurso de casación, que la apelante perdedora interpuso, le fue concedido y concretó en la demanda correspondiente, que igualmente le fue resuelto de modo adverso.

Dentro de la articulación lógica y normativa de un proceso ordinario de mayor cuantía, el juicio de legalidad del proceso y de la decisión se concreta en los recursos y, por lo mismo, en últimas recae en el de casación y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, para reclamar contra los desaciertos en que haya podido incurrir el juzgado y procurar su corrección, está la apelación, y para denunciar los agravios que haya podido cometer la sentencia de segundo grado está el recurso de casación. El apelante al que el Tribunal haya confirmado el fallo adverso del juzgado, o la otra parte, que vio revocada la decisión favorable a ella de la primera instancia, tiene abierto el recurso de casación, que, valga repetirlo, conforme lo dispone el art. 365 del C. de P. C., "procura, además, reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida".

De siempre y en todas las legislaciones, las sucesivas nacionales y las de los demás países en donde con tal nombre u otro, está consagrado dicho recurso extraordinario, se observa que su función cardinal es "unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos". De ahí su disciplina cierta, precisa, rigurosa, que lo diferencia de los recursos ordinarios, por cierto ya agotados para cuando procede el de casación. Por ello, la parte recurrente no puede pretender ni obtener que el tribunal de casación reexamine el caso en todos sus aspectos y pormenores y, que, incluso oficiosamente, proceda a sustituir o modificar la decisión recurrida cuando, en su sentir esta ha debido ser otra o en un sentido diverso. Se califica de extraordinario el recurso, entre otras razones porque no puede prosperar sino en razón de un agravio de monta y específicamente calificado a una norma fundamental de procedimiento o a norma de derecho sustancial, denunciado y demostrado por el recurrente en su escrito de sustentación o demanda, en concordancia con las causales taxativamente señaladas por la ley.

Ha sido frecuente, a lo largo de la historia de la casación, el reproche al tribunal de casación por su rigidez, frialdad, formalismo. Lo cierto es que dicho recurso desde su creación en Francia a fines del siglo XVIII, se ha caracterizado por su rigor y precisión. De ahí que al recurrente no le baste alegar -limitando la cuestión a la hipótesis de la causal primera, violación de norma de derecho sustancial, que es la que acá tiene relevancia- una ilegalidad enorme, ni siquiera mostrar que su inconformidad es razonable. Dadas las finalidades del recurso y su regulación normativa cierta y precisa, de todos es sabido, y así obra en la legislación y la jurisprudencia, por la índole de la acusación formulada en los cargos de la llamada "demanda"; y que, por lo mismo, no puede salirse de ese circuito, tanto en lo que respecta a las normas supuestamente violadas, como en lo que al sentido de su violación; y que,

además, al recurrente le incumbe seguir el hilo lógico de la decisión impugnada y acusarla identificando sus afirmaciones y conclusiones y demostrando la consiguiente conculcación de determinada o determinadas normas de derecho sustancial, por el concepto debido.

La violación básica de la norma de derecho sustancial es la llamada directa: por aplicación indebida, por falta de aplicación o por interpretación errónea, al margen de cualquiera consideración de hecho o probatoria. Empero, de manera excepcional y a veces indirecta, en los sistemas clásicos, o por previsión normativa específica, en otros sistemas, como el nuestro, se admite la casación por "violación indirecta de norma de derecho sustancial", resultante de error de derecho o de hecho evidente en la apreciación de la prueba, con regulación exigente en lo que hace a su planteamiento, a su demostración, a la invocación de las normas procesales, a la relación entre el vicio y el quebranto de la norma y, por último entre estos y el sentido de la decisión.

Esta circunstancia exige del recurrente en casación cuidado especial y un esmero lógico que rebasa el simple encarecimiento de una violación de norma sustancial o de derecho fundamental o de comisión de una "vía de hecho", como actuación suficiente para permitirle y aun imponerle al tribunal de casación que, si llega a considerar que el agravio es enorme, proceda a casar la sentencia recurrida y dictar la de reemplazo, como guardián supremo de legalidad. No es ese el sentido de la casación, y no es ese su régimen.

La norma del art. 51 del Decreto 2651 de 1991 atemperó, por cierto, excesos de rigor, más que de la ley, de la jurisprudencia, a propósito de la causal primera del art. 368 del c. de p. e., pero sin eliminar la diferencia entre la violación directa y la indirecta, ni convertir al recurso en un reexamen del proceso en el fondo y en la forma, o eliminar la exigencia de denunciar acertadamente la violación, la manera como se produjo, las normas quebrantadas y el influjo de todo ello en el resultado del proceso.

Se lee en la sentencia de la Corte, que el recurrente acusó la sentencia de violación indirecta de la norma de derecho sustancial, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y que la Corte concluyó que sus reparos no eran atendibles, por cuanto el Tribunal -para declarar el dominio de la demandante y pronunciar la condena restitutoria en contra de la demandada- no es que le hubiera atribuido a alguna prueba un contenido distinto del propio, con lo cual se descartó la hipótesis de error de hecho; como tampoco que le hubiera otorgado a la escritura mediante la cual se protocolizó el acuerdo del Concejo de Leticia, un mérito distinto del que legalmente tiene. Esta, la argumentación de la Corte:

"Si el Tribunal no obstante ver correctamente que por conducto del acuerdo N° 018 simplemente "se destinaron", pero no se "adjudicaron" estos predios a la Nación, concluyó y así lo dijo además, que con la escritura N° 116 que protocolizó ese acuerdo y la certificación de su registro en la oficina del ramo aquella acreditó el dominio para reivindicar, no fue entonces porque se apar-

tó de la fidelidad objetiva de la prueba, sino porque viéndola tal como ella aparece, encontró que ese era el alcance sustancial de la relación jurídica [de] que dan cuenta esos documentos. Así pues, si en algún desacuerdo incurrió el juzgador *ad quem* al sacar la conclusión en comento, este estaría localizado en el plano del error jurídico, conclusión con la que si la sociedad recurrente estaba en desacuerdo, ha debido atacarla en casación mediante la acusación directa de las normas señaladas como infringidas. (...) Tampoco puede predicarse el error de derecho en la apreciación de la prueba que describe el cargo tercero, en tanto y en cuanto la prueba de escritura pública por medio de la cual se protocolizó el acuerdo municipal fue aportada con la demanda, fue decretada oportunamente y fue apreciada en los exactos términos probatorios que representa, o sea como instrumento que sirvió para protocolizar un acuerdo municipal por medio del cual se destinaron unos bienes a la Nación, siendo este acto administrativo el que en sentir del sentenciador implica título traslativo de dominio; desde esta perspectiva, no aflora el quebranto de ninguna norma de disciplina probatoria. — Distinto de lo anterior es, pues, que se quiera disputar el valor jurídico intrínseco del acuerdo municipal de destinación de unos bienes del municipio de Leticia, lo cual no es dable plantear meramente sobre la base de la idoneidad o idoneidad legal de la prueba de escritura pública”.

Queda en claro que, habiendo tenido la demandada en el proceso reivindicatorio, la posibilidad de que la Corte corrigiera el yerro o el desafuero que el demandante en tutela le atribuye o endilga a las sentencias de instancia, en últimas a la de segundo grado, mediante el recurso de casación, ella lo interpuso y formuló demanda con los cargos que, a su juicio habrían de conducir a la ruptura del fallo del tribunal y, previa revocación de lo resuelto por el juzgado, a la absolución suya. No alcanzó ese resultado. La Corte desechó los tres cargos, todos formulados por error en la apreciación de las pruebas, al encontrar que el Tribunal no declaró el dominio de la demandante y decretó la restitución, atribuyéndole a las pruebas un contenido distinto del que realmente tienen, como tampoco asignándoles un mérito diferente del legal, sino porque le atribuyó al acto administrativo, acuerdo del Concejo municipal de Leticia, de “asignación” del inmueble a la Nación, y a su inscripción en el folio de matrícula, el valor de título de dominio. O sea que el Tribunal no llegó a la conclusión del dominio en cabeza de la demandante y viabilidad de la reivindicación intentada por ella, por un yerro en la apreciación de las pruebas, sino en razón de una valoración del acuerdo del Concejo, como título de propiedad, que no es asunto de pruebas, sino una cuestión relativa a la naturaleza jurídica y la eficacia de aquel y de los modos de adquisición del dominio, que el recurrente ha debido plantear directamente.

De manera que, al desechar los cargos por haber sido mal propuestos, esto es, por haber incurrido el casacionista en un desenfoque, al no haber correspondido su ataque a la argumentación o secuencia lógica del Tribunal, lo que hizo la Corte fue ejercer sus funciones de juez de casación, dentro del ámbito cierto de sus poderes y sujetándose, como no podía menos de hacerlo,

a la disciplina normativa del recurso. La Corte no podía salirse del cerco que la recurrente le trazó con sus cargos, y si esos cargos no permitían la casación, la Corte no podía, sin incurrir en un desafuero, cambiar la acusación, elaborar un cargo adecuado, o simplemente casar la sentencia por considerarla inadecuada o estimarla ilegal, asumiendo poderes que, no sólo no le otorga la ley, sino que esta le prohíbe arrogarse.

6. CONCLUSIÓN

El juez de la tutela, en materia de decisiones judiciales, observa desde fuera la providencia, no para cotejar su sentido y conclusiones con su propio parecer, solicitado de sustituir este al de aquella, sino para examinar con las mayores perspicacia y prudencia, si la jurisdicción vulneró derechos fundamentales de algúen, ora cercenándole el derecho al debido proceso, ora llevándose de calle las normas que gobiernan la situación jurídica sometida a su juicio. Y acá, se reitera, encontró que el trámite del proceso reivindicatorio fue del todo regular y no permite acusación por falta de debido proceso, y que en su sentencia, la Corte Suprema de Justicia, en la que se había concentrado la posibilidad de información de la decisión precedente y de su sustitución por otra, se sujetó -como le era imperativo hacerlo- a la normatividad propia del recurso y, por ello, al giro y al sentido de los cargos.

En mérito de lo expuesto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

RESOLVÉ

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, el 13 de julio de 1998, objeto de la impugnación aquí decidida.

2. Dentro del término de ley envíese el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

3. Envíese copia de esta providencia al Tribunal Superior de Cundinamarca -Sala Civil Familia-.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase.

Fernando Hinestrosa Forero, José Alejandro Bonifento Fernández, Ramón Madridán de la Torre, Rafael Navarro Díaz Granados, Carlos Ignacio Jaramillo, Héctor Marín Naranjo, Alejandro Venegas Franco.

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: Es improcedente la acción de tutela cuando, por incumplimiento de la carga prevista en el artículo 424 parágrafo 2° numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no pudo interponer los recursos procedentes contra la sentencia que no tuvo en cuenta la contestación de la demanda, a pesar del pago inicial de cánones.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. José Fernando Ramírez Gómez*

Ref.: Expediente No. 5346

Decide la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por los accionantes contra el fallo del 4 de agosto de 1998, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, dentro de la Acción de Tutela promovida por *María Orfilia Muñoz Giraldo y Victor Manuel Toro Toro* contra el *Juez Octavo Civil del Circuito* de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

Los ciudadanos *María Orfilia Muñoz Giraldo y Victor Manuel Toro Toro*, por conducto de apoderado judicial, solicitaron del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, la protección de su derecho al debido proceso, consagrado con el rango de fundamental por el art. 29 de la C.P., el cual consideran vulnerado por el funcionario judicial accionado con ocasión de los hechos que narraron y se compendian así:

1. Por intermedio de apoderado judicial, *Alais Garzón de Cardona* formuló demanda en su contra, pretendiendo la restitución del inmueble ubicado en la carrera 23 Nos. 51-63/65 de Cali, por "... haber pagado en mora los cánones de arrendamiento correspondiente a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1997".

2. Notificados del auto admisorio de la demanda, procedieron a darle contestación, propusieron excepciones, pidieron pruebas y allegaron una serie de documentos tendientes a acreditar que la demandante les prometió en venta el bien pretendido, negociación que involucró la entrega de un aparta-

mento respecto del cual otorgaron escritura pública a favor de Martha Cecilia Cardona, hija de la demandante.

3. Para que la respuesta a la demanda fuese tenida en cuenta, aportaron los comprobantes de consignación de las rentas causadas entre junio de 1997 y febrero de 1998, con base en los cuales era procedente imprimirle el trámite de ley. Posteriormente acreditaron el pago del canon de arrendamiento del mes de marzo del mismo año.

4. Acogiendo una solicitud de la parte actora, el accionado dispuso no oírlos hasta tanto acreditaran el pago de las rentas causadas durante el proceso, decisión que no pudieron combatir, por no haber consignado dichos cánones y resultar aplicable la previsión del art. 424 par. 2º, num. 3º, del C. de P.C., norma cuyo conocimiento los indujo a no presentar ninguna solicitud posterior, "... porque no se le daría trámite, con base en dicho precepto legal".

5. Consideran que la circunstancia mencionada no vedaba el trámite propio de la contestación de demanda, pues con ella se aportó la prueba del pago de "... los mal llamados cánones de arrendamiento", pese a lo cual el accionado profirió sentencia sin tenerla en cuenta. Aclaran que los pedimentos que no se podían atender, en cumplimiento a lo dispuesto en dicha disposición, eran los que hubieren formulado en oportunidad posterior.

6. No cuentan con ningún recurso para cuestionar lo decidido por el accionado, pues éste amparado en dicha previsión legal no los oír y por ello el único instrumento a su alcance para la protección de la garantía constitucional supracitada es la acción incoada.

7. La decisión judicial cuestionada contraria los dictados de la ley, concede beneficios a la parte actora con desmedro de la parte débil, que no tuvo medios económicos para pagar las sumas cobradas. Para adoptarla, el accionado no decretó pruebas de oficio y no hizo uso de los poderes conferidos por los arts. 306, 179 y 180 del C. de P.C.

Con fundamento en lo expuesto solicitaron dejar sin efecto la sentencia pronunciada por el accionado el 24 de junio de 1998 y consecuentemente ordenarle tomar las medidas necesarias para frustrar sus efectos, dándole al proceso el trámite pertinente, con respeto del derecho de defensa de las partes y la garantía constitucional del debido proceso.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de compendiar la argumentación fáctica expuesta en el libelo de tutela, se refiere el tribunal a la naturaleza de la acción incoada, destacando que por principio las providencias judiciales resultan invulnerables a ella, merced a la declaratoria de inexecutable de los arts. 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 1991, reglamentario del art. 86 de la C.P. y sólo cuando contrarian el contenido y voluntad de la ley, es decir, cuando constituyen vías de hecho, lesivas de los derechos fundamentales de los asociados, pueden controvertirse por tal vía.

Tras la puntualización precedente se refiere al derecho constitucional fundamental al debido proceso, fijando su contenido y alcance y aborda el examen del asunto puesto a su consideración, examinando la actuación surtida dentro del proceso que motiva el presente trámite, para colegir que dada la causal invocada para deprecar la restitución del inmueble arrendado, los arrendatarios estaban obligados no sólo a acreditar el pago de las rentas cobradas o a consignar su valor, para ser escuchados, sino que también debían consignar oportunamente, a órdenes del juzgado, los cánones causados durante el proceso, y por ello al desentenderse de esta última carga "...correspondía al Juez de instancia no oír a los demandados en dicho proceso, como que no podía abrir el debate a pruebas pretendido por los tutelantes, pues como lo indicó el *a quo* en aquél (sic) momento procesal en auto de fecha mayo 13 de 1998 (...)" no se encuentra acreditado que los demandados hubiesen consignado el canon correspondiente al mes de abril de 1998". era pertinente no oír a los demandado.

Con fundamento en lo anterior concluye que la decisión judicial controvertida no constituye una vía de hecho, deduciendo consécuentemente la improcedencia de la acción incoada y de los pedimentos impetrados por sus promotores, por no estar dirigidos a evitar un perjuicio irremediable, amén de existir otros instrumentos de carácter judicial a su alcance, para hacer valer los derechos derivados del contrato que afirman haber celebrado con Alais Garzón de Cardona, por el cual ostentan "...el dominio, posesión, uso y goce" del inmueble objeto de restitución.

Fundado en las consideraciones precedentes niega el amparo pretendido.

LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con dicha determinación, los accionantes la impugnaron reiterando lo argumentado en el libelo de tutela. Agregan que si bien el *a quo* dedujo la improcedencia de la tutela, de la existencia de una acción ordinaria mediante la cual pueden reclamar sus derechos, es posible que al intentarse o en el curso de la misma se haya producido la entrega del inmueble, irrogándoles un perjuicio irremediable.

En términos semejantes se dirigieron a la Corporación solicitando la revocatoria del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Los accionantes derivan el quebranto de su derecho al debido proceso, de haberse proferido sentencia dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado promovido en su contra por Alais Garzón de Cardona, sin tener en cuenta la contestación a la demanda que oportunamente presentaron, ni imprimirse a las excepciones propuestas el trámite de ley, pese a que adquirieron el derecho a ello por haber acreditado el pago de las rentas cuya mora se les imputó en la demanda y las causadas hasta el momento de replicarla.

2. En relación con las providencias judiciales, tiene decantado la jurisprudencia constitucional que "... la vía de hecho en que incurre el juez no

debe, en principio, tener remedio por otra vía judicial, ya que la intención del Constituyente es que la acción de tutela sea un mecanismo subsidiario, y no una vía alterna a la jurisdicción ordinaria, cuestión que carecería de sentido. Siempre debe haber una *necesidad* de acudir a la tutela y no una mera opción. Si se interpone la acción de tutela es porque hay un principio de razón suficiente que lo justifica. No se instituyó este mecanismo como un medio de sustitución, sino como un medio subsidiario -regla general-, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento excepcional. Pero aún en este caso se sustituye la vía ordinaria, porque la tutela es *transitoria*, es decir, se acudiría a la vía ordinaria de todas maneras" (Sent. T-327 de 1994).

3. Como consta en las copias de la actuación judicial que motiva el presente trámite, mediante demanda presentada el 2 de diciembre de 1997, Alais Garzón de Cardona, por conducto de apoderado judicial, solicitó declarar terminado el contrato de arrendamiento celebrado con los accionantes, respecto del inmueble situado en la Cra. 23 Nos. 51-63/65 de la ciudad de Cali, por incurrir en mora en el pago del canon de arrendamiento correspondiente al mes de noviembre de dicha anualidad y cancelar las rentas de septiembre y octubre "...en mora" y "...fraccionadamente". Consecuentemente pidió declarar el lanzamiento de los arrendatarios, restituirle el inmueble y condenarlos al pago de las costas procesales (fls. 77 a 80 c. 1).

Asumido el conocimiento de dicho asunto por el juez accionado, en proveído del 12 de diciembre de 1997 lo admitió a trámite. Tras la notificación de los demandados, profirió sentencia, el 24 de febrero del año siguiente, accediendo a las pretensiones de la demanda (fls. 89 y 90).

En proveído del 9 de marzo del mismo año, anuló la sentencia pronunciada, por haberse omitido "... los términos con que cuenta el demandado para su defensa, pruebas, alegatos, etc.", debido a que dieron oportuna respuesta a la demanda y ésta no fue tenida en cuenta. Consecuentemente tuvo por contestada la demanda y ordenó correr traslado de las excepciones de mérito, en oportunidad (fl. 120 c. 1).

Constatada la falta de consignación del valor de la renta correspondiente al mes de abril de 1998, en proveído del 13 de mayo de 1998 despachó favorablemente la solicitud de la parte demandante de "... no oír a los demandados hasta tanto se encuentre verificada dicha consignación" (fl. 133 c. 1).

El 24 de junio siguiente profirió sentencia estimatoria de las súplicas de la demanda, por considerar que si bien los arrendatarios replicaron oportunamente la demanda y formularon excepciones, como sólo acreditaron el pago de las rentas causadas hasta el mes de marzo de 1998, "... es del caso no dar oído a las excepciones propuestas" (fls. 134 y 135 c. 1).

4. De conformidad con lo establecido por el art. 424 del C. de P.C., precepto que gobierna el proceso de restitución de inmueble arrendado, si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no puede ser oído si no consigna

a órdenes del juzgado los cánones adeudados, de acuerdo con la demanda, salvo que presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o las consignaciones de los mismos, efectuadas de acuerdo con la ley, a favor de aquél. Adicionalmente, cualquiera que sea la causal invocada, debe consignar a órdenes del juzgado el valor de las rentas causadas durante el proceso "... y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo" -art. 424 par. 2º num. 3º C. de P.C.

Ahora bien, si como resulta de la reseña procesal anterior, la parte demandada dio oportuna respuesta a la demanda y presentó la prueba del pago de las rentas cuya mora se le imputó en la demanda y las causadas hasta la fecha de presentar el escrito respectivo (fls. 97 a 102 y 130 c. 1), es evidente que con dicho proceder adquirió el derecho a que su réplica y las excepciones propuestas para enervar las pretensiones de la actora fuesen tenidas en cuenta y se les imprimiese el trámite de ley, pues la posterior inobservancia de la carga impuesta por el parágrafo 2º numeral. 3º del precepto premencionado, traía por consecuencia la desatención de las peticiones que formularsen encontrándose en dicha situación, sanción que en manera alguna podía extenderse a actos procesales realizados antes de incurrir en dicha omisión, condiciones en las cuales es irrefragable que el accionado incurrió en el desafuero que le enrostran los accionantes, pues sin justificación legal, es decir, sustituyendo el principio de legalidad por su propia voluntad, no tuvo en cuenta su oposición, dispuso "... no dar oído a las excepciones propuestas" y dictó sentencia sin agotar el rito procesal pertinente, cuando no se estructuraba la hipótesis prevista por el parágrafo 3º num. 1º del mismo precepto, única que lo habilitaba para asumir el proceder indicado.

Sin embargo, no puede perderse de vista que para enmendar el desatino cometido por el juzgador, la parte afectada contaba con diversos mecanismos al interior del proceso, cuya utilización le habría permitido obtener el restablecimiento de sus derechos, *vt. g.* apelar la sentencia de primera instancia, o solicitar la nulidad de lo actuado por haberse pretermitido los términos u oportunidades "... para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión" -art. 140 num. 6º, del C. de P.C.- mecanismos que si no utilizó, como lo admite en el libelo de tutela, fue por no haber dado cumplimiento a la carga impuesta por el art. 424 par. 2º, num. 3º, y por contera carecer del derecho a que fuesen admitidos.

En las condiciones descritas, no se remite a duda la improcedencia de la acción incoada, pues si los recursos puestos al alcance de los demandados para ser restituidos en sus derechos no pudieron ser utilizados, fue por su propia conducta omisiva, no por proceder ilegítimo del accionado, luego no pueden acudir a la tutela para remediar los efectos nocivos de su propia incurria, pues dicha acción sólo resulta expedita para dar solución a aquellas situaciones de hecho para las cuales el sistema judicial ordinario no prevé un mecanismo de composición, no para aquellos eventos en los cuales existen

instrumentos procesales que aseguran la defensa de los derechos fundamentales comprometidos en ellos, de los cuales los interesados no hicieron uso o los emplearon en forma inadecuada.

Como corolario de lo expuesto fluye que el amparo pedido no se podía dispensar, mas no por las razones esgrimidas por el *a quo* sino por las expresadas con antelación. Con la salvedad anterior se confirmará el fallo impugnado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *Confirma* la sentencia objeto de impugnación.

Notifíquese lo decidido, mediante comunicación telegráfica a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo pronunciado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simaracas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Estebán Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: No es procedente mediante tutela solicitar que se adopte para el caso del accionante la decisión crónica proferida en otro proceso; el error judicial no constituye fuente de derechos, ni puede erigirse en fundamento para la comisión de nuevos desaciertos.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. José Fernando Ramírez Gómez*

Ref.: Expediente No. 5318

Decide la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por el accionante contra el fallo del 29 de julio de 1998, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil - Familia, dentro de la Acción de Tutela promovida por *William Romero Camacho* contra la Sala Laboral de la misma Corporación, integrada por los Magistrados *Luz Dary Rivera Goyeneche, Amalfi Mercedes Gómez Arregoces y Augusto E. Torregroza Sánchez.*

ANTECEDENTES

El señor *William Romero Camacho*, obrando en su propio nombre, solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil - Familia, la protección de su derecho a la igualdad, consagrado con el rango de fundamental por el art. 13 de la Constitución Política, el cual considera vulnerado por los accionados con ocasión de los hechos que narró y se compendian así:

1. Por intermedio de apoderado judicial presentó demanda ordinaria laboral contra la *Electrificadora del Magdalena S.A.*, pretendiendo el reconocimiento y pago del auxilio de vehículo, al cual tiene derecho.
2. El conocimiento de dicho asunto correspondió al Juez Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, quien negó sus pedimentos, reconociendo como "... correcto o legal" el pago del auxilio mencionado a los Jefes de Departamento y Jefes de Sección", pese a que estos últimos no fueron beneficiados por la Junta Directiva de la *Electrificadora* con dicho auxilio. Según el criterio del juzgador "... por su silencio al respecto, ellos no necesitaban aportar el acto administrativo, acuerdo, ordenanza, pacto colectivo, laudo arbitral o conven-

ción colectiva que consagra el derecho", como si se lo exigió al accionante, proceder con el cual transgrede su derecho a la igualdad, porque "... los requisitos y obligaciones son igualmente exigibles para uno como para otros".

3. Destaca que para dar claridad al fallo, dicho funcionario expuso que el demandante pretendía el pago de un auxilio no reconocido para los cargos que había desempeñado en la empresa demandada (Jefe de Generación y Administrador Jefe de Zona), frente a lo cual replica el actor que comprobó, con el organigrama del ente demandado, que tales cargos tienen la misma categoría y sueldo de Jefe de Departamento, aclarando que si no los parangonó con el cargo de Jefe de Sección, fue porque éste tiene categoría y sueldo inferior.

4. Considera que si debía acreditar que el auxilio de vehículo se otorgó a quienes se desempeñan como Administradores y Jefes de Zona, Carlos Julio Latta Arias, en su calidad de Jefe de Sección, tenía la misma obligación. "... pero no lo hizo porque ese cargo no aparece entre los asignados por la Junta Directiva de la Electrificadora para recibir el auxilio".

5. Apelada dicha decisión, los funcionarios accionados la confirmaron sin ninguna consideración de fondo, aceptando únicamente que el auxilio premencionado no se paga a quienes desempeñan los cargos ocupados por el actor, pese a estar demostrado que tiene derecho a él y que a Carlos Julio Latta Arias, quien ocupa el cargo de Jefe de Sección, que tiene rango inferior a los desempeñados por el actor, se le canceló.

6. Acompaña el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, el 21 de noviembre de 1997, mediante el cual se condenó a la misma empresa a seguir cancelándole a Carlos Julio Latta Arias, Jefe de Sección, el auxilio de vehículo, cuyo pago había suspendido.

7. Funda la procedencia de la acción incoada en su oportunidad, en la inexistencia de otro recurso de carácter judicial para la defensa de sus derechos y en la "... negación de justicia" que comporta la decisión cuestionada.

Con base en lo expuesto solicita tutelar su derecho a la igualdad, por tener derecho al auxilio de vehículo solicitado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de compendiar la argumentación fáctica expuesta en el libelo de tutela, se refiere el tribunal a la naturaleza de la acción incoada, destacando las condiciones de viabilidad de la misma. A continuación se refiere a su procedencia frente a providencias judiciales, tópico sobre el cual precisa que por excepción, aquellas resoluciones jurisdiccionales que sólo lo son en apariencia, por marginarse del imperio de la legalidad, pueden controvertirse por tal vía, ya que la circunstancia mencionada las sustrae del privilegio de la intangibilidad reconocido a las providencias judiciales.

Trazado el marco conceptual anterior aborda el examen del asunto puesto a su consideración deduciendo la inexistencia de una vía de hecho en la

resolución judicial censurada, por ser el resultado de un ponderado análisis del acervo probatorio y no la manifestación caprichosa de sus autores.

Para fundamentar dicha conclusión expresa que si el actor pretendía el reconocimiento de un derecho que no tiene carácter legal, debió presentar la prueba del mismo y si se desentendió de tal obligación sus pretensiones no podían alcanzar prosperidad.

Añade que dicha decisión no vulneró el derecho a la igualdad del actor, pues si bien es cierto Carlos Julio Latta Arias obtuvo en proceso diferente la orden de pago del auxilio mencionado, pese a no ocupar el cargo de Jefe de Departamento o de División, en favor de los cuales se creó, también lo es que por razones desconocidas venía percibiendo dicho auxilio, circunstancia que lo coloca en situación distinta de la del accionante y por contera excluye un trato semejante.

Apoyado en las consideraciones precedentes niega el amparo solicitado.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con dicha determinación el accionante la impugnó manifestando estar convencido de una clara y flagrante violación a su derecho a la igualdad, en relación con su compañero Carlos Julio Latta Arias, pues el beneficio solicitado no debía ser demostrado, por tratarse de un reconocimiento autorizado por la Junta Directiva de la empresa demandada, que se hizo extensivo a todos los jefes de sección.

Destaca que de acuerdo al documento visible al fl. 58 "...todos los jefes de Departamento, Jefes de Zona y administradores de agencia son de nivel 3 y sólo se le paga el auxilio a algunos que a las claras se notan son los preferidos de las directivas, quienes haciendo caso omiso a sus decisiones cancelan discriminatoriamente el tan mencionado auxilio de vehículo".

CONSIDERACIONES

1. El accionante deriva el quebranto de su derecho a la igualdad, de la decisión tomada por los funcionarios accionados en la sentencia proferida el 12 de mayo del año en curso, dentro del proceso ordinario laboral promovido por aquél contra la Electricadora del Magdalena S.A., mediante la cual decidieron el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el fallo de primer grado, pronunciado por el Juez Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, por el cual negó el reconocimiento y pago del auxilio de vehículo reclamado.

A juicio del peticionario, dicha decisión transgrede el derecho fundamental mencionado, pues el citado beneficio le fue concedido, en otro proceso, a un trabajador de la misma empresa, sin exigírsele prueba del acto del cual emana y pese a no desempeñar ninguno de los cargos para los cuales se creó.

2. En tratándose del derecho a la igualdad, reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia constitucional que "... no toda diferencia de trato comporta una violación del mismo y que, por ende, a situaciones distintas es posible

anudar consecuencias diferentes. Partiendo de la distinción entre discriminación y diferenciación, la Corporación ha puntualizado que es viable establecer diferencias siempre que se encuentren razonable y objetivamente justificadas, excluyendo los tratamientos discriminatorios que, por carecer de justificación aludida, se revelan arbitrarios". (Corte Constitucional, Sent. T-370 de 1975).

3. Para arribar a la decisión controvertida, los accionados precisaron que el demandante pretendía "... el pago del auxilio de vehículo dejado de cancelar por la demandada, por la suma de \$4. 623.972.92 más los intereses-legales causados hasta el día del pago".

Tras la puntualización anterior advirtieron que al no reclamarse un derecho de carácter legal, "... el interesado debía allegar la prueba que permitiera establecer la existencia de este derecho en la empresa demandada". Colocados en la tarea de averiguar por el cumplimiento de dicha carga, encontraron probado que el "... auxilio de vehículo se pagaba a los jefes de división, jefes de departamento y empleados ejecutivos", pero no hallaron evidencia alguna de haberse beneficiado con él, a "... los administradores de agencia y jefes de zona, que fueron los cargos ocupados por el demandante".

Apoyados en tal consideración concluyeron que si el actor no acreditó tener derecho al privilegio reclamado, su pretensión no podía prosperar y consecuentemente confirmaron el proveído apelado (fls. 2 a 8 c. copias).

4. Como resulta de la reseña anterior, la negación del beneficio reclamado por el actor devino esencialmente de su propia inactividad, pues no siendo de origen legal, omitió presentar la prueba de la cual pudiera inferirse que podía acceder a él, omisión que a la postre impedía el acogimiento de su pretensión.

Ahora bien, el despacho favorable de dicha petición no podía fundarse, como lo pretende el actor, en la circunstancia de haberse reconocido dicho beneficio a Carlos Julio Latta Arias, trabajador de la misma empresa, en las sentencias de 21 de noviembre de 1997 y 19 de febrero de 1998, pronunciadas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta y el Tribunal Superior de Distrito Judicial con sede en la misma ciudad, dentro del proceso ordinario laboral en el cual fungió como demandante, sin tener derecho a él, pues no puede perderse de vista que de conformidad con el principio establecido por el art. 17 del C.C. "... las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas" y por ello a los jueces les está vedado "... proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria", luego la decisión tomada dentro del proceso promovido por dicho trabajador carecía de fuerza vinculante en la definición del asunto *sub júdice*, menos aún si con ella se reconoció un derecho a quien no podía beneficiarse de él, pues el error judicial no constituye fuente de derechos, ni puede erigirse en fundamento para la comisión de nuevos desaciertos.

En las condiciones descritas, es claro que de dicha decisión no puede derivarse el quebranto de ningún derecho fundamental del actor, particular-

mente de su derecho a la igualdad. Lo que se vislumbra tras su pretensión es su empeño en obtener el reconocimiento de un derecho cuya titularidad no acreditó ante el juez ordinario, por el cauce procesal pertinente, so pretexto de recibir un trato semejante a quien se le concedió, sin poder acceder a él, pretensión que *prima facie* resulta inadmisibile, por su marginamiento de la ley, único marco dentro del cual puede procurarse y obtenerse la realización de la garantía constitucional en mención.

Así las cosas, como no se vislumbra una situación de quebranto o amenaza de ningún derecho fundamental del actor, que sea necesario restablecer, el amparo pedido no se podía conceder, condiciones en las cuales debe confirmarse la decisión que así lo estimó.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *Confirma* la sentencia objeto de impugnación.

Notifíquese lo decidido, mediante comunicación telegráfica a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo pronunciado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA: La acción que pretende la orden a un notario para que eleve contrato a escritura pública debe presentarse por todos los intervinientes en el negocio jurídico; es incompleta la legitimación cuando la tutela se presenta sólo por una de las partes.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5302

Decidese la impugnación formulada por Juan Fonseca Rodríguez y Martha Ligia Medina Pinto contra el fallo del 6 de agosto de 1988, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil- del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el trámite de la tutela promovida por los impugnantes contra el Notario Primero de la misma ciudad, Dr. Hermann Pieschacon Nigrinis.

I. ANTECEDENTES

1. Los mencionados accionantes promovieron acción de tutela contra el funcionario público referido, aduciendo vulneración del derecho al debido proceso; para su protección piden que se le ordene al mismo aceptar un poder especial que en documento privado autenticado confirió Hernando Betancur Bedoya a Luis Felipe Castillo Garzón para enajenar el apartamento 202, Bloque 1 del Conjunto Multifamiliar Madelena Agrupación 5, en aras de que se pueda otorgar la escritura pública de venta que en favor de ellos habían prometido el citado Betancur Bedoya y su hermana Martha Betancur de Castillo.

2. Fundan su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que mediante documento privado del 13 de octubre de 1988, Hernando Betancur Bedoya y Martha Betancur de Castillo prometieron venderle a ellos el apartamento 202 del Bloque 1 del Conjunto Multifamiliar Madelena Agrupación 5, y como en la notaría accionada se elevó a escritura pública el Reglamento de Propiedad Horizontal de dicho conjunto, se convino que allí se otorgaría la escritura prometida, bajo la condición de cancelación total del precio, incluyendo el pago de un crédito hipotecario a favor de Concasa;

b) que el 16 de abril de este año fueron a dicha notaría a firmar la escritura, con los documentos de ley y un poder especial auténtico otorgado por Betancur Bedoya a Luis Felipe Castillo el 14 de diciembre de 1988, pero no se pudo otorgar el instrumento porque el notario adujo la antigüedad del aludido poder, a pesar de que se explicó que era difícil ubicar al poderdante por residir en el exterior, y que no conocían una norma legal sobre el término de vigencia a un poder especial;

c) Que aunque el notario admitió desconocer normas sobre el particular, manifestó que por lo antiguo del poder no se le medía al asunto para no tener problemas y que se le allegara un poder más reciente, respuesta que también les han dado en otras notarias adonde han acudido para la escritura prometida;

d) Que la negativa de los notarios, especialmente del accionado, viola indirectamente el debido proceso, porque las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales a los que la misma ley prevé, y la antigüedad de un poder no se encuadra dentro del proceso de control de legalidad a cargo de los notarios; además de que conforme a la Constitución las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deben ceñirse a la buena fe, que se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, principio que también se vulnera con la descrita actitud omisiva.

3. Dijo el funcionario accionado al replicar esta acción, en síntesis, que los accionantes comparecieron a su despacho para otorgar una escritura con un poder de casi 10 años de antigüedad, ante lo cual se les manifestó que eso no era posible porque el poder especial, distinto al general, debe ser reciente, pues el poderdante puede haber fallecido y con ello podría haber terminado el mandato. Además, si en una promesa de compraventa se dice que la escritura se hará en cierta fecha, pasada esta el mandato especial caduca.

Agrega que no conocía la promesa allegada a la tutela, en la que se señaló las 10 a.m. del 30 de mayo de 1989 para el perfeccionamiento de la compraventa en esa notaría, y se fijó como condición para la firma de la escritura que los promitentes compradores hubiesen cancelado los impuestos y la obligación hipotecaria de Concasa; entonces, como según el art. 23 de la Ley 51 de 1918 "La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse", y en el caso a que se refiere dicha promesa, "...tiene mucho más de un año de vencida, no puede con base en ella correrse la escritura que pretende el interesado...", porque se trata de un contrato fallido que no es exigible.

Termina diciendo que la tutela es para la protección de los derechos fundamentales, "...y en ningún caso para derechos sustantivos, que es el asunto materia de la acción iniciada...".

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

El tribunal, para negar el amparo, apunta en sus primeros considerandos que como los notarios prestan un servicio público, sus decisiones pueden debatirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, según el

artículo 195 del Decreto 960 de 1970, son responsables civilmente de los daños y perjuicios que se causen a los usuarios del servicio por dolo o culpa: siendo evidente que los accionantes tienen otro medio de defensa judicial, lo que hace improcedente la tutela, afirmaciones que apoya con jurisprudencia del Consejo de Estado.

También señala que la tutela ni siquiera procede como mecanismo transitorio, porque lo pedido no es susceptible de amparar transitoriamente, pues al suscribirse la escritura pública, tal suscripción sería definitiva.

Añade el sentenciador que lo pedido, no por el mandatario-sino por los promitentes compradores, sólo puede ser debatido ante los jueces competentes, dentro de los términos legales y con audiencia de todos los involucrados, para que se decida si el notario ha obrado o no conforme a las normas que lo rigen y se definan las responsabilidades consiguientes; además, el poder se otorgó al día siguiente de la promesa para que se suscribiera la escritura pública de compraventa, acto que debía llevarse a cabo, según la citada promesa, el 30 de mayo de 1989 en la Notaría Primera, "... fecha que siendo pasada, no aparece el nuevo convenio entre las partes para el señalamiento de una nueva oportunidad, sin el cual lo que hasta ahora se evidencia es un posible incumplimiento..."

III. LA IMPUGNACIÓN

Manifiestan los accionantes en su objeción, en resumen, que en el fallo se olvida que no se persigue una indemnización de perjuicios, sino que cese la vulneración de sus derechos fundamentales por la arbitrariedad del notario accionado en cuanto a la antigüedad del poder no prevista en ninguna norma, pues está legislando sobre la vigencia de un poder especial, lo que no se encuentra dentro de la función de control de legalidad en el notariado colombiano, conforme a los artículos 7, 15 y 17 del Decreto 960 de 1970 y 3 del Decreto 2163 de 1970.

Agregan los impugnantes que la antigüedad del poder especial no es causa de nulidad sustancial y por eso escapa al control de legalidad del notario, quien no conocía la promesa de venta y no podía fundar en ella su negativa, de suerte que ésta es arbitraria; lo lógico es que si un notario tiene duda sobre la validez o vigencia de un poder especial, puede plasmarlo en una constancia, pero ante la insistencia de los usuarios debe permitir el otorgamiento de instrumento público.

IV. CONSIDERACIONES

1. Según se extracta de los renglones precedentes, en esta petición constitucional los accionantes invocan vulneración de su derecho al debido proceso por parte del Notario Primero de Bogotá, D.C.; alegando que éste se ha negado a autorizar el otorgamiento de una escritura pública de compraventa de un inmueble, que tiene como manantial una promesa de contrato celebrado el 13 de octubre de 1988, por cuanto el funcionario no acepta el poder especial otorgado por uno de los promitentes vendedores, en virtud de su

antigüedad, como que fue otorgado en diciembre de 1988 y, exige, consecuentemente, que se allegue uno más reciente.

2. Es bien sabido que, de acuerdo con lo normado por el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un proceso judicial defensivo de los derechos fundamentales, a través del cual se puede buscar su "protección inmediata", siempre y cuando el afectado "no disponga de otro medio de defensa judicial", excepto cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; instrumento que no fue enfronzado en el derecho colombiano para inmiscuirse de manera indebida en las actuaciones a cargo de las otras autoridades, sino únicamente para contrarrestar situaciones de hecho, de comprobada arbitrariedad, con un carácter eminentemente subsidiario o residual, es decir, viable en ausencia de otro medio de defensa judicial, salvo la excepción antes dicha¹.

3. Por otro lado, importa destacar que, de acuerdo con lo reglado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, esta acción debe ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, por sí misma o a través de su representante, aunque también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud; previsión legal que delimita el punto de la legitimación por activa en este mecanismo, instituido para que quien padezca un quebranto actual o inminente en los indicados derechos pueda obtener la protección constitucional, bien sea que ésta se solicite directamente por el afectado, o su representante, o por quien actúe en su nombre como agente oficioso en caso de hallarse él en imposibilidad de pedirla.

De igual manera, si una peculiar situación acusada por vía de tutela es padecida de manera inescindible por varias personas, sin que sea posible establecer cuál es el eventual desmedro de cada una individualmente considerada, es necesario que todas ellas concurren a pedir el amparo constitucional para que pueda darse una verdadera y completa legitimación.

4. Preciado lo anterior, la Sala estima que la petición *sub lite* no puede despacharse favorablemente, porque como en el caso concreto la hipótesis de vulneración no puede predicarse únicamente de una de las partes del contrato cuya elevación a escritura pública no permite el notario accionado, la tutela, al igual que dicho negocio jurídico, requiere la voluntad expresa y unánime de todos los partícipes en el pretendido acto, en especial del mandatario designado en el poder que se tilda de antiguo, quien como representante del respectivo mandante se afecta de una forma más directa con la decisión en comento, de tal manera que al no haberse propuesto esta acción por todos los interesados se genera una legitimación incompleta, sin que sea admisible el patrocinio de los intereses de los aquí ausentes por parte de los accionantes;

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-01 de 1992.

toda vez que no está acreditado que los primeros se encuentren imposibilitados para promover su propia defensa, y, como lo ha sostenido la doctrina constitucional en estos tópicos de la legitimación, "...el sistema jurídico no debe propiciar que se tome o aproveche el nombre de otro, sin ninguna clase de advertencias, para provocar decisiones judiciales con intereses reales distintos o contra la voluntad del verdadero titular de los derechos que se invocan"².

Y no se pasa por alto que la Corte procuró la citación en dos oportunidades de quienes sin participar en la acción de tutela posiblemente podrían estar interesados en el contrato frustrado por la decisión notarial ahora atacada, con el fin de interrogarlos en relación con su interés al respecto y los hechos debatidos; pero ello no fue posible, toda vez que los actores no prestaron la colaboración debida para el efecto, pues ni siquiera suministraron las direcciones y teléfonos donde se les podía citar, tal como se les requirió; se limitaron a presentar, a través de su apoderado, un escueto memorial donde se afirma que aquellos estarán fuera de la ciudad hasta mediados de mes.

5. Finalmente, todo lo dicho debe entenderse sin desmedro de las correspondientes acciones civiles que puedan promover los petentes con fundamento en el contrato de promesa de compraventa, eventos en que el juez natural de este tipo de controversias podrá tomar las decisiones que en derecho corresponda.

6. De esa manera, por las razones expuestas en esta providencia, se confirmará el fallo impugnado.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de fecha y procedencia preanotadas.

Comuníquese esta decisión a las partes mediante telegrama.

Oportunamente remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss (en permiso), Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO CIVIL: El proceso ejecutivo es el medio de defensa al que puede acudir el interesado en obtener el cumplimiento de la obligación de suscribir escritura pública y entregar inmueble, adquirida en audiencia de conciliación; ni la acción de tutela ni el proceso de entrega son procedentes.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5319

Decidese la impugnación formulada por Isabelina, María Lucila y Carlos Hernán, todos Avendaño Vanegas, contra el fallo del 31 de julio de 1998, proferido por el Tribunal Superior—Sala Civil— del Distrito Judicial de Medellín, en el trámite de la tutela promovida por los impugnantes contra el Juzgado 6° Civil del Circuito de esa ciudad.

I- ANTECEDENTES

1. Los accionantes en mención propusieron acción de tutela contra el referido despacho judicial, aduciendo vulneración del derecho al debido proceso. Para su protección piden que se ordene a la aludida autoridad que proceda a anular la audiencia de conciliación celebrada el 14 de noviembre de 1995, señalar nueva fecha para su realización y continuar en debida forma el proceso de resolución de contrato de compraventa, instaurado por ellos contra Alberto Leoncio Atehortúa Rojas.

2. Basan su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) Que en calidad de herederos de su difunto padre, Carlos Antonio Avendaño R., promovieron en el juzgado accionado un proceso de resolución del contrato de compraventa celebrado entre su progenitor, como vendedor, y Alberto Leoncio Atehortúa, como comprador, dado que éste no canceló el precio pactado; proceso que terminó por conciliación efectuada el 14 de noviembre de 1995, la que no es ejecutable porque se refiere a la entrega de un inmueble, que no procede por vía ejecutiva;

b) Que era deber del juez velar por que lo conciliado pudiera hacerse efectivo, pues no era procedente convenir en la entrega de un inmueble que se encuentra a nombre del comprador demandado, sin incluir la cancelación de

la escritura pública de compraventa y su inscripción en el registro público; además, como el demandado no cumplió lo acordado se solicitó al Juzgado la continuación del proceso, pero se negó la petición con el argumento de que el proceso había terminado por conciliación, según auto del 15 de mayo de 1996:

c) Que desde esa fecha andan de juzgado en juzgado intentando un proceso ejecutivo para recuperar el bien que Alehortúa tiene en su poder y ellos no han podido recuperar por el inmenso error descrito; así, en una demanda que correspondió al mismo despacho accionado se "...dijo traslado al demandado, él a través de abogado interpuso recurso y finalmente el mandamiento de pago no se ordenó porque el juez mantiene su posición a nuestro modo de ver equivocada de que el proceso es el ejecutivo por obligación de dar...", como lo reafirmó en auto del 9 de marzo de este año;

d) Que no obstante ser ilegal el auto que aprobó la conciliación antes referida, el Juzgado, en providencia del 8 de julio de 1998, se niega a invalidarla, lo que les impide ejercer su derecho a recuperar el inmueble e intentar una nueva demanda de resolución de la compraventa; de suerte que el comprador, sin pagar el precio, se mantiene como propietario y poseedor de dicho bien, protegido de cualquier proceso en su contra, vulnerándose su derecho a recuperar el dominio, o en último caso el precio pactado.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal comienza sus considerandos manifestando que la conciliación produce efectos de cosa juzgada y genera una transacción; contrato que sólo puede ser destruido por consentimiento mutuo, salvo norma en contrario, o por causas legales, como la nulidad o la rescisión, y "...que es unilateral cuando produce obligaciones principales para una sola de las partes (1496 ib.); caso en el que no es posible pretender su resolución y en el supuesto de incumplimiento de esta parte deudora, pues no concurren los presupuestos previstos en el artículo 1546 ib.; por tanto, del mismo surge para la otra parte interés jurídico que la legitima para pedir el cumplimiento coactivo...".

En el presente caso, sigue el sentenciador, solicitada la ejecución por los \$10'000.000 que el deudor se comprometió a pagar en la conciliación, los accionantes no interpusieron el recurso de apelación contra la providencia del 9 de mayo de 1998, por medio de la cual el despacho accionado denegó el mandamiento ejecutivo, omisión que no pueden suplir acudiendo a la acción de tutela, lo que tampoco sirve para que se constriña al demandado a cumplir "...a continuación del proceso, porque el mismo ya está terminado (art. 101, par. 3º, inc. 3 C.P.C.); tampoco se puede ordenar declarar la nulidad de la conciliación, pues lo procedente es pretensionar la nulidad o rescisión pero de la transacción...".

Luego, concluye el fallador, como no se configura quebrantamiento del derecho del debido proceso, no procede la tutela pedida.

Agrega que la parte demandante debe presentar demanda para ejecución de la obligación incumplida por el demandado con fuente en lo conciliado,

que "...según el acta contentiva tiene prestación de dar, que se desdobra en la entrega jurídica y material y en relación con el inmueble individualizado; significado de la frase: "...entregará... el inmueble a que alude el contrato objeto de este proceso..."; para lo primero procede el ejecutivo singular, legalmente regulado en los artículos 488, 501 Código Procesal Civil; y, para la restitución material del inmueble, procede el proceso abreviado, regido en los artículos 408 ss., 417 ib..."; y aunque esta norma no se refiere en sentido estricto a la restitución material del inmueble, se aplica por analogía según el art. 5° del mismo código. Así se hace efectivo el derecho reclamado surgido de la transacción, según el imperativo categórico del artículo 228 de la Constitución.

Por todo lo anterior, el Tribunal deniega la tutela pedida.

III. LA IMPUGNACIÓN

Dicen los accionantes en su descontento, en resumen, que ciertamente la conciliación produce efectos de cosa juzgada, pero cuando se celebra en legal forma, no cuando se hace ilegalmente como ocurrió en el proceso ordinario que ellos adelantaban en el Juzgado accionado, razón que los llevó a acudir a la tutela; además, les resulta doblemente oneroso que se les sugiera pedir la anulación de la misma y proceder luego a la restitución del inmueble.

Agregan que si acudieron a la justicia para la resolución de un contrato y ahora les toca acudir a otros dos procesos para recuperar lo que les pertenece, no saben cuándo tendrá solución su problema. Han acudido muchas veces a la vía ejecutiva, pero se les niega el mandamiento de pago, o porque hay una obligación alternativa en la que el demandado escoge si paga el dinero o devuelve el inmueble, o porque la conciliación no la suscribieron todos los demandantes, o porque versa sobre una obligación de dar o hacer, mientras que Alberto Leoncio Atehortúa utiliza toda clase de artimañas para evadir la obligación.

Insisten en que el proceso de resolución del contrato de compraventa terminó ilegalmente, porque la conciliación quedó mal definida y no se advirtieron al demandado las consecuencias de su incumplimiento, las cuales serían que el juez ordenara la cancelación de la escritura y su registro para que el bien quedara en cabeza de ellos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Dedúcese de los renglones precedentes que en la presente querrela constitucional los accionantes solicitan que se ordene al Juzgado 6° Civil del Circuito de Medellín que anule la conciliación celebrada el 14 de noviembre de 1995 dentro del proceso ordinario que ellos habían promovido contra Alberto Leoncio Atehortúa Rojas y que, en consecuencia, se siga con el trámite normal del mismo, argumentando que el acto conciliatorio fue ilegal por cuanto lo acordado no es susceptible de ejecución alguna, ya que no han podido recuperar el inmueble objeto del contrato cuya resolución allí se pedía, pese a que lo han intentado muchas veces.

2. Asunto para cuya solución debe la Corte comenzar por reiterar que, en principio, las providencias judiciales no están sujetas al control de la acción de tutela, dado que los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que para tales fines la permitían en forma indiscriminada, se declararon inexecutable, pues tan excepcional herramienta de resguardo de los derechos superiores es eminentemente subsidiaria, vale decir, admisible cuando el afectado no tiene o no ha tenido otro medio de defensa en la respectiva actuación, amén de que los actos de los administradores de justicia no pueden moverse eternamente en el terreno de lo provisional, porque si se ha tomado parte en un proceso y se ejercieron o debieron ejercerse los recursos o medios de protección que allí se ofrecían "...no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial..."¹.

3. Sin embargo, desde la misma declaración de inexecutable antes referida se ha venido sosteniendo que la tutela contra providencias o actuaciones judiciales es posible de manera restringida, en aquellos eventos en que las mismas entrañen una vía de hecho, es decir, cuando en lugar de tener un soporte objetivo se arraigan en la sola voluntad caprichosa o arbitraria del funcionario, con desmedro para los derechos fundamentales y siempre que no exista otro medio al alcance del afectado para su defensa; casos en que, por cierto, la orden que imparta el juez de tutela no debe perturbar el problema litigioso debatido en el proceso, sino que se circunscribe al acto con el cual se produce la violación o amenaza².

4. Así las cosas, se debe concluir que la pretensión constitucional *sub lite* no es factible, toda vez que no hubo un error asimilable a una vía de hecho en el asunto revisado, además de que para lo relacionado con la defensa de sus derechos los accionantes tienen otros medios judiciales a su disposición.

En efecto: si bien es cierto que el acuerdo conciliatorio que ahora se impugna no fue redactado en forma absolutamente clara, de todas maneras no es ininteligible o absurdo, pues si contiene los elementos esenciales sobre lo que en forma inequívoca convinieron los contendientes, ya que se estipuló en su parte final que si el demandado dentro de los plazos pactados no cancelaba en su totalidad la suma de \$10'000.000 a los demandantes, entre ellos quienes aquí accionan, debía proceder a entregarles el inmueble sobre el cual versó el contrato de compraventa cuya resolución se pedía; entrega que, cual lo dijo el Tribunal tomando como norte el principio de efectividad del derecho sustancial, debe entenderse desde el punto de vista jurídico, esto es, con las obligaciones de hacer la escritura de cancelación de la compraventa

1 Corte Constitucional. Sentencia No. C-543 del 1º de octubre de 1992.

2 *ibidem*. Fallos T-079 y T-173 de 1993, tesis reiteradas, entre otras, en la sentencia C-037/95 que revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

inmediatamente y la consecuente restitución o entrega material, para lo cual se deben promover el o los procesos pertinentes, pues bien sabido es que la conciliación en los juicios declarativos apareja la terminación del proceso, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo (arts. 101 L. 446 de 1998, antes arts. 101, par. 3 C.P.C., 4 y 6 Dec. 2651 de 1991), de tal manera que en caso de renuencia de una de las partes en cumplir voluntariamente con lo acordado, es lógico que deba acudirse de nuevo a la administración de justicia para la satisfacción de las prestaciones incumplidas; situación que es distinta en los trámites ejecutivos donde el proceso sólo termina cuando se cumpla la obligación tal como quedó conciliado (art. 102 L. 446 de 1998, antes 7 D. 2651 de 1991).

Sin embargo, hácese necesario rectificar parcialmente lo anotado por el sentenciador constitucional de primera instancia, pues no es pertinente adelantar un proceso de entrega material del inmueble en forma independiente y con base en el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil, por ser claro, conforme al mismo artículo 501 *ibidem*, que se puede acumular a la pretensión de suscripción del respectivo documento, la entrega del bien, ya que en efecto la parte final del inciso segundo de dicho precepto prevé: "El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura."; lo que significa que si los peticionarios se deciden por esa vía no tendrían que adelantar la cantidad de procesos a que aluden.

Ahora: es verdad que el juzgado accionado, en otra actuación posterior y distinta del proceso ordinario concluido por conciliación, negó el mandamiento de pago respecto del cobro de los aludidos \$10'000.000 que Atehortúa Rojas se obligó a pagar a los petentes dentro de cierto plazo, aduciendo el despacho que ante el incumplimiento de la cancelación de esa suma solamente procedía la entrega del bien (fls. 30 y ss. c. copias); pero además de que estos últimos no controvirtieron esa decisión mediante los recursos de ley, también es cierto que no han agolado la última posibilidad en debida forma, porque no está acreditado, de acuerdo con los elementos de juicio arrimados al legajo, que hubiesen procurado seriamente obtener la entrega jurídica y material del inmueble conforme a lo convenido en la conciliación de marras, toda vez que la demanda intentada para el efecto en el despacho accionado, en octubre de 1996 (fls. 15 y ss. *ib.*), no fue objeto de un verdadero pronunciamiento negativo o positivo, porque el Juzgado se limitó a decir que no era procedente adelantar la ejecución a continuación del proceso ordinario sino en forma independiente y con sujeción al reparto de rigor (fl. 18 *id.*).

5. Entonces, con las precisiones anteriores, se confirmará el fallo impugnado.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de fecha y procedencia preanotadas.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

COMPETENCIA TERRITORIAL EN TUTELA. CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA: En cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de estas entidades, sin consideración al sitio donde se hubiere expedido el acto administrativo.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref.: Expediente No. 5383

Procédese a resolver el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados 25 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y 5° Civil del Circuito de Neiva (Huila), para conocer de la acción de tutela promovida por la sociedad denominada Trabajos Especiales Agrícolas S.A., "TEA S.A.", en frente de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado ante el Juzgado 5° Civil del Circuito de Neiva (Huila), la sociedad accionante solicita el amparo constitucional de los derechos consagrados en los artículos 15, 25 y 29 de la Carta Política, supuestamente vulnerados por la entidad pública accionada.

Con la petición de amparo en referencia, la accionante pretende que la Dirección Nacional de Estupefacientes, con sede en esta ciudad y representada por Ivonne Alcalá Arévalo, suspenda la ejecución de las Resoluciones números 0286 y 0287 de 24 de febrero de 1998, como también la resolución número 0554 de 9 de junio del mismo año, mediante las cuales se anuló unilateralmente el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes número 1389 de 14 de junio de 1995, vigente hasta el 14 de junio del 2000, y se abstuvo de expedir los certificados atinentes a carencia de informes por tráfico de estupefacientes requeridos para tramitar ante la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, lo concerniente con la cesión de cuotas efectuada, la compraventa de la aeronave de matrícula HK 1781E, el cambio de denominación social de la empresa, el ingreso de nuevos socios, el permiso de operación de las pistas de "Guamilos", "San Diego" y "El Limonar", y confirmar las Resoluciones números 0286 y 0287 precitadas.

En subsidio de lo anterior, solicitó amparar el derecho fundamental al debido proceso, ordenando al organismo accionado suspender la ejecución de las resoluciones señaladas, expresando los motivos reales que motivaron su expedición.

Todo lo anterior con apoyo en los fundamentos fácticos que relaciona en su libelo.

2. Mediante proveído con data del 24 de julio de 1998, el Juzgado 5° Civil del Circuito de Neiva (Huila), se declaró incompetente para conocer del amparo impetrado y ordenó remitir las diligencias a los Jueces Civiles del Circuito de Santafé de Bogotá, considerando que fue allí donde se sucedieron los hechos denunciados como constitutivos de la violación de los derechos fundamentales cuya protección demanda la entidad accionante y, donde tiene su sede la Dirección Nacional de Estupefacientes, acusada de la vulneración (fl. 45, c-1).

3. El Juzgado 25 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, al que le fueron repartidas las diligencias, mediante auto de 3 de agosto de 1998 se abstuvo, por su parte, de avocar el conocimiento del asunto, provocando el conflicto negativo de competencia y ordenando remitir el expediente a la Corte Constitucional para que se resolviera lo conducente, señalando como fundamento de su determinación que la Dirección Nacional de Estupefacientes, es un organismo estatal con competencia en todo el territorio nacional, por lo que sus decisiones pueden ser cuestionadas por vía de tutela, ante cualquier autoridad judicial del país, según lo sostenido por la Corte Constitucional en fallo que al efecto trae a colación (fls. 48-49, c. ib.).

4. La Corte Constitucional, por proveído de 19 de agosto último, decidió remitir el expediente a esta Corporación, considerando que sólo le incumbe resolver conflictos de competencia en materia de tutela, cuando estos se suscitan entre jueces o tribunales que no tienen un superior común, mas no en casos como el presente en que los Juzgados en conflicto son Civiles del Circuito de distintos distritos judiciales, puesto que su superior común es la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil y Agraria (fls. 70-74, c. ib.).

CONSIDERACIONES

1. En virtud de lo dispuesto en el art. 18 de la ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, esta Corporación es la llamada a dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado, dado que el mismo se genera por el factor territorial y entre dos juzgados pertenecientes a distinto distrito judicial, como lo son el 5° Civil del Circuito de Neiva (Huila) y su homólogo 25 de Santafé de Bogotá.

2. En punto de competencia territorial para conocer de las acciones de tutela, el artículo 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991 establece que lo son a prevención, en primera instancia, "los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presenta-

ción de la solicitud", salvo que se dirija contra la prensa y los demás medios de comunicación, en cuyo caso su conocimiento corresponde privativamente a los jueces del circuito del lugar.

De acuerdo con lo anterior, no se remite a duda que cuando la amenaza o violación de los derechos fundamentales cuya protección se reclama, acaece en lugares en que tengan jurisdicción distintos jueces o tribunales, todos ellos serían competentes para avocar el conocimiento de la acción. En tales condiciones, la elección entre los varios funcionarios corresponde al actor y, por ende, una vez que éste ha optado por uno de ellos, la competencia quedará definitivamente radicada en el despacho escogido.

3. En relación con la competencia para conocer de acciones de tutela instauradas para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por funcionarios u organismos que ejercen autoridad en todo el territorio nacional, la jurisprudencia sentada tanto por la Corte Constitucional como por esta Corporación, ha sido reiterativa en cuanto a que, dada la razón de ser de la referida acción, en cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de estas entidades, sin consideración al sitio donde se hubiere expedido el acto administrativo que dio origen a la supuesta amenaza o vulneración de los mencionados derechos, sin que pueda afirmarse que en tales casos deba coincidir ese lugar con aquel en que aquélla realmente se haya concretado, o que para impetrar la acción de tutela el accionante deba trasladarse a la ciudad donde esté radicada la sede principal del accionado.

4. Acorde con lo preanotado, es el Juez 5° Civil del Circuito de Neiva (Huila), el competente para conocer del amparo constitucional suplicado por el accionante y, así lo dispondrá la Sala, sin lugar a otras consideraciones.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria,

RESUELVE

Primero: Declarar que el Juzgado 5° Civil del Circuito de Neiva (Huila), es el competente para conocer de la acción de tutela promovida por la sociedad denominada *Trabajos Especiales Agrícolas, S. A., "TEA S.A."*, en frente de la *Dirección Nacional de Estuquefacientes*.

Segundo: Remitir el expediente al citado despacho judicial y hacerle saber lo así decidido al Juzgado 25 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DERECHO AL TRABAJO, PERJUICIO IRREMEDIABLE: La desvinculación laboral producida por una reestructuración administrativa no tiene la connotación capaz para generar una situación de daño grave o irreparable / **MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL, MECANISMO TRANSITORIO:** La procedencia del amparo como mecanismo transitorio a pesar de existir medios de defensa judicial (Corte Constitucional SU 039 DE 1997) está supeditada a la existencia de perjuicios irreparables. La demora de los procesos laborales no es argumento válido para desestimar este medio de defensa judicial.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5355

Decídese la impugnación formulada por Guillermo González Arcila, César Augusto Osorio Hincapié, Héctor Sterly Barreto Pulido, Luz Derly Mosquera Ramirez, José Fausto de la Cruz Jojoa, Martha Cecilia Rojas Mora, Lilliana Patricia Sarmiento Rodríguez, Freddy Ariel Peña Montoya, Angela Maria Beltrán Borrero, Ana Alicia Vélez Vinasco, Sandra Lilián Murillo Toledo, Blanca Stella Montealegre Morales, Naty Lilliana Valencia Londoño, Norbely Solórzano Castaño, Leonardo Peña Montoya, Diego Cardona Herrera, Gustavo Cepeda Avila, Bibiana Hernández Porras, Fanny Rubio Gaitán, Sandra Lorena Agudelo Rodríguez, Ana Milena Forero Patiño y Adriana Milena León Jiménez, contra el fallo del 12 de agosto de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil Familia- del Distrito Judicial de Armenia, en el trámite de la tutela promovida por los impugnantes contra el Alcalde Municipal de Calarcá (Quindío).

I. ANTECEDENTES

1. Los accionantes en mención presentaron acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra la autoridad pública referida, pidiendo la protección de los derechos a la dignidad humana, el trabajo, el debido proceso administrativo, la igualdad y la vida. Para su protección piden que se ordene la inaplicación temporal de los Decretos Municipales 057, 058, 059, 060, 061, 062, 063 y 064 de mayo del presente año, y en consecuencia, se les tenga como no desvinculados de sus respectivos puestos de trabajo en el ente municipal y con derecho a todos los emolumentos y prestaciones, mientras se

decide la controversia que simultáneamente han planteado por la vía contencioso administrativa.

2. Basan su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que el 29 de mayo del presente año el accionado les comunicó la insubsistencia de los cargos que ocupaban en el municipio de Calarcá, por supresión de los mismos, con fundamento en la reestructuración administrativa adoptada por medio de los decretos antes citados, por cuya virtud quedaron retirados inmediatamente o al regreso de sus licencias o vacaciones, quedándoles únicamente la alternativa de aceptar una indemnización o un eventual reintegro al cabo de seis meses, y ello a pesar de que no existe prueba suficiente de la expedición y publicación del Decreto 064 en la fecha indicada;

b) que el accionado, luego de recibir sus respuestas con expresiones de inconformidad por la falta de oportunidades para impugnar las actuaciones, les indicó en nuevo comunicado que la desvinculación correspondía a la supresión de cargos por reestructuración técnica, tratando de corregir así la presunta insubsistencia;

c) que las desvinculaciones son irregulares por falta de las exigencias previstas en la ley para ejecutar un acto administrativo que modifica o extingue situaciones particulares, además de la improvisación del alcalde al ejercer las facultades *pro tempore* que le concedió el Concejo Municipal por medio del acuerdo 005 del 23 de febrero de 1998 para la reestructuración de la administración, la que debía hacerse previos los estudios técnicos requeridos, los cuales no fueron conocidos por ellos;

d) que la administración municipal no atenderá pronto la indemnización de quienes se vieron obligados a aceptarla, puesto que no contaba con la disponibilidad presupuestal exigida por el art. 16 del Decreto 1223 de 1993, violándose así los artículos 2, 15 y 71 del Decreto 111 de 1996, además de que el producto directo y arbitrario de las actuaciones en cuestión es el desempleo de ellos y sus consecuencias, no obstante que el municipio tenía aprobado el presupuesto para este año, incluyendo las obligaciones laborales de sus cargos.

3. Dice la autoridad accionada en sus descargos que esta acción es improcedente por tratarse de un asunto de la jurisdicción contencioso administrativa, donde se puede pedir la suspensión provisional; además de que los actos administrativos que expidió tienen respaldo constitucional y legal, porque de acuerdo con los arts. 313-6 y 315-4 de la Constitución, los concejos y los alcaldes tienen competencia, respectivamente, para establecer la estructura de la administración municipal y suprimir los cargos que sean del caso, y la reforma administrativa se formaliza a través de actos administrativos generales.

Señala que la publicación de los actos se hizo a través de copias enviadas a los funcionarios encargados de cumplir con lo dispuesto en los mismos; y la

reforma administrativa en sí se dio con base en los principios de la autonomía local, prevalencia del interés general sobre el particular, efectividad del derecho sustancial, cumplimiento de los deberes generales del Estado y discrecionalidad de la administración pública, luego de un análisis interno y en consideración a la eficacia y eficiencia. Agrega que existe la disponibilidad presupuestal, aunque la administración, como bien deben conocerlo los accionantes, tiene un procedimiento que es necesario agotar.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, después de referirse a algunas características de la tutela, descende al tema de esta acción, encontrando que no está llamada a prosperar por dirigirse contra actos de carácter impersonal y abstracto, pues las disposiciones acusadas hacen referencia a la adopción de la estructura administrativa del municipio de Calarcá, las funciones administrativas de las dependencias municipales, el establecimiento del sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos, las funciones generales de los empleos, las escalas de remuneración y la planta de personal; y si bien los Decretos 063 y 064 no son de carácter general por referirse a la desvinculación de unas personas, "...tampoco procede la tutela al tener los afectados en sus derechos fundamentales la acción contencioso administrativa para discutir su validez y sustento jurídico."

A continuación el sentenciador se aplica a aducir que los derechos invocados no se vulneran con la reestructuración de la administración municipal, porque ésta se basa en las normas constitucionales y legales pertinentes; y anota que como en el presente caso los peticionarios iniciaron la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, que es la que debe decidir sobre la controversia instaurada y la suspensión provisional, desaparece el objeto de la tutela.

En cuanto al perjuicio irremediable, apunta el fallador que no se reúnen los requisitos jurisprudenciales sobre su ocurrencia.

De ese modo, niega la protección constitucional solicitada.

III. LA IMPUGNACIÓN

Dicen los accionantes, al atacar el fallo antes reseñado, que no es cierto que un acto que suprime unos empleos sea de carácter general ya que en esos casos siempre hay unos interesados y afectados directos, respecto de los cuales se modifican, crean o extinguen situaciones particulares y concretas, de tal suerte que se desconoció la posición que sobre estos aspectos ha adoptado el Consejo de Estado; además de confundir la inaplicación de los actos con la suspensión.

Manifiestan que se equivoca el Tribunal cuando considera que la acción contencioso administrativa puede excluir la protección transitoria de la tutela, ya que contradice los argumentos de la sentencia SU-039 de 1997, y desconoce que lo querido por el legislador con lo previsto en el artículo 8 del

Decreto 2591 de 1991 fue establecer un remedio temporal, sin tener que sufrir las consecuencias de una larga espera en el juicio ordinario.

Añaden que no existen causales de improcedencia de esta tutela, debido a que los perjuicios irremediables son ostensibles; y el fallo coloca al hombre de último frente a la congestión judicial, porque los derechos fundamentales invocados quedan suspendidos frente a los desesperantes e interminables juicios comunes.

IV. CONSIDERACIONES

1. Surge del compendio precedente que en esta querrela constitucional, los accionantes pretenden que por esta excepcional y subsidiaria vía se ordene a la administración municipal de Calarcá que proceda a inaplicar unos actos administrativos, por medio de los cuales se realizó una reestructuración administrativa, que incluyó la supresión y consecuente desvinculación de los cargos que ellos allí ocupaban; y que, consecencialmente, se les tenga como no desvinculados, con derecho a sus salarios y prestaciones, hasta tanto se decida la controversia contencioso administrativa que simultáneamente han planteado para revisar la presunta legalidad de dichos actos.

2. No es nuevo afirmar que la Constitución de 1991 consagró en su canon 86 la acción de tutela para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, "la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales", cuando éstos puedan resultar vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, y en ciertos casos de los particulares, acción que sólo procede cuando el afectado "no disponga de otro medio de defensa judicial", salvo que la utilice como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable.

Herramienta protectora de los derechos básicos que es eminentemente subsidiaria porque "...no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces...", y que además tiene la característica de la inmediatez, puesto que se trata de un mecanismo urgente para la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza¹.

3. También es necesario reiterar la jurisprudencia de la Sala en cuanto que la tutela "...por regla general... no procede contra actos administrativos, como quiera que en la legislación positiva existen medios de defensa judicial contra éstos, lo que indica que solamente cabría la acción de tutela en el caso de demostrarse la inexistencia de otro medio de defensa por el interesado..."², criterio que igualmente ha pregonado la Corte Constitucional desde su primera sentencia³, pues ha sostenido de manera general la improcedencia de

1 Corte Constitucional. Sentencia T-01 de 1992.

2 Sentencia del 17 de febrero de 1992, entre otros fallos.

3 T-01 de 1992, ya citada.

la tutela contra los actos administrativos, porque ello implicaría la usurpación de las competencias del juez contencioso administrativo, única autoridad judicial que en la órbita de sus facultades puede suspenderlos o anularlos.

4. Fijado el anterior marco conceptual y no estando en duda la fundamentalidad de los derechos invocados, aflora de inmediato la improcedencia de esta solicitud, por ser palmar que los Decretos 057, 058, 059, 060, 061, 062, 063, 064 de 1998, expedidos por la Alcaldía Municipal de Calarcá y cuya inaplicación aquí se pide en pos de un restablecimiento laboral transitorio, son pasibles de las acciones correspondientes ante la jurisdicción contencioso administrativa; mecanismos idóneos para la defensa de los derechos de los actores, que ya están en curso, según ellos lo afirman y se acreditó en estas sumarias, y a través de los cuales deben discutirse en definitiva los cargos referentes a si dichos actos son de carácter general o particular, si fueron expedidos y publicados debidamente y, en general, si se ajustan o no a las normas respectivas, pues tales tópicos son del exclusivo resorte funcional del aludido juez, que no puede ser invadido por la jurisdicción constitucional, ya que la competencia de ésta, según viene de verse, se circunscribe a frenar los agravios a los derechos cardinales cuando no haya otra forma de resguardo judicial, salvo que habiendo ésta, sea urgente prevenir un daño irremediable mientras se resuelve el respectivo litigio común o especial.

Y si bien es cierto que la doctrina constitucional en el fallo SU-039 de 1997 admitió que la tutela procede como mecanismo transitorio aun cuando el interesado disponga de la acción contencioso administrativa, o aun a pesar de que la suspensión provisional se le haya negado en el respectivo proceso, tratase de un concepto que no debe entenderse en forma amplia, sino restringida a los casos en que las medidas protectoras de los derechos fundamentales por el juez constitucional aseguren su goce y vigencia frente a vulneraciones o amenazas que requieran una solución de "...extrema urgencia, para evitar perjuicios o situaciones irreparables"; porque de acuerdo con la misma Corte Constitucional, esta acción no es para sustituir los otros medios de defensa judicial, ni es objetivo de la justicia constitucional tomar el lugar de las demás jurisdicciones a través de una extensión ilimitada de la tutela, de tal suerte que no es de recibo el argumento atinente a la demora de los procesos laborales, ya que admitir "...una fundamentación de este tenor implicaría en la práctica el desconocimiento tanto de la existencia de otros mecanismos judiciales como de las demás jurisdicciones"⁴.

5. Mírese además que en las acciones iniciadas por los petentes a la par con esta tutela, se ha solicitado la suspensión provisional de las decisiones locales antes mencionadas, medida cautelar prevista por el Código Contencioso Administrativo contra los actos administrativos de contenido general o particular, siempre que se cumplan ciertos requisitos (arts. 152 y ss.), y que,

⁴ Sentencia T-119 del 11 de marzo de 1997.

independientemente de la forma como sea decidida, es suficiente para los fines perseguidos por aquellos; sin que sea necesaria la intervención del juez de tutela toda vez el supuesto perjuicio irremediable que alegan está huérfa-no del más mínimo indicio en los autos, pues la desvinculación laboral produ-cida objetivamente por una reestructuración administrativa, no tiene la connotación capaz para generar una situación de daño grave o irreparable, actual o inminente, de los derechos superiores que deba ser solucionada con las medidas urgentes o impostergables propias de esta herramienta constitu-cional.

Por eso la Corte Constitucional en la sentencia T-301 de 1997 reiteró una vez más que "...las pretensiones de carácter laboral, cuando no se configuran situaciones extremas que ameritan excepción, deben tener curso ordinario..." en los respectivos tribunales. "...con sujeción a los procedimientos de esta misma naturaleza, lo cual implica, en términos del artículo 86 de la Constitu-ción, que la acción de tutela es entonces improcedente..."

6. Finalmente, tampoco puede ser de buen recibo la tesis referente a que la eventual demora de las acciones comunes o especiales suspende la vigen-cia de los derechos fundamentales, ya que con semejante argumento habría que admitir que la mayor parte de los litigios del país se ventilaran por este excepcional instrumento, lo que, como se dejó sentado, implicaría el descono-cimiento de esos otros medios de defensa judicial, indudablemente aptos para ventilar las diferentes controversias que se generan en la sociedad, e iría en desmedro de la competencia de las demás jurisdicciones para resolver los litigios que el orden jurídico les ha asignado, creándose de paso un caos des-comunal en el normal funcionamiento de la administración de justicia.

De esa manera, es terminante la carencia de fundamento del amparo cons-titucional *sub judice*.

7. Entonces, con las precisiones antes expuestas, emana la confirmación del fallo impugnado.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por auto-ridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia preanotadas.

Comuníquese esta decisión a las partes mediante telegrama y remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernan-do Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

CADUCIDAD ADMINISTRATIVA, DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION: Los causahabientes tienen derecho a impugnar el acto que decreta la caducidad administrativa en contratos celebrados por el de *cujus* con la administración. Vulneró el derecho la autoridad accionada que no dio trámite a los recursos interpuestos por aquellos.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *José Fernando Ramírez Gómez*

Ref.: Expediente No. 5356

Decide la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por el accionante contra el fallo del 21 de agosto de 1998, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, dentro de la Acción de Tutela promovida por *Luis Felipe Parra Marín* contra el *Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte (I.D.R.D.)*.

ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Felipe Parra Marín, obrando en su propio nombre, solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, la protección de sus derechos a la igualdad y debido proceso, consagrados con el rango de fundamentales por los arts. 13 y 29 de la C.P., los cuales considera vulnerados por el ente accionado con ocasión de los hechos que narró y se compendian así:

1. Es hijo legítimo de Felipe Antonio Parra Alvarado, fallecido en esta ciudad el 25 de septiembre de 1996, quien en vida recibió en arrendamiento del Fondo de Inmuebles Nacionales, el predio situado en la intersección de la Avenida 63 con transversal 48 del Distrito Capital, mediante contrato No. 427 de 1989.

2. El arrendador cedió el contrato al Distrito Capital de Santafé de Bogotá y a la Procuraduría de Bienes del mismo distrito, contrato que se encuentra impugnado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca,

por demanda instaurada por el arrendatario contra el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y la Procuraduría de Bienes del Distrito.

3. Careciendo de competencia y en una clara usurpación de funciones, la Directora de la institución accionada profirió las resoluciones 00364 y 00419 del 10 de junio y 22 de julio de 1998, respectivamente, mediante las cuales declaró una caducidad administrativa, rechazó los recursos de reposición y apelación interpuestos por el accionante y modificó la parte considerativa de la proferida en primer lugar, decisiones cuyo propósito es obtener la restitución del inmueble arrendado, "... cuando ni siquiera existe documento alguno, ni tampoco se notificó conforme a derecho, cesión del contrato por parte del Distrito Capital y la Procuraduría de Bienes del Distrito, arrendadores del inmueble del que actualmente estoy en tenencia en calidad de causahabiente del de cujus, Felipe Antonio Parra Alvarado".

4. Los recursos interpuestos contra la resolución 00364 no fueron tenidos en cuenta y ni siquiera se reconoció personería al apoderado del actor. La resolución 00419 igualmente se impugnó por vía de reposición, "... pero inexplotablemente el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte (I.D.R.D.), guardó silencio, manifestando que dicha resolución se encontraba ejecutoriada, pero como ya mencioné, sin referirse en ningún sentido al recurso interpuesto."

5. Las resoluciones cuestionadas constituyen vías de hecho pues carecen de fundamento legal y obedecen a la voluntad subjetiva de la Directora del Instituto accionado. Como consecuencia de lo decidido en ellas, no se le escuchó en su calidad de heredero del arrendatario y se le vedó el ejercicio de su derecho de defensa al no tener en cuenta los recursos interpuestos.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de compendiar la argumentación fáctica expuesta en el libelo de tutela y lo manifestado por el ente accionado en torno a la conducta que se le endilga, se refiere el tribunal a la naturaleza de la acción incoada, destacando sus caracteres esenciales, delimitando enseguida el contenido y alcance del derecho al debido proceso.

A continuación aborda el examen del asunto puesto a su consideración analizando la actuación adelantada para declarar la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento al cual alude el peticionario, sin vislumbrar el menoscabo del derecho cuya tutela se reclama, pues considera que "... la aplicación de la cláusula de caducidad es facultad o prerrogativa que otorga la ley a los entes estatales en los contratos administrativos, y si su aplicación en el caso concreto fuere ilegal, no es por vía de tutela que debe atacarse dicho acto administrativo, dado el carácter residual de este mecanismo, que sólo procede cuando no existan otras vías judiciales, sino mediante la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la cual de ser manifiestamente ilegal el acto impugnado, procede la suspensión inmediata".

Fundado en las consideraciones precedentes niega el amparo petitionado.

LA IMPUGNACION

Inconforme con dicha determinación el accionante la impugnó aclarando que la transgresión del derecho invocado no se deriva de la aplicación certera o desatinada de las causales por las cuales el arrendador podía dar por terminado el contrato de arrendamiento mencionado, sino de la forma arbitraria como se le desconoció su condición de causahabiente del arrendatario y su interés para recurrir tal determinación.

Agrega que en vida el arrendatario impugnó el contrato, correspondiendo a sus causahabientes asumir dicha controversia, de conformidad con lo establecido por el art. 87 del C.C.A., acotando que las resoluciones atacadas dejan sin piso el trámite jurisdiccional promovido por el causante con el propósito indicado.

CONSIDERACIONES

1. La vulneración de los derechos cuya tutela reclama el actor tiene su causa en el rechazo de los recursos interpuestos contra las resoluciones proferidas por la Institución accionada en el trámite surtido para declarar la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento 0427 del 24 de agosto de 1989, celebrado entre Felipe Antonio Parra y el Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por no estar legitimado para el efecto.

Ajuicio del peticionario, tal decisión vulnera los derechos invocados, pues en su condición de heredero y causahabiente del arrendatario tiene derecho para controvertir los actos administrativos mencionados.

2. Refiriéndose al derecho al debido proceso, ha señalado la jurisprudencia constitucional que "...la observancia de las normas legales que regulan un procedimiento, sea administrativo o judicial, es indispensable para preservar el derecho de quienes se ven sujetos a esos procedimientos y si la Administración actúa en forma arbitraria se produce la vulneración de este principio y se menoscaba el derecho de los particulares (...) Cuando frente a esa actuación administrativa los individuos cuentan con los medios suficientes para ejercer su derecho de defensa y para actuar dentro del proceso en procura de la protección de sus intereses, no puede decirse que se esté incurriendo, por parte de las autoridades, en violación alguna al derecho de defensa" (Corte Constitucional, Sent. T - 114 de 1996).

3. Como resulta de la prueba documental incorporada durante el presente trámite, mediante contrato 0427 del 24 de agosto de 1989, Felipe Antonio Parra recibió en arrendamiento del Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, un lote de terreno ubicado en la intersección de la avenida 63 con transversal 48 de Santafé de Bogotá, con un área de 2.781,57 M², en las condiciones estipuladas en el documento visible a fls. 29 a 31 del cuaderno principal.

Entregada la administración y manejo de los predios en los cuales se encuentra el lote de terreno mencionado, al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, dicha institución, mediante resolución 00364 del 10 de junio de 1998, esgrimiendo el incumplimiento de algunos de los compromisos asumidos por el arrendatario, declaró la caducidad administrativa del contrato, hizo efectiva la sanción establecida en su cláusula décima séptima, equivalente al 10% del valor del mismo y dispuso que de no ser posible recaudarla con la garantía otorgada por aquél, se ordenaría "... su cobro a través de Jurisdicción Coactiva".

En escritos presentados el 3 de julio del año en curso, Felipe Parra Marín, asistido de apoderado e invocando su condición de heredero del arrendatario, fallecido en esta ciudad el 25 de septiembre de 1996, pidió ser notificado de dicha decisión y la impugnó con los recursos de reposición y apelación, acompañando el registro civil de defunción del causante (fls. 13 a 15 c. 1), recursos que reiteró en escrito recibido por el accionado el 13 de julio siguiente (fl. 16 c. 1).

Mediante resolución No. 00419 del 22 de julio de 1998, la entidad accionada rechazó los recursos interpuestos por el actor, por no haberse presentado por "... el interesado o su representante o apoderado", pues consideró que el recurrente carecía de legitimación para intervenir en el trámite administrativo de caducidad del contrato supracitado, por haberse consagrado como causal para la declaratoria de caducidad del mismo la muerte del arrendatario y acaecida ésta, no transmitirse el contrato o los derechos derivados del mismo a sus herederos, condiciones en las cuales estimó "... que no existe persona que se encuentre legalmente facultada para interponer recursos sobre la Resolución No. 00364 del 10 de junio de 1998)".

Adicionalmente dispuso incluir dentro de la parte considerativa de la Resolución 00364 "... Que igualmente es menester que el I.D.R.D. decrete la caducidad administrativa del contrato, teniendo en cuenta el fallecimiento del arrendatario, Felipe Antonio Parra Alvarado" y ordenó realizar los trámites necesarios para obtener la restitución del inmueble, advirtiendo que contra dicha resolución no procedía recurso alguno (fls. 26 a 28).

En escritos presentados el 27 de julio de 1998; el accionante solicitó declarar la nulidad de lo actuado en el trámite administrativo adelantado, por haberse configurado los motivos de nulidad consagrados en los num. 6, 8 y 9 del art. 140 del C. de P.C. (fls. 18 a 22), e interpuso recurso de reposición contra la resolución 00419, en cuanto modificó la parte considerativa de la resolución 00364 para invocar la muerte del contratista como causal adicional para la declaración de caducidad administrativa del convenio (fls. 23 a 25).

A tales pedimentos dio respuesta la Directora del ente accionado, en oficio 27986 del 13 de agosto de 1998, dirigido al apoderado del actor, en el cual puso de manifiesto la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra la resolución 00419, por las mismas razones esgrimidas para rechazar los recursos

aducidos contra la resolución anterior. En cuanto a la petición de nulidad adujo no estructurarse ninguna de las causales invocadas, precisando, en relación con la indebida notificación del acto que declaró la caducidad administrativa del contrato, que "... no ha habido indebida notificación, en la medida que la única persona que tenía interés legítimo para controvertir la decisión del Instituto falleció" (fls. 34 a 38 c. copias).

4. En el contrato de arrendamiento al cual se refieren los actos administrativos controvertidos por el actor, se facultó al arrendador para declarar la caducidad administrativa del mismo, entre otras causas, por la muerte del arrendatario -cláusula décimo quinta-. Sin embargo, de dicha prerrogativa, cuyo ejercicio efectivamente aparece la terminación del convenio y la imposibilidad de continuarlo con sus sucesores, por no existir acuerdo sobre el particular, no puede seguirse, como lo pretende el accionado, la inexistencia de persona que pueda reclamar contra tal determinación, pues no puede perderse de vista que los herederos del arrendatario, le suceden jurídicamente y ocupan su lugar como titular de derechos y sujeto de obligaciones, en tanto sean transmisibles, condición en la cual están facultados para ejercer los derechos que le correspondían en el trámite administrativo adelantado para hacer efectiva dicha potestad, como interponer los recursos legalmente admisibles, por no estar cobijados por la intransmisibilidad que pretende atribuirles el accionado, menos aun cuando a la declaración de caducidad administrativa del contrato van aunados unos efectos de carácter patrimonial (sanción del 10% del valor del contrato), de los cuales van a ser llamados a responder, en el evento de no hacerse efectivos con la garantía constituida por el causante, precisamente como sucesores de éste en las prestaciones resultantes a su cargo como consecuencia de la terminación del pacto.

Así las cosas, es irrefragable que la ausencia del requisito exigido por el art. 52 del C.C.A. alusivo al interés que debe asistir al recurrente, esgrimida por el accionado como puntal del rechazo de los recursos interpuestos por el actor, resulta arbitraria, carente de fundamento y por ende lesiona su derecho fundamental al debido proceso, pues merced a ella le cercena sin justificación la prerrogativa de ejercer la legítima defensa de los derechos que correspondían a quien sucede, en la actuación administrativa referida, al impedirle utilizar los medios puestos a su alcance para el efecto indicado.

Frente al anterior estado de cosas, es evidente la fundabilidad del reclamo del actor y por ello la tutela pedida se debía dispensar, pues el afectado no cuenta con recurso judicial distinto a la tutela para obtener el restablecimiento del derecho conculcado.

En armonía con lo expuesto, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se concederá la protección solicitada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por auto-

ridad de la Ley, Revoca la sentencia objeto de impugnación y en su lugar dispone:

1°. *Tutelar el derecho al debido proceso del señor Luis Felipe Parra Marín y en consecuencia ordenar al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que reciba de esta decisión, dé trámite y resuelva, en la forma que legalmente corresponda, los recursos interpuestos por Luis Felipe Parra Marín contra las resoluciones Nos. 00364 y 00419 del 10 de junio y 22 de julio, respectivamente, proferidas por dicha entidad.*

2°. *Notifíquese lo decidido, mediante comunicación telegráfica a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo pronunciado.*

Notifíquese y cúmplase

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pinnetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DERECHO A LA PROPIEDAD, DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: El tercero que adquiere un inmueble con posterioridad a la medida cautelar de registro de la demanda no puede plantear el desconocimiento de su derecho a la propiedad si la sentencia que se produce en el proceso registrado le es desfavorable.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5380

Decídese la impugnación formulada por Graciliano Roldán Huerlas contra el fallo del 21 de agosto de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil Familia- del Distrito Judicial de Cundinamarca, en el trámite de la acción de tutela promovida por el impugnante contra el Juzgado de Familia de Soacha (Cund.).

I. ANTECEDENTES

1. El accionante en mención propuso acción de tutela contra la referida autoridad judicial, aduciendo vulneración de los derechos del debido proceso, la defensa de sus "intereses económicos" y la paz. Para su protección pide que en el proceso ordinario adelantado en el juzgado accionado por María Inés Marentes contra Eladio Parra Muñoz, y el proceso de liquidación que se siguió a continuación, se dicte la nulidad de lo actuado en relación con el predio de su propiedad denominado Villa Adriana, situado en la vereda de San Raimundo, municipio de Granada (Cund.), y consecuentemente se disponga la vigencia de la escritura por medio de la cual lo adquirió.

2. Funda la infracción aludida en lo que enseña se compendia:

a) que por escritura pública No. 1841 del 6 de mayo de 1996, otorgada en la Notaría 2a. de Soacha, registrada en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona sur, adquirió de Eladio Parra Muñoz el bien anteriormente relacionado, quien le hizo entrega real y material;

b) que casualmente se enteró del proceso ordinario promovido por María Inés Marentes contra Eladio Parra Muñoz en el juzgado accionado, en el que se pedía que se declarara la existencia de una unión marital de hecho y su

consecuente sociedad patrimonial, y que se decretara la disolución de ésta; actuación donde la actora relacionó el referido inmueble y obtuvo la inscripción de la demanda; luego se dictó sentencia que acogió las pretensiones y actualmente está en trámite la liquidación de la sociedad patrimonial;

c) que en la diligencia de inventarios y avalúos de este último trámite se denunció como único bien el proclio de su propiedad, audiencia a la que él compareció con apoderado y los documentos de adquisición y solicitó que "...se incluyera como pasivo el inmueble..", y en subsidio que se excluyera del inventario, pero el juez no aceptó sus peticiones, ni le concedió los recursos que interpuso y sustentó en tiempo;

d) que el juzgado también ordenó el registro de la sentencia del proceso ordinario y la cancelación de las transferencias de propiedad posteriores a la inscripción de la demanda, a consecuencia de lo cual se canceló el registro de su compraventa, lo que significa que perdió su propiedad en un proceso en el que no fue parte, sin haber sido oído ni vencido y sin posibilidad de poder acceder a dicho proceso por la naturaleza del asunto;

e) que la inscripción de la demanda está reservada para las pretensiones sobre dominio u otro derecho real principal y por ello no procedía en el proceso a que se ha hecho alusión.

II. EL FALLA DEL TRIBUNAL.

El tribunal, luego de referirse al debido proceso, recuerda que con la sentencia C-543 de 1992 se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que contemplaban la tutela contra providencias judiciales, aunque se consideró que podía proceder la acción cuando se incurra en vías de hecho.

Después el sentenciador plantea el caso concreto, encontrando que la inscripción de la demanda prevista en el artículo 690 del C.P.C. era procedente en ese asunto porque indirectamente se pretendía el derecho de propiedad sobre unos bienes; medida que no ponía éstos fuera del comercio pero sí daba publicidad sobre la existencia de un proceso judicial, por lo cual los actos dispositivos o limitativos quedaban supeditados a la decisión que se tomó en la sentencia.

Y concluye el fallador que como la compraventa celebrada entre Parra Muñoz y el accionante fue posterior a la inscripción de la demanda, el auto del 24 de febrero del presente año, que ordenó el registro de la sentencia y cancelación de las transferencias y gravámenes posteriores a esa inscripción de la demanda "...es acorde con lo previsto en el artículo 690-1-a) del Código de Procedimiento Civil y por tanto no vulnera el debido proceso ni el derecho de defensa del tercero que, con posterioridad a la inscripción de la demanda, adquirió el bien por compra hecha al demandado, pues él sabía perfectamente que al hacerlo se exponía a las resultas del proceso."

Por tales razones, niega el amparo constitucional solicitado.

III. LA IMPUGNACIÓN

Expresa el accionante en su inconformidad que las medidas previstas en el artículo 690 del C.P.C. son para los procesos ordinarios en general, pero no para el revisado, porque en los procesos de "nulidad y divorcio de matrimonio civil y de separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales", que son como el proceso objeto de esta acción, son procedentes las medidas cautelares especiales previstas en el art. 691; de manera que surge su convicción "...de que se incurrió en aplicación indebida del art. 690 y falta de aplicación del art. 691..."

IV. CONSIDERACIONES

1. Ha quedado claramente establecido que en la petición constitucional *sub judice* su proponente, invocando vulneración para varios derechos cuyo eje es el debido proceso, persigue que por esta excepcional vía se anulen las siguientes decisiones del Juzgado de Familia de Soacha, antes Promiscuo de Familia: a) la orden de inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al predio Villa Adriana, situado en la vereda de San Raimundo, municipio de Granada (Cundinamarca), decretada en el proceso ordinario de declaración de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes de María Inés Marentes contra Eladio Parra Muñoz (fl. 29 c. 1); b) el auto del 24 de febrero del presente año, por medio del cual se ordenó inscribir en dicho folio la sentencia que atorgó las súplicas de la demanda en el aludido proceso, así como "...la cancelación de las transferencias de propiedad y gravámenes que se hubiesen constituido en ellas (sic) después del registro de la demanda..."; y c) la inclusión del precitado bien en la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial que se siguió a continuación.

2. Desde los primeros tiempos de la acción de tutela la jurisprudencia comenzó a tallar la conocida doctrina que rechaza la actuación de la misma contra providencias judiciales, juicio que alcanzó solidez indiscutible con la declaración de insubsistencia de los arts. 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991¹, pues, entre otras cosas, sería aberrante que el juez a cargo de este instrumento estuviese inmiscuyéndose en los recodos de los distintos trámites judiciales pendientes o terminados; dictando decisiones dentro de un abierto paralelismo con los jueces naturales, quienes por atribución constitucional y legal los orientan; porque esas intromisiones, además de ir en contravía de las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio, causarían enorme desmedro a los principios de autonomía, desconcentración e independencia funcionales de los administradores de justicia (arts. 29, 228 y 229 C.N.).

3. Sin embargo, la misma doctrina jurisprudencial en comento ha admitido que en los casos excepcionales en que las providencias o actuaciones judi-

¹ Corte Constitucional. Sentencia No. C-543 del 1º de octubre de 1992.

ciales se adopten a través de las vías de hecho, es decir, cuando no se emiten con base en un sustento objetivo sino arraigadas en la sola voluntad caprichosa o arbitraria del funcionario y causen un desmedro en los derechos fundamentales, es procedente la concesión del amparo constitucional, siempre que el afectado no tenga otro medio al alcance para su defensa; eventos en que la orden que expida el juez constitucional para la corrección o remoción del acto generador de la violación o amenaza, no puede concernir con la cuestión litigiosa que allí se debata.²

4. En el proceso ordinario sometido a revisión en sede de tutela, en el que María Inés Marentes solicitó frente a Eladio Parra Muñoz que se declarara la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y se ordenara la liquidación de la misma (fls. 24 y ss. c. 1), el juzgado accionado acogió la petición de inscripción de la demanda respecto del inmueble Villa Adriana, denunciado como activo de la comunidad patrimonial; decisión que, sin embargo de que pueda ser discutible, no constituye una vía de hecho, por cuanto se refiere a un tópico de aplicación de la ley para lo cual el juez debió interpretarla en relación con el contexto de la demanda, sin que pueda aducirse que en tal labor incurrió en un yerro protuberante.

Ahora bien: inscrita la demanda el 6 de diciembre de 1995 cuando aún figuraba como propietario el demandado Parra Muñoz, esto es, antes de registrarse el contrato de compraventa ajustado entre éste y el accionante, que lo fue el 14 de junio de 1996 (fls. 7 s. c. 1), resultaba lógico que éste quedara sujeto a los efectos de la sentencia que declaró efectivamente existente la sociedad patrimonial que allí se peticionaba, como también fue jurídico que se cancelara la inscripción del contrato de compraventa que sirvió de base a su derecho de propiedad, ya que de conformidad con la norma en comento, el registro de la demanda no saca los bienes del comercio "...pero quien los adquiriera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332..." (inc. 3), y si ésta es favorable al demandante "...en ella se ordenará su registro y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere... Si en la sentencia se omitiere la orden anterior, de oficio o a petición de parte la dará el juez por auto que no tendrá recursos..." (inc. 5); de tal manera que tampoco puede encontrarse el defecto de la vía de hecho en las otras actuaciones atacadas con la presente acción.

5. Y no es de recibo el argumento del inconforme en cuanto a que perdió su propiedad sin ser oído y vencido en juicio, puesto que la inscripción en el registro público inmobiliario tiene efectos de publicidad frente a terceros, como genéricamente lo consagra el artículo 44 del Decreto 1250 de 1970, entre

2 *Ibidem*. Fallos T-079 y T-173 de 1993; tesis reiteradas, entre otras, en la sentencia C-037/96 que revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

otros, y especialmente lo prevé el aludido artículo 690 del C.P.C. para los casos de inscripción de la demanda, de suerte que es inexcusable invocar desconocimiento de las anotaciones allí realizadas, por cuanto no consultar debidamente las correspondientes matrículas inmobiliarias antes de llevar a cabo negociaciones sobre bienes sujetos a registro, constituye culpa (art. 63 C.C.) que no puede invocarse en provecho propio, según el principio universalmente aceptado.

Tampoco puede aceptarse el planteamiento sobre la indebida aplicación del reglado 690 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación del 691 *ibidem*, en la medida en que las cautelas tipificadas en éste último, en virtud del principio de especificidad que caracteriza las medidas cautelares, sólo son aplicables a los casos allí previstos, pero no a los procesos ordinarios sobre declaración judicial de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes a que se refiere la Ley 54 de 1990.

6. Finalmente, en lo respecta con los recursos que el peticionario interpuso en la diligencia de inventarlos y avalúos, actuando como pretense acreedor de la sociedad en liquidación, obsérvase que el funcionario accionado se pronunció expresamente sobre los mismos, por cuanto resolvió la reposición, aunque adversamente, y negó la apelación por considerarla improcedente, negativa ésta que, por cierto, no fue reprochada por el interesado.

7. Ineludible es, entonces, concluir en la confirmación del fallo impugnado.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia preanotadas.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados y oportunamente remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO CIVIL: La decisión que niega al rematante el reconocimiento de gastos como servicios públicos y administración del inmueble adjudicado no vulnera el derecho por cuanto no existe disposición legal que autorice reconocerlos.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., primero (1º) de octubre de mil novecientos noventa y ocho [1998].

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref.: Expediente No. 5385

Decide la Corporación la impugnación interpuesta contra el fallo de 28 de agosto del presente año, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante el cual se denegó la acción de tutela interpuesta por *Pedro Gabriel Medina Heredia*, en frente del *Juzgado 19 Civil Del Circuito* de esta misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, el accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, supuestamente vulnerados por el órgano judicial accionado.

En concreto pide, se ordene al mencionado juzgado que en el término de 48 horas, le devuelva las sumas de dinero canceladas por servicios de administración, energía, acueducto y alcantarillado, que pagará en relación con el inmueble que rematará en el proceso ejecutivo con título hipotecario promovido por *Elizabeth Cuevas Bayona* y *Julia Albarran Medellín* contra *Maria Claudia Pérez Quijano*.

2. Como hechos sustentatorios de su petición se extractan:

2.1 En el proceso ejecutivo mencionado, tramitado en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, remató el apartamento No. 402 y el garaje No. 4, ubicado en la calle 137 No. 15-30 de esta capital, por la suma de \$53.000.000,00.

2.2 No obstante que la liquidación del crédito a 5 de mayo de 1997, arrojó la suma de \$27.648.000,00, quedando dineros para restituir al ejecutado, el Juzgado se ha negado a devolver al accionante las cantidades pagadas por concepto de servicios domiciliarios y de administración del inmueble subastado.

2.3 En casos similares al aquí propuesto, el juzgado ha ordenado la devolución de los dineros respectivos a los rematantes, como sucedió en los procesos ejecutivos adelantados por Mazda crédito contra Rosa María Martínez y de Myriam Díaz de Sanabria contra Jorge Enrique Rubio.

2.4 Como interpusiera los recursos pertinentes contra la decisión cuestionada, sin resultado positivo, no tiene otra alternativa que acudir a la acción de tutela.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Previo el resumen de los antecedentes del asunto, acometió el *a-quo* el análisis de rigor precisando, en síntesis, que la tutela es un mecanismo de utilización residual, en la medida en que no puede convertírsela en una instancia adicional para reexaminar el derecho que fuera cuestionado y definido por los procedimientos legales y ante las autoridades competentes.

Empero, añade, es posible hacer actuar tal mecanismo frente a los actos de los funcionarios públicos, cuando éstos por las vías de hecho en sus actuaciones, proceden en abierta contradicción o violación de la ley, siempre que con ellas se conculquen derechos fundamentales como el debido proceso, pero sin que dicha posibilidad pueda convertirse en justificante para que el juez constitucional entre a resolver la cuestión litigiosa debatida en el proceso.

En el caso en estudio, prosigue el fallador de primer grado, el Juzgado accionado denegó, mediante auto de 19 de enero de 1998, la devolución de los dineros a que alude el accionante, determinación contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, enfatizando que en actuaciones semejantes dicho despacho había ordenado reintegros similares. El Juez del conocimiento, empero, mantuvo su decisión denegando la concesión del recurso de apelación.

De acuerdo con lo anterior, acota, lo reprochado es el criterio del funcionario en relación con las sumas de dinero de cuya devolución se trata, invertidas en el bien subastado las que, como aquél lo determinará, no hay lugar al reintegro en tratándose del pago de servicios públicos y de administración, situación que aunque puede afectar patrimonialmente al rematante, no abre paso al amparo solicitado por no conllevar dicha decisión la violación de derechos fundamentales y, en especial, el del debido proceso, ya que no se produjo en contravención del art. 29 de la norma superior, como que en disposición alguna el legislador faculta al juez para hacer el reintegro pretendido por el rematante y aquí accionante.

Pretender lo contrario, concluye el *a-quo*, sería tanto como desnaturalizar la acción de tutela, toda vez que de instrumento directo e inmediato para la protección de los derechos fundamentales que es, pasaría a convertirse en un recurso procesal adicional para volver a discutir cuestiones de carácter sustancial y procedimental.

Con sustento en tales razonamientos, denegó el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Aduce el accionante, en resumen, que ciertamente no existe norma legal que faculte al juez a entregar los dineros cuya devolución pretende, pero debe, al respecto, adoptar un criterio uniforme, es decir, igual para todos los casos. Sin embargo, acota, ese no fue el proceder del Juzgado accionado, pues mientras le niega su solicitud a otros que se hallaban en situaciones semejantes, les reembolsó lo pagado por conceptos similares a los aquí reclamados, violando así el derecho a la igualdad.

De otra parte, arguye, la solicitud de devolución de dineros formulada, fue coadyuvada por el secuestro, por cuanto al practicarse la diligencia de secuestro el inmueble se encontraba desocupado y, luego, apareció la demandada y se posesionó de él aduciendo que ya había cancelado lo adeudado.

Con base en dichos razonamientos, solicita la revocación de la sentencia impugnada para, en su lugar, se ordene el reintegro de los dineros reclamados.

CONSIDERACIONES

1. Entre las características esenciales de la acción de tutela consagrada por el art. 86 de la Carta Política, se hallan las de la subsidiaridad y la inmediatez. De acuerdo con la primera, sólo resulta procedente acudir a dicho mecanismo en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, o sea, cuando el afectado con la amenaza o vulneración de un derecho fundamental no disponga de otro medio de defensa judicial, excepto cuando se busque evitar un perjuicio irremediable, pues en dicho evento la urgencia de amparar tal derecho, impone la intervención judicial inmediata, aunque transitoria, atendida la consideración de que la decisión del juez ordinario podría ser tardía ante una situación grave ya creada; conforme con la segunda de las características señaladas, el amparo ha sido instituido como remedio de aplicación urgente que se hace necesario dispensar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho, objeto de la amenaza o vulneración.

En otras palabras, la acción en comento solo tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional, para dar respuesta eficiente y oportuna a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos contemplados en la ley, que impliquen la transgresión o amenaza de un derecho fundamental en circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una evidente indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental.

Por manera que dicho instrumento de protección no puede converger al unísono con otras vías judiciales, por cuanto, insístese, no es un mecanismo el cual se pueda activar según la discrecionalidad del interesado, ni mucho menos para eludir el que de manera específica señale la ley.

En consecuencia, cuando se tiene o ha tenido al alcance un medio de defensa judicial ordinario, más aún, cuando ese medio se ha empleado y ago-

tado, adelantándose un proceso, no puede pretenderse, con validez, adionar, al trámite ya surtido, una acción de tutela, pues al tenor del art. 86 de la norma superior, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra vía judicial de protección aún cuando, ella haya culminado en un pronunciamiento no definitivo del derecho. Es que tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso y, por tanto, a nadie le es dable alegar que careció de medios de defensa, si gozó de la oportunidad de un proceso y tomó parte en él hasta su conclusión, ejercitando los recursos de que disponía.

2. En el caso que ocupa la atención de la Corte, bien pronto se advierte la improcedencia de la acción incoada por el accionante pues, de un lado, se dirige contra una providencia judicial que no carece de sustentación atendible y, respecto de la cual, aquél reconoce que no es injurídica por cuanto, realmente, no existe disposición legal que autorice reconocerle, al rematante, gastos como los que efectuara en relación con la cosa rematada, y ello encuentra explicación en el hecho de que estando secuestrado el bien, es al secuestre a quien corresponde entenderse con la administración del mismo y quien, de haber sufragado alguno, deberá rendir las cuentas respectivas al terminar su función, a efectos de que el juez les imprima el trámite necesario para su aprobación (arts. 683 y 689, C. de P.C.); y, de otro lado, porque en relación con la misma, interpuso el recurso de reposición el que, fue tramitado y decidido en debida forma. Luego, por tales aspectos la decisión no comporta vía de hecho alguna vulneratoria del derecho al debido proceso (fls. 33-37. c-1).

Es más, en la providencia decisoria del recurso de reposición interpuesto, se contiene la explicación de las circunstancias que, en los otros casos citados por el quejoso, ameritaron decisiones distintas en pretéritas oportunidades. Por ende, tampoco, de allí surge la vulneración del derecho a la igualdad; desde luego, a otra conclusión se llegaría si respecto del mismo acto de remate y en relación con una pluralidad de bienes subastados por distintas personas, sólo se reembolsaran, sin fundamento válido, gastos en favor de algunos de ellos y no de otros, cuando todos tenían el mismo derecho.

3. En fin, se trata de cuestionar el criterio con base en el cual el Juzgado accionado edificó su decisión, y de pretenderse en sede de tutela, que dicho criterio sea variado, cuestión a la que no puede prestarse el Juez constitucional por conllevar una intromisión indebida en asuntos cuyo conocimiento adscribió el legislador a la justicia ordinaria, como que de hacerlo vulneraría las disposiciones legales reguladoras de la competencia.

4. Por lo demás, la solicitud del peticionario se circunscribe a la devolución de ciertas sumas de dinero, lo que la impregna de un carácter netamente patrimonial y, para tales menesteres, no se estableció la acción de tutela.

5. Siendo, entonces, palmaria la improcedencia del amparo pretendido, la confirmación del fallo impugnado se impone sin lugar a otras consideraciones.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación.

Comuníquese telegráficamente lo acá resuelto a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DERECHO DE PETICION: No se puede pretender que en tutela se obligue a la autoridad accionada a certificar hechos respecto de los cuales carece de soporte documental / **REGIMEN PENSIONAL:** Cuando los archivos de tiempo de servicio o de salario de un trabajador hayan desaparecido o los existentes no sean suficientes, es admisible acudir a cualquier otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente (artículo 264 inciso 2° del Código Sustantivo del Trabajo), la acción de tutela es un mecanismo residual no sustitutivo.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., primero (01) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref.: Expediente No. 5393

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia de 21 de agosto del año en curso, proferida por la Sala de Decisión Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante la cual se denegó la acción de tutela instaurada por *Senen Alberto Avila Ordoñez*, en frente de la *Gobernación del Cauca, Oficina de Unidad de Personal*.

ANTECEDENTES

1. Obrando en nombre propio, el accionante invoca la protección constitucional del derecho fundamental de petición, supuestamente vulnerado por la autoridad pública premencionada.

2. Fundamenta el actor su solicitud en los siguientes hechos:

2.1 Estuvo vinculado laboralmente con la Gobernación del Cauca, por espacio de un año.

2.2 Ha solicitado en repetidas ocasiones a la Unidad de Personal de dicha entidad territorial, la expedición de una certificación en donde conste que laboró a su servicio, en la época comprendida entre el 14 de septiembre de 1960 y el mes de septiembre de 1961, pero siempre le responden que ello no es posible porque durante el terremoto ocurrido en la ciudad de Popayán, desapareció parte del archivo del departamento.

2.3 Se encuentra tramitando su pensión de jubilación ante el I.S.S., informándosele allí que con los aportes efectuados durante el tiempo que es-

luvo vinculado a la Gobernación accionada, completa los necesarios para el otorgamiento de la pensión.

2.4 La citada entidad debe solucionarle su problema, dado que no le cabe culpa por la desaparición del susodicho archivo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La decisión denegatoria de la tutela estuvo precedida de la reseña de los antecedentes del asunto y de las consideraciones que se condensan así:

Aunque el accionante no expresa cual derecho fundamental se le ha vulnerado o amenazado de violación, se infiere del escrito de tutela que esta se encamina a la protección del de petición.

Al efecto, agrega el *a quo*, se comprueba del expediente que el peticionario solicitó a la Gobernación del Cauca, le expidiera certificación sobre el tiempo allí laborado, esto es, entre el 14 de septiembre de 1960 y el mes de septiembre de 1961, pero dicha entidad le ha respondido que no puede expedirle tal documento por cuanto, los archivos correspondientes a esa época fueron destruidos por el terremoto ocurrido en el año de 1983 y, por tanto, sólo ha podido certificarle que por Decreto 467 de 6 de septiembre de 1960, se le nombró Interventor Departamental de Edificios Nacionales, con una asignación mensual de \$1.900.00 y que, tomó posesión del cargo el 14 del mismo mes y año, con retroactividad al día 8 de dicha data.

Por otra parte, prosigue, la Gobernación accionada refiere en el escrito de réplica de la tutela, que en los archivos de la Caja de Previsión Social Departamental, no halló constancia sobre descuentos con destino a la seguridad social del petente; además, que éste al posesionarse del cargo se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión, "Cajanal", por lo que considera que debe solicitársele a dicha entidad una información sobre el particular.

De acuerdo con lo anterior, concluye el fallador de primer grado, existe causa justificada para no expedirle al peticionario una certificación que satisfaga íntegramente su petición y, por lo mismo, mal podría en sede de tutela obligarse a la susodicha entidad pública, a expedir el anhelado documento sin el soporte legal necesario a tal fin, o que consiga fuera de sus dependencias la información requerida por aquél.

LA IMPUGNACION

Se interpuso oportunamente, sin que el accionante diera a conocer los motivos de su inconformidad con el fallo impugnado (fl. 43, c-1).

CONSIDERACIONES

1. El artículo 23 de la Carta Política, consagratorio del derecho fundamental de petición, otorga a las personas la facultad de formular solicitudes respetuosas y a obtener respuestas adecuadas y oportunas por parte del destinatario.

Constituyen, pues, dicho derecho, dos elementos diferentes: su núcleo esencial y el contenido. El primero, consiste en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución; el segundo, hace referencia a la materia de la petición.

Por manera que se cumple con el deber impuesto por la norma citada, cuando el destinatario de la solicitud la responde, cualquiera sea el sentido en que lo haga, siempre que aborde de manera concreta el tema materia de la misma.

2. Ahora bien, en lo que respecta a la oportunidad para contestar las peticiones, la regla general se halla contenida, como bien se conoce, en el artículo 6°. Del C.C.A., el cual impera que deben serlo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo, de suerte que si tal regla se acata y la respuesta se adecua a los términos señalados, la norma superior que garantiza dicha prerrogativa se habrá realizado a cabalidad, así la decisión adoptada y comunicada al peticionario, favorezca o no sus aspiraciones.

3. Descendiendo al caso traído a decisión de la Corte se advierte, como en su oportunidad lo hiciera el *a quo*, que si bien es cierto existe en el expediente evidencia de que el peticionario elevó a la entidad accionada, en varias oportunidades, solicitudes tendientes a que se le certificara el desempeño del cargo de Interventor Departamental de Edificios Nacionales, en el lapso comprendido entre el 8 de septiembre de 1960 y el mes de septiembre de 1961, con indicación de los descuentos efectuados a favor de la Caja Nacional de Previsión Social, no lo es menos que las mismas han sido respondidas de acuerdo con el soporte documental allí existente, certificándosele que, al folio 84, tomo 67 del libro de decretos del año de 1960, aparece el correspondiente al número 467 de 6 de septiembre de dicho año, mediante el cual se nombró a Alberto Avila Ordoñez, para desempeñar el cargo de Interventor Departamental de Edificios Nacionales, con una asignación mensual de \$1.900.00; que tomó posesión del mismo el 14 de septiembre de 1960, con retroactividad al día 8 de dicha data, según consta en el libro de actas respectivo; y, que no se le puede certificar sobre sueldos devengados por cuanto, los archivos de esa época fueron destruidos como consecuencia del terremoto acaecido en el año de 1983. Así mismo, que no aparece acto administrativo relacionado con la aceptación de su renuncia (fls. 1 y 1-13, c-1).

De otra parte, al replicar la tutela, el ente territorial acusado expresa que, de acuerdo con certificación allegada, expedida por la Caja de Previsión Social Departamental, no se encontró en los libros de registro de descuentos del 5% con destino a dicha entidad, que se hubiera efectuado descuento alguno al aquí accionante, en el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 1960 y el 14 de septiembre de 1961, como tampoco se halló el decreto por medio del cual se le desvinculara del servicio (fls. 28-29 y 32, ib.).

Así mismo, que como al tomar posesión del cargo, el peticionario estaba afiliado a la Caja Nacional de Previsión, allí deberá indagarse si tales descuentos se verificaron.

4. De acuerdo con lo anterior, existe una causa justificativa para que la respuesta se restringiera a lo certificado sin que ella colmara íntegramente las expectativas del peticionario.

Mal puede, entonces, pretenderse que en sede de tutela se obligue al sujeto pasivo de la acción, a que actúe irresponsablemente certificando lo que no puede, por carecer del soporte documental respectivo. Si en contrario procediera podría incurrir en violación de la ley, y a tanto no puede llegarse para satisfacer el derecho fundamental de petición pues, como insistentemente lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la respuesta positiva no es cuestión que comprenda la prerrogativa.

Es más, si como se afirma por la entidad accionada, el petente, al parecer, se hallaba afiliado a la Caja Nacional de Previsión, cuando tomó posesión del cargo para el que fue nombrado, allí debe recurrir en procura de obtener la tan anhelada información. Ahora, si tampoco pudiera obtenerla en dicha entidad, tendría expedita la vía indicada en el art. 264 inc. 2 del C. S. del T., norma que, en defecto de una especial, podría aplicarse analógicamente, dado que a más de imponerles el deber de conservar sus archivos a las empresas obligadas al pago de pensión de jubilación, para hacer más expedita la prueba del tiempo de servicios y del salario a las personas en trance de disfrutar de aquella prestación social, establece: "...Cuando los archivos hayan desaparecido o cuando no sea posible probar con ellos el tiempo de servicio o el salario, es admisible para probarlos cualquiera otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente, a solicitud del interesado y con intervención de la empresa respectiva".

5. Consecuente con lo dicho, la Corte impartirá confirmación a la sentencia impugnada.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación.

Comuníquese telegráficamente lo acá resuelto a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Stmancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

SERVICIO PÚBLICO: Desconoce el derecho la entidad que exige para la reinstalación del servicio público la cancelación no sólo de los tres primeros meses de mora sino de aquellos en que la empresa no suspendió el servicio conforme lo impone el artículo 140 de la Ley 142 de 1994. Se concede el amparo como mecanismo transitorio y se dispone la reinstalación del servicio una vez el accionante cancele los tres primeros meses de mora y sus recargos

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., sets (6) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Pedro Lafont Planetta*

Ref.: Expediente N° 5439

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del siete (7) septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, mediante el cual resolvió denegar la tutela incoada por José Argemiro Caro Guette contra la Electrificadora del Atlántico S.A. y otra.

I. ANTECEDENTES

1. El señor José Argemiro Caro Guette, obrando en su propio nombre, entabló acción de tutela contra la Electrificadora del Atlántico S.A. con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, debido proceso y tercera edad, consagrados en los arts. 11, 29 y 46 respectivamente, de la Constitución Política.

2. Los hechos en que fundamenta sus pretensiones se concretan a los siguientes:

2.1. Da cuenta el peticionario que las empresas Triple A y la Electrificadora del Atlántico son responsables de sus graves dolencias a la salud, debido a que con ocasión de la prestación de sus servicios públicos domiciliarios al inmueble comercial de su propiedad ubicado en la calle 43 No. 43-100, y que lo diera en arriendo a Fonvisocial y Area Metropolitana de Barranquilla, entidades contratistas de dichos servicios que omitieron el pago de las facturas de agua y luz por más de dos años por valor superior a \$40.000.000.00, sin que por tal motivo les fueran suspendidos, configurándose, con el proceder de ambas un privilegio que está prohibido en la ley 142 de 1994 (Arts. 140 y 34 *ibidem*).

2.2. Afirma el accionante que la elevada deuda a las citadas empresas no puede atenderla, en razón a que no cuenta con recursos, ser persona de avanzada edad, tener obligaciones y padecer enfermedades crónicas que le impiden trabajar. Además, considera que la responsabilidad es de las entidades prestadoras de los servicios de agua y luz por infringir la disposición del artículo 140 de la ley de servicios públicos, cuyo contenido reza "La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora sin excederse en todo caso de tres periodos de facturación..." (fl. 1).

Sin embargo, las accionadas tiene interés en hacerlo solidario del arrendatario, en abierto desconocimiento del artículo 9 de la mentada ley que a la letra dice "Las empresas de servicios serán responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar" (fl. 2).

2.3. Además de lo anterior, el quejoso expresa que no ha podido arrendar ni vender el establecimiento comercial por no contar con los servicios públicos instalados, todo lo cual le ha acarreado angustia, preocupación y malestares a su organismo, afectándose su salud, la vida y el bienestar de su familia. En tal virtud, acude al mecanismo de la tutela como opción de defensa de sus derechos fundamentales constitucionales con carácter transitorio, con el fin de evitar un mayor perjuicio de connotaciones irremediables.

II. FALZOS DEL TRIBUNAL

Las razones que tuvo el Tribunal para denegar las pretensiones de la tutela incoada se resumen de la siguiente manera:

1. Comienza por decir el fallador que no advierte vulneración del derecho la vida que aduce el accionante. Recuerda que el desconocimiento debe provenir de una acción u omisión de la autoridad pública o particulares, que para el caso serían las Empresas Triple A y la Electrificadora del Atlántico S. A. Pero resulta que la omisión que se endilga a las accionadas es la no suspensión de los servicios públicos al establecimiento arrendado luego de transcurridos tres meses sin cancelar el servicio, y es claro que este hecho no amenaza el derecho fundamental a la vida, ni a los derivados de éste, como la salud, la familia y la tercera edad, porque no está dirigido a la persona física, sino que indudablemente se refiere el derecho patrimonial. De manera breve y muy tangencial se refiere al cuadro clínico que presenta el paciente, del cual advierte que este puede obedecer al avance progresivo del aspecto degenerativo de los órganos del cuerpo humano causados por la edad, mas no, repite, producto de la actuación de las empresas accionadas.

2. De otra parte, el Tribunal reitera la jurisprudencia existente acerca de la vulneración del derecho fundamental del debido proceso por parte de las autoridades judiciales o administrativas, lo cual solo es posible encontrarlo cuando aquellos funcionarios en uso de sus funciones actúan con ostensible arbitrariedad, de manera caprichosa o abusiva, que desconoce tan flagrantemente la ley que su proceder se inscribe como una vía de hecho y no

como decisión administrativa o judicial propiamente dichas. Y tal comportamiento de las accionadas no se advierte, porque el quejoso no ha acreditado ni siquiera una queja que le permita inferir el quebranto del derecho aducido por omisión del procedimiento adelantado.

3. Finalmente señala que la legislación de los servicios públicos domiciliarios está dada por la ley 142 de 1994, dentro de la cual se consagra la solidaridad de las obligaciones del propietario (art. 130 *ibidem*), razón por la cual el propietario no puede ser ajeno al cumplimiento del pago de los servicios del inmueble de su propiedad.

Ahora, respecto de la suspensión del servicio por falta de pago que aducen los arrendatarios, y que pudieran perjudicar al accionante, dice esa Corporación que el debate debe ser plantado ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa en busca de la indemnización de los perjuicios.

III. IMPUGNACION

Los argumentos de la impugnación al fallo atacado se resumen de la siguiente manera:

1. El recurrente disiente del fallo, porque considera que es contradictorio y descansa en las presunciones propias de la magistrada ponente, y en ningún caso se apoya en los conceptos emitidos por los galenos acerca de su dolencias sicosomáticas.

2. De otra parte, no está conforme con lo dicho por la Sala respectiva de que la actitud de las accionadas de no suspender los servicios públicos de agua y luz, no compromete su derecho a la vida, porque este hecho, en su caso particular, si le afecta notoriamente la salud, ya que sus debilitadas arterias y corazón soportan el peso de las tensiones producidas por la deuda de \$50.000.000.00 que debe atender solidariamente, por el incumplimiento de las accionadas de su deber de suspender el servicio contratado por falta de pago (art. 40, ley 142, 1994); en cambio, la entidad juzgadora le aplica la "ley del embudo" consagrando la práctica discriminatoria y abusiva en la prestación de sus servicios (art. 34 *ibidem*).

3. Por último, se duele el peticionario de la negligencia demostrada por las dos entidades en aplicar la ley de los servicios públicos domiciliarios, permitiendo que estas poderosas empresas se unieran para perjudicarlo. De allí que solicite de la H. Corte Suprema de Justicia que ordene el cobro directamente a los arrendatarios de su establecimiento comercial y liberen de la deuda a dicho inmueble.

IV. CONSIDERACIONES

1. Ha reiterado esta Corporación el carácter limitado y excepcional de la acción de tutela, aún en el caso de actuaciones relativas a instalaciones, suspensiones o reinstalaciones de servicios públicos domiciliarios.

1.1. Se debe a que dicha acción solamente resulta procedente cuando, además de la preexistencia de un derecho constitucional fundamental, existe una lesión o amenaza al mismo por una acción u omisión ilegítima de autori-

dad pública (o de los particulares, en los casos de ley), sin que exista otro medio de defensa judicial, o que, existiendo, sea necesario precaver en forma transitoria un perjuicio irremediable.

1.2. De allí que tratándose de actuaciones administrativas relativas a la instalación, suspensión o reinstalación de los servicios públicos domiciliarios, no proceda la acción de tutela salvo que se den los requisitos antes mencionados.

1.2.1. En efecto, por regla general contra dichas actuaciones no procede la acción de tutela: De un lado, porque comúnmente los derechos a que ellos se refiere son los derivados de una relación contractual, y no aquellos que se benefician de su ejecución como son la salud o la vida, razón por la cual estos pueden resultar afectados o no. Y del otro, porque contra dichas actuaciones no solamente existen los mecanismos de defensa por la vía gubernativa sino también las acciones judiciales contenciosas administrativas.

1.2.2. Sin embargo, excepcionalmente dichas actuaciones pueden lesionar un derecho constitucional fundamental de manera ilegítima ocasionando un daño irreparable, que, aún cuando gocen de medio de defensa judicial, se hace necesario su amparo, caso en el cual puede acudir a la acción de tutela transitoria, mientras que la autoridad judicial competente adopta la resolución pertinente.

1.2.2.1. Y ello ocurre precisamente cuando so pretexto de la ejecución de un contrato de servicio público domiciliario, la empresa prestadora del servicio, mediante desconocimiento grosero y arbitrario del régimen legal que la regla imperativamente le vulnera a los usuarios (o responsables solidarios) alguno de los derechos "que le protege" la Constitución y la ley (arts. 48 transitorio y 369 C. Pol.), tal como cuando dicha Empresa le lesiona el derecho a la continuidad de la prestación del servicio público, o a su restablecimiento, con la adopción de medidas de suspensión o no reinstalación del mismo, sin fundamento legal real. Pues en tales eventos, debido a la "protección" constitucional mencionada, resulta procedente su amparo transitorio mientras la autoridad contenciosa define lo pertinente, ya que la mera apariencia de su fundamento legal, no puede someter al usuario a perder irremediablemente un largo periodo de tiempo sin la obtención de la reinstalación legal del servicio hasta que se produzcan las decisiones definitivas contenciosas administrativas.

Por ello, previamente precisa la Corte que con el propósito de prevenir un abuso de la posición dominante que tienen las empresas en la prestación de servicios públicos, que se estiman fundamentales para la comunidad en general, sin lugar a dudas se le impone a dicha Empresa no solo la prohibición de hacer prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas (art. 34, Ley 142 de 1994), sino también la obligación de darle un tratamiento igualitario a los usuarios (tal como lo establece restrictivamente la ley). Por esa razón en caso de incumplimiento, por la Empresa de sus deberes y responsabilidades, establecidos también en beneficio de los usuarios, a dicho incumplimiento se le

califica como un abuso de posición dominante empresarial. Porque, de un lado, lesiona a sus beneficiarios (el usuario, el suscriptor o propietario del inmueble) el derecho mínimo a esos servicios públicos domiciliarios, que ampara la Constitución, y la ley; y porque, del otro, la Empresa se limita o se libera, sin motivo legal aparente de su responsabilidad en la prestación de los mismos que tiene para con los usuarios o suscriptores y propietarios del inmueble (art. 133.1, Ley 142 de 1994).

1.2.2.2. De allí que cuando la Empresa desatienda la responsabilidad que le impone el inciso segundo del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, vulnera entonces los parámetros del derecho a la prestación del servicio público domiciliario amparado por la Carta Política, sin perjuicio de que se acuda a las acciones ordinarias pertinentes. En efecto, cuando este precepto señala que hay lugar a la suspensión en caso de "la falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin que exceda en todo caso de tres periodos de facturación", inequívocamente está consagrando una regla de equilibrio contractual entre la Empresa y los usuarios (o suscriptores y responsables solidarios). De un lado, para que la Empresa obtenga y satisfaga el derecho al cobro oportuno; y, del otro, para garantizar a los usuarios el derecho a obtener igualmente la prestación del servicio correspondiente. Luego, se trata igualmente de una regla en beneficio de los propietarios -no usuarios del servicio- del inmueble, que a pesar de catalogarse como deudor solidario (art. 130, inciso 2; Ley 142 de 1994), también tienen derecho a que el servicio del cual se benefician los usuarios sean suspendidos a las tres (3) facturaciones (art. 140 *ibidem*), a fin de no resultar afectado por el suministro voluntario adicional de la Empresa. De allí que si esta norma imperativa obliga a la Empresa a proceder a la suspensión del servicio, su omisión, además de indicar la asunción de los riesgos de no pago posterior, si bien no le impide suspender posterior y tardíamente el servicio prestado en forma condescendiente y tolerada sin pago del mismo: no es menos cierto que en manera alguna puede alegar su demora o desidia, para exigir en la reinstalación de los servicios no solo el pago de las tres facturas iniciales sino también las demás posteriores. Porque éstas últimas obedecen a una omisión de la suspensión imputable solo a la Empresa, cuya alegación, al ser injustificada, parece constituir en principio un abuso de su posición dominante en el contrato, prohibido expresamente por la Ley (art. 133, 23, ley 142 de 1994), al no proceder a la reinstalación de los servicios, al parecer, por fuera del marco legal y, por tanto, de las prescripciones constitucionales. Por ello, en tal evento debe ampararse al propietario en su derecho, protegido por la Constitución y la ley, consistente en obtener la reinstalación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, cancelando únicamente la deuda causada durante las tres facturaciones iniciales, con los gastos de reinstalación o reconexión (arts. 142 y 140, Ley 142 de 1994) y los recargos durante ese periodo (art. 96, *ibidem*), en vista de que las restantes facturas obedecen a una omisión de la Empresa en su deber imperativo de suspensión. Sin embargo, dicho amparo solamente puede ser transitorio por un periodo de cuatro meses, mientras que el interesado promueva ante la jurisdicción contencioso administrativa las acciones y peticiones cautelares

con relación a la existencia y cobro de las deudas correspondientes a las restantes facturas, y dicha autoridad adopte las decisiones provisionales o definitivas del caso, las que por tanto prevalecerán (art. 8 Decreto 2591 de 1991).

2. Desciende la Corte al estudio de la presente impugnación.

2.1. Se trata de una acción de tutela de José Argemiro Caro Guette contra la Electricadora del Atlántico S.A y otra, para solicitar el amparo transitorio de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, al debido proceso y de los ancianos.

2.1.1. Manifiesta el accionante que las entidades accionadas dan lugar a esta vulneración por permitir que los arrendatarios de su inmueble comercial hayan dejado de cancelar los servicios públicos de agua y luz durante la vigencia del contrato de arrendamiento (2 años), absteniéndose de aplicar la Ley 142 de 1994, de tal manera que actualmente el establecimiento comercial tiene a cargo una deuda de cerca de \$50.000.000.00 que no puede atender y que, por el contrario, le afecta gravemente su salud poniendo en peligro su vida por la tensión y angustia a que se encuentra sometido, ya que no puede vender ni arrendar el local por no tener instalados los servicios públicos de agua y luz.

2.1.2. El Tribunal no accedió a lo pedido, porque estima que los derechos aducidos no se encuentran amenazados ni han sufrido riesgos derivados de la no suspensión de los servicios públicos al inmueble. Considera que los malestares que aquejan al accionante obedecen al desarrollo degenerativo de sus órganos por el avance incontrolable de la edad. Y por último señala que los derechos que se discuten tienen su medio ordinario o natural donde dirimirse, como son la jurisdicción ordinaria o contenciosa, en procura de la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar, en el evento de resultar probada la negligencia o responsabilidad de las citadas entidades prestadoras de los servicios públicos.

2.1.3. El accionante, en su lugar, manifiesta que no comparte en absoluto el fallo porque es contradictorio y se fundamenta en las meras presunciones que hace la magistrada ponente, y por parte alguna se advierte que correspondan a los conceptos emitidos por los médicos respecto de sus quebrantos sicosomáticos. Así mismo se muestra en desacuerdo con el criterio de la Sala de considerar que la actitud de las accionadas de no suspender los servicios públicos de agua y luz sean motivos de lesión de sus derechos a la vida, a la salud y a la familia, porque en su caso particular estos hechos sí le han afectado notoriamente, ya que cuenta con 73 años de edad y un corazón bastante debilitado que no soporta las tensiones producidas por una deuda de \$50'000.000.00 originada en el incumplimiento de la Ley 142 de 1994, por parte de cuestionadas empresas, concretamente en la omisión de los artículos 140 y 34 de la norma citada. Por ello solicita que la Corte Suprema de Justicia ordene directamente el pago de dicha suma a las entidades arrendatarias (Funvisocial y Arca Metropolitana de Barranquilla).

2.2. En este orden de ideas, entra la Sala al estudio del presente recurso.

2.2.1. En primer término, en cuanto a la suspensión del servicio le asiste razón al Tribunal en el sentido de que no existe ninguna vulneración del derecho fundamental del debido proceso en las actuaciones administrativas impugnadas, porque, ciertamente aparece acreditado que se debía más de las tres facturas iniciales.

2.2.2. En cambio, estima la Sala que no ocurre lo mismo con el derecho del propietario del inmueble a obtener la reinstalación de los servicios públicos domiciliarios. Porque considera la Corte que estando la Empresa obligada a respetar el régimen imperativo del contrato uniforme y la regulación de la prestación de servicios, procediendo a su suspensión al cabo del incumplimiento de las tres facturas consecutivas, estaba entonces obligada a acatarlo a fin de amparar sus propios derechos y los de los demás amparados por la Constitución y la ley, tal como sucede especialmente con los de los terceros. Por ello, si bien su suspensión tardía se funda en un motivo del incumplimiento del pago de las tres facturas iniciales, no es menos cierto que para su reinstalación no podía alegar su negligencia de suspensión para exigir, además del pago de las mencionadas tres facturas iniciales, todas las posteriores, porque, en principio, éstas últimas se causaron por su mera voluntad, la cual hay que entenderla aceptable sin que ello afecte los derechos ajenos. De allí que, entonces, la abstención de las accionadas Empresas Triple A y Electrificadora del Atlántico S. A. de reinstalar los servicios suspendidos tardíamente no tenga en su regulación imperativa aparente sustento legal, cuando, además de las tres facturas, exige la totalidad de lo adeudado. Pues si la deuda adicional a las tres facturas tiene su causa en un servicio que se prestó por una omisión en la suspensión, su exigencia revela más bien un abuso de una posición dominante que tiene en la reinstalación, contra el cual, como se dijo debe proceder el amparo transitorio mientras se promueven las acciones contenciosas administrativas y se obtienen las decisiones pertinentes.

2.3. En consecuencia, el fallo debe revocarse para acceder a la tutela impetrada.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de siete (7) de septiembre de 1998, proferido por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso de la referencia y, en su lugar,

RESUELVE:

1. Tutelar transitoriamente el derecho a la reinstalación del servicio público domiciliario que tiene el accionante José Argemiro Caro Guette frente a los accionados Electrificadora del Atlántico S. A., Hugo Pacheco de León y la

Empresa Triple A, y Francisco Olmos Fernández- Corruguero o quien haga sus veces.

2. Ordenar a las entidades accionadas para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la petición del accionante con el solo pago de la deuda de las tres (3) primeras facturas iniciales correspondientes, los gastos de reconexión y recargo de esos periodos, la reinstalación y obtención de los servicios de agua y energía en la propiedad del accionante en la calle 43 # 43-100 en la ciudad de Barranquilla.

3. El presente amparo tendrá una duración hasta de cuatro (4) meses y mientras se promueven las acciones contenciosas administrativas pertinentes y las autoridades judiciales competentes adoptan las providencias provisionales o definitivas del caso. En el evento de no promoverse dichas acciones, el amparo quedará extinguido al vencimiento de dicho plazo

Notifíquese a las partes interesadas, comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto, y ofíciese.

Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO POLICIVO: La actuación del Inspector de Policía y de la Gobernación tendiente a proteger la tenencia de los predios agrarios tiene respaldo en las facultades otorgadas en el Decreto 727 de 1992 sin perjuicio de la acción que se adelanta ante el juez especializado. Por tanto, el trámite policivo objeto de tutela no vulnera el derecho al debido proceso.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santalé de Bogotá D. C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Santos Ballesteros*

Ref.: Expediente No. 5437

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio Sala Civil - Laboral, de fecha 11 de septiembre de 1998, que negó la tutela promovida por *Emiliano García Murillo*, quien actúa por intermedio de apoderado, contra el *Municipio de Villavicencio* y la *Gobernación del Meta*.

ANTECEDENTES

1. En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado el accionante *Emiliano García Murillo*, quien actúa por intermedio de apoderado, interpone acción de tutela contra el *Municipio de Villavicencio* y la *Gobernación del Meta* por considerar que de acuerdo con lo señalado en el Decreto 2303 de 1989 y la Ley 270 de 1996, los Inspectores de Policía no son competentes para conocer de los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho en predios rurales, en razón a que dicho trámite corresponde a los juzgados civiles del circuito.

2. Los hechos y afirmaciones que sirven de fundamento a la presente acción de tutela pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Manifiesta el accionante que adquirió mediante documento privado, el derecho de posesión y mejoras sobre un predio rural ubicado en la vereda La Libertad, jurisdicción del Municipio de Villavicencio, dedicado a la explotación económica mediante cultivos de pan coger.

b) Se aprecia en el expediente que la Alcaldía Mayor de Villavicencio mediante Resolución N° 155 del 31 de diciembre de 1996, en virtud de la petición elevada por la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria - Corpoica, admitió querrela para tramitar proceso policivo por ocupación de hecho contra personas indeterminadas y decretó el lanzamiento de las personas que

ocupan el predio mencionado, y señaló el 8 de enero de 1997 como fecha para la realización de la diligencia de lanzamiento (folios 4-7).

c) El 25 de febrero de 1997 el Inspector de Policía de la Comuna 5, realizó diligencia de inspección ocular sobre el predio materia del proceso, en la que fue atendido por el accionante, quien confirió poder a un abogado que lo representó en el trámite respectivo; en la diligencia, se realizó una descripción total del terreno, y se decretaron y practicaron las pruebas testimoniales solicitadas por las partes. El accionante (querellado) interpuso recurso de reposición respecto de la calidad de un testigo, decisión que se mantuvo por el Inspector, y fue confirmada en segunda instancia por el Gobernador del Departamento en resolución del 13 de junio de 1997 (folios 8 - 10 y 14 - 17).

d) Una vez resuelto el recurso de apelación, el 21 de agosto de 1997 el Inspector de Policía de la Comuna 5 prosiguió la diligencia de inspección ocular, en la que el apoderado de los querellados interpuso incidente de nulidad, con fundamento en una presunta incompetencia por parte de la Inspección de Policía, pues en su entender los Decretos 508 de 1974 y 2303 de 1989, otorgan a los jueces agrarios competencia para adelantar los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho, y en ausencia de estos, a los jueces civiles del circuito.

e) El Inspector de Policía mantuvo su decisión relacionada con la competencia y concedió el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente, decisión que fue confirmada por la Gobernación del Departamento mediante resolución del 14 de abril de 1998, en la que señala que es claro que de acuerdo con lo señalado por el Decreto 2303 de 1989, la competencia para conocer de la acción restitutoria de lanzamiento por ocupación de hecho corresponde a los jueces agrarios y en su defecto a los jueces civiles del circuito, pero que, mientras se adopta la decisión por el juez competente, la Policía tiene un papel importante para la seguridad de los derechos reclamados y evitar las vías de hecho, conforme al Decreto 1969 de 1940 y a los Códigos de Policía; precisa que la protección que prestan las autoridades de policía es eminentemente provisional, toda vez que la decisión definitiva es jurisdiccional (folios 18 - 21).

3. Concluye que tratándose de un predio agrario, con una normatividad específica acerca de competencia y procedimientos, y que esta legislación es prevalente por ser de carácter especial y porque deroga expresamente las normas que le sean contrarias, corresponde a la jurisdicción agraria y no a la Inspección de Policía el conocimiento de la actuación. Solicita tutelar el derecho constitucional del debido proceso y disponer que sea el juez agrario o en su defecto el juez civil del circuito, quien conozca el trámite de la querrela.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

El Gobernado del Departamento del Meta en oficio dirigido al Tribunal Superior de Villavicencio, se opone a las peticiones del accionante, y señala que no existe duda acerca de la competencia que poseen los inspectores de

policía para conocer de las acciones que se generan por vías de hecho y relativas a la perturbación de la posesión de los inmuebles. Para el efecto realiza un recuento de la legislación existente, para concluir que el Código Nacional de Policía disipa cualquier duda que pudiera surgir respecto de la competencia de estas autoridades, para conocer esta clase de acciones.

Señala el accionado que las autoridades policivas sólo intervienen para evitar que se perturbe el desarrollo de la posesión o mera tenencia que se tenga sobre un bien, y en el caso de que se haya desconocido, restablecer o preservar la situación que existía al momento en que se produjo la perturbación, sin controvertir el derecho de dominio o propiedad, y las pruebas que existan para probarlo.

Concluye que el Decreto 2303 de 1989 que invoca el accionante como vulnerado, fue reglamentado por el Decreto 747 de 1992, que otorga competencia al Alcalde o a quien se le haya delegado, para conocer de las acciones por ocupación de hecho, sin perjuicio de la que se pueda intentar ante el juez.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal niega el amparo por considerar que si bien es cierto el Decreto 2303 de 1989 que creó la jurisdicción agraria estableció en su artículo 98 la competencia en los jueces civiles del circuito para conocer de los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho, también lo es que el Decreto 747 de 1992, dispuso que la persona que explote económicamente un predio agrario, que hubiera sido privado total o parcialmente de la tenencia, sin perjuicio de la acción que realice ante el juez para que efectúe el lanzamiento por ocupación de hecho, puede solicitar al alcalde o al funcionario en quien se haya delegado la función, la protección de su predio, con el objeto de que se restablezca la situación que existía antes de la invasión; por lo tanto las actuaciones adelantadas por la Alcaldía mayor de Villavicencio, la Inspección de Policía y la Gobernación, tienen un respaldo legal, sin que exista la vulneración alegada por el accionante.

LA IMPUGNACIÓN

El actor dentro del término legal impugna la decisión del Tribunal, con fundamento en que el Decreto 747 de 1992 es inaplicable en razón a que fue expedido para prevenir las invasiones en predios rurales que ocasionen alteraciones del orden público, situación que no se encuadra dentro del presente hecho, y que si se aplicara, también existiría una vulneración al debido proceso, pues las actuaciones se han desarrollado con fundamento en diversas normas, pero jamás en aplicación del mencionado decreto.

CONSIDERACIONES

Es preciso resaltar que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es, un mecanismo residual de carácter excepcional, subsidiario, preferente y sumario, que permite a toda persona, sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos

constitucionales fundamentales, si de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, y, a falta de otro medio legal, considera que le han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o, de un particular, pero sólo en los casos expresamente previstos por el legislador.

En forma reiterada se ha afirmado por esta Corporación que uno de los requisitos esenciales del mecanismo excepcional de la tutela es la subsidiaridad, y por consiguiente sólo es procedente acudir a este amparo, si el particular presuntamente afectado con la amenaza o la vulneración de algún derecho fundamental no dispuso o no dispone de otro medio de defensa constitucional o legal diferente, excepto que se solicite como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable.

El debido proceso como principio constitucional fundamental busca que el Estado proteja al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, y procura el respeto a las formas propias de cada juicio, que deben observarse en todos los procedimientos judiciales o administrativos, siendo procedente su protección mediante este mecanismo excepcional, si se incurre por parte de los funcionarios correspondientes en vías de hecho, es decir, en actuaciones abusivas, voluntaristas o arbitrarias y apartadas de la ley, y que el accionante, no cuente con oportunidades dentro del escenario natural, para la defensa de sus intereses presuntamente conculcados.

En este sentido, la acción como mecanismo jurídico excepcional de carácter residual, subsidiario, preferente y sumario, no puede converger con vías judiciales diversas porque no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado para eludir el que de manera específica le señale la ley.

Por lo tanto si la tutela tiene por objeto la modificación de la apreciación jurídica y fáctica realizada por un juez o un funcionario dentro de un proceso determinado, conviene recalcar que el mecanismo excepcional es improcedente, pues como insistentemente lo ha considerado esta Sala, este recurso constitucional no puede servir de pretexto para invadir la órbita de otras jurisdicciones ni para revisar cuestiones que fueron o son materia de debate en el trámite procesal correspondiente.

Al descender al caso que ocupa la atención de la Sala se aprecia que el accionante alega una presunta vulneración al debido proceso, pues en su entender, ni el Inspector de Policía, ni la Alcaldía de Villavicencio, y menos la Gobernación del Departamento, son competentes para conocer la querrela que por lanzamiento por ocupación de hecho, adelantó en su contra Corpolca, relativa al predio rural denominado La Libertad, ubicado en la Inspección de Policía de Santa Rosa, jurisdicción del Municipio de Villavicencio.

Si bien es cierto que el Decreto 2303 de 1989 asigna competencia a los jueces agrarios y en su defecto a los jueces civiles del circuito, para conocer de los asuntos relativos a conflictos agrícolas, entre ellos los relacionados con los lanzamientos por ocupación de hecho, también es cierto que el decreto

727 de 1992 reglamentario del anterior, faculta a las personas que explotan económicamente un predio agrario, para acudir al alcalde o al funcionario en quien éste haya delegado, para adelantar los trámites tendientes a proteger la tenencia de los predios agrarios, respecto de los cuales se hubiese privado total o parcialmente de la tenencia, sin perjuicio de la acción que realice ante el juez para que efectúe el lanzamiento por ocupación de hecho.

Por lo tanto, en el presente caso, la actuación tanto del Inspector de Policía como la del Gobernador del Departamento, descansan sobre la normatividad antes mencionada, y la decisión por aquel proferida cuenta con la debida fundamentación, lo que aleja cualquier viso de arbitrariedad o capricho, por lo que se confirmará el fallo impugnado.

Por lo demás, tal como se desprende del relato de los hechos que motivan esta tutela, el asunto planteado por el accionante fue resuelto tanto por el Inspector de Policía como por el Gobernador del Departamento del Meta al decidir el incidente de nulidad propuesto, por lo que, como insistentemente lo ha dicho esta Corporación, este mecanismo no puede constituirse en una instancia adicional o en una vía paralela a cualquier clase de proceso, ni permitir que el juez constitucional, bajo el pretexto de proteger derechos fundamentales, penetre en el ámbito de otras autoridades judiciales, con el objeto de resolver puntos de derecho atinentes a la legalidad ordinaria que han sido debatidos en la órbita jurisdiccional que les corresponde.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma el fallo de tutela a que se ha hecho referencia.

Comuníquese esta determinación a las partes por telegrama.

Oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Estebán Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DERECHO A VIVIENDA: El disfrute del derecho a la vivienda previsto en la Constitución y la Convención de los Derechos del Niño no debe aparejar necesariamente la propiedad sobre la misma, o la facultad de usufructuar una morada específica, ubicada dentro de cierto ámbito socioeconómico, ya que ninguna norma positiva lo consagra de ese preciso modo.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5477

Decidese la impugnación formulada por Gilberto Moreno Cerquera contra el fallo del 21 de septiembre de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala de Familia- del Distrito Judicial de Neiva, en el trámite de la tutela promovida por los menores Alexander, James, Diana Milena y Edison Gilberto, todos Moreno Herrera, contra el impugnante y Edilma Herrera Zambrano.

I. ANTECEDENTES

1. Los accionantes en mención propusieron acción de tutela contra los aludidos particulares, quienes son sus progenitores, aduciendo amenaza de los derechos a tener una vivienda digna y a la paz. Para su protección piden que se emita una orden con el fin de que los accionados no puedan vender la casa donde actualmente viven, hasta dentro de 10 años, cuando el menor de ellos llegaría a la mayoría de edad.

2. Basan su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que los accionados se divorciaron, negándoles el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, y solamente cuentan con el amor, apoyo moral y cuidado de su madre, con quien viven en la casa que es de la sociedad conyugal, y quien vela por sus necesidades, pues su padre se limita a aportar una cuota del sueldo que devenga en el SENA, a través del Juzgado 2º de Familia de Neiva, pero nunca los visita, ni los llama, ni los saluda cuando los encuentra en la calle;

b) que además de lo anterior su progenitor presentó contra su madre una demanda de separación del único bien que dejaron, o sea, la casa donde ellos

viven, y por eso no saben dónde tendrán que irse a vivir, porque pagando las deudas pendientes no quedará con qué conseguir un techo digno para ellos;

c) que cada uno de sus padres siga pagando sus deudas como hasta ahora y quede como dueño de su mitad en el bien, pero no se les permita venderlo hasta que ellos lleguen a la mayoría de edad, pues en esa casa y con la separación de los primeros han encontrado la paz, porque ya no presencian las escenas de violencia y escándalos que incluso le ocasionó un problema de corazón al mayor;

d) que si no es posible obligar a los accionados a que no vendan la casa, los obliguen a dividirla "...con una tapia, que nosotros nos amontonamos en la mitad que corresponda a nuestra madre y nuestro padre haga con su parte lo que quiera...", ya que no quieren irse del lugar donde nacieron, se han criado y tienen sus amigos;

e) que su madre gana muy poco como empleada de la Policía y con muchos sacrificios les ha sostenido la vida que traían en lo esencial, pero vive alcanzada; al paso que su padre no tiene más hijos, vive con otra mujer que tiene casa y lo necesario, por lo cual puede dejarlos viviendo allí en lugar de echarlos a la calle por venganza, que es el verdadero motivo.

3. El accionado Gilberto Moreno replicó la tutela aduciendo, en resumen, que no son ciertos los hechos expuestos; que dicha acción no fue instaurada por los niños sino por la madre de éstos, quien los ha colocado en su contra, no deja que los visite, ni se los pasa al teléfono, y dio lugar a la separación por endeudarse por más de 14 millones de pesos sin ninguna justificación, lo que les produjo un descalabro económico y permitió que le embargaran el sueldo en dos ocasiones. Dice que tiene derecho a la mitad de la casa, y que con la mitad de ésta la madre de los hijos puede conseguir una vivienda en un sitio más económico, pues donde están es estrato cinco (5); además de que ésta, según el tiempo laborado, puede obtener un crédito en la Policía, mientras que él en la actualidad está pagando otro.

Agrega que provee a los hijos el 33% de sus ingresos, paga el crédito aludido y un embargo de un préstamo de su ex cónyuge, por lo cual le queda muy poco dinero cada mes (\$212.342,65) y requiere la parte de la casa que le corresponda para desahogarse un poco.

Por su lado la accionada Edilma Herrera manifestó estar de acuerdo con que se conceda la tutela en la forma "más viable", ya que los niños están muy preocupados por quedarse sin la casa con lo de la liquidación de la sociedad conyugal, y han planteado una escena muy conmovedora sobre el punto. Anota que gana muy poco y vive alcanzada con los gastos de los hijos, quienes han bajado en su rendimiento académico, y los dos mayores están buscando trabajo como empacadores en un supermercado; mientras que su esposo es muy intransigente y le dijo que necesitaba la plata de la parte que le correspondía.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

Empieza el tribunal por argumentar que los menores accionantes se encuentran en indefensión frente a sus padres demandados, ya que no pueden

evitar el alud de la liquidación de la sociedad conyugal; no obstante que en aras del interés superior del menor, emanado de la Convención de los Derechos del Niño, la propiedad como derecho de los padres y el derecho a la liquidación de la sociedad conyugal no pueden oponerse a la efectividad de los derechos fundamentales del menor.

A continuación expresa el sentenciador que si los accionados ofrecieron a los menores la casa en la cual hoy habitan, luego de la ruptura vuelve a asomar "...el monstruo del desafecto amenazando cuanto les queda a los menores de lo que fue su hogar...", de suerte que el derecho de los padres a separarse queda limitado a que no puedan disponer de sus bienes si amenazan o violan los derechos fundamentales de los hijos, ya que si el art. 151 de C. del Menor faculta al juez para disponer que los alimentos se aseguren mediante la constitución de un capital, al ser la vivienda de los niños un derecho fundamental según el art. 44 de la Constitución es "...juridicamente viable que el juez de tutela ordene la limitación del dominio que los padres tienen sobre la casa de habitación que constituye la vivienda familiar."

Señala el fallador que si la familia Moreno Herrera logró un cierto nivel de vida, entendido como un paso grande en la escala social, la venta de la casa es para los niños "...sufrir el menoscabo de su integralidad social y psicológica, es perder el entorno que los proyecta y facilita la vida, con el colegio, con el futuro. Es disminuirlos, es quitarles una parte de ellos mismos, es acortarles y reducirles sus posibilidades de crecer bien..., es menguarles su propio honor y cuando así ocurre se lesiona profundamente la dignidad de las personas y cuando se trata de la dignidad de los niños, la tutela debe preservarla...", porque la dignidad irradia todos los derechos.

Igualmente se aplica el tribunal a exponer que los afectos escapan al control jurídico, pero si es posible evitar que el daño que se causen los ex cónyuges disminuya sus efectos nocivos en los hijos, protegiéndoles su derecho a una vivienda digna, lo que no se soluciona con lo expuesto por el padre sobre la adquisición de otra casa por la madre, pues así se sustrae de su deber y lo radica únicamente en esta última.

De esa manera la Corporación a quo concede la tutela y ordena suspender por diez años, "...hasta que un hecho propio o ajeno, o un acto descado por los padres y los menores lo permita, el derecho de disposición y de constitución de cualquier gravamen...", que los accionados tienen sobre la casa de habitación de la familia; término que empezará a correr el 1º de octubre de 1998, o mientras los solicitantes sean menores de edad. Adicionalmente se ordenó inscribir en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva la limitación impuesta a los titulares del inmueble.

III. LA IMPUGNACIÓN

Dice el accionado Gilberto Moreno Cerquera en su objeción, en síntesis, que la tutela es improcedente, porque para reclamar alimentos, que incluye lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, re-

creación, formación integral y educación del menor (art. 133 C. de J. M), hay otro medio de defensa: además de que él de acuerdo con su condición económica está aportando a sus hijos lo necesario para tales efectos.

Manifiesta que la madre también debe esforzarse para darle bienestar a los hijos como él lo está haciendo, y con la venta de la casa, ella puede comprar otra vivienda en un sitio más económico, siendo lamentable que en el fallo se diga que a una persona se le quita su honor y su dignidad porque cambia en algo su situación económica.

Añade que sus hijos no están ante un perjuicio irremediable, y por eso el juez de tutela no puede conceder la protección, pasando por alto el procedimiento para dirimir un conflicto conyugal; imponer la suspensión de la liquidación de la sociedad conyugal por diez años es un abuso, ya que se cercenarían los derechos de los cónyuges a disponer de sus bienes, a más de ello, el de conformar una nueva sociedad conyugal, porque muy bien es sabido que hasta que el juez de familia no profiera su sentencia de liquidación de la sociedad conyugal, ésta continúa.

IV. CONSIDERACIONES

1. Como ha quedado resumido, en la presente querrela constitucional los menores accionantes aducen amenaza para sus derechos a una vivienda digna y a la paz frente a sus progenitores, hoy divorciados, y en consecuencia, solicitan que se ordene a éstos no vender la casa de habitación donde actualmente residen en la ciudad de Neiva, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad.

2. Ha sido bien difundido que la acción de tutela fue instituida como un proceso judicial específico que solamente puede utilizarse cuando se trate de conjurar un quebranto o amenaza para los derechos fundamentales de una persona, a causa de una acción u omisión de comprobada arbitrariedad por parte de las autoridades públicas, o de los particulares en ciertos casos, y ello siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, porque como lo ha dicho la doctrina constitucional, este mecanismo no fue ideado para inmiscuirse en las actuaciones a cargo de las otras autoridades, sino para dar solución eficiente a ciertas situaciones de hecho respecto de las cuales el sistema jurídico no consagra otra forma de resguardo, es decir, que de no ser por la tutela se deja al interesado en una clara indefensión¹.

3. Ahora bien: esta acción se ha dirigido contra dos particulares, esto es, contra personas frente a las cuales es mucho más estricta la procedencia de la tutela, pues la Constitución sólo la permite contra esta clase de sujetos siempre y cuando los mismos se encuentren encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte de manera grave y directa el inte-

¹ Corte Constitucional. Sentencias T-01 y C-543 de 1992, entre otras.

rés colectivo, o "...respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

Dentro de ese marco normativo superior, el ejercicio de la acción de tutela se posibilita en este caso específico por cuanto sus proponentes son menores de edad, cuya indefensión se presume, de conformidad con el reglado 42-9 del Decreto 2591 de 1991, razón suficiente para abordar la peculiar temática que se plantea en este asunto.

4. A cuyo propósito debe precisarse como cuestión de primer orden que los hechos debatidos no tienen una verdadera relación con el derecho a la paz, pues el problema total se circunscribe al derecho a una vivienda digna, atributo éste que no tiene un carácter fundamental autónomo, ni para los adultos ni para los niños, ya que la Constitución no lo prevé con esa categoría, sino con una naturaleza programática (art. 51), aunque desde luego en los casos concretos puede verse involucrado por conexidad con un derecho fundamental, tal como lo ha sostenido la doctrina constitucional².

Claro está que no se desconoce la importante y esencial función que cumple la vivienda en la vida humana y todas las implicaciones que ella tiene, pues es allí donde puede darse el entorno idóneo para el hogar, que es un instrumento cardinal para la satisfacción de muchas de las necesidades primarias del ser humano; lo que sobremedera interesa para la formación integral de los menores, toda vez que ellos, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12/91, deben gozar de un nivel de vida adecuado, que incluye "la vivienda"; amén de que dentro de los recursos que hacen parte de los alimentos, a términos del precepto 133 del Código del Menor, está la "habitación".

Sin embargo, aun entendiendo el derecho a la vivienda desde esta perspectiva, no puede sostenerse que su disfrute debe aparejar necesariamente la propiedad sobre la misma, o la facultad de usufructuar una morada específica, ubicada dentro de cierto ámbito socioeconómico, ya que ninguna norma positiva lo consagra de ese preciso modo; debiéndose entender, entonces, que la facultad de poder disfrutar de una vivienda digna, independientemente del rango que pueda dársele a este atributo, no hace relación a un sitio concreto y dentro de determinado nivel social, sino a la posibilidad de tener el abrigo material necesario para tales efectos.

5. Teniendo en cuenta lo anteriormente sentado, encuéntrase que es exorbitante la petición de los menores accionantes para que el juez constitucional imponga una especie de limitación al dominio o condición de inalienabilidad al inmueble que ellos ocupan actualmente como vivienda, que se halla inventariado como activo dentro de la liquidación de la sociedad conyugal de sus progenitores que se tramita en el Juzgado 2° de Familia de Neiva, a continua-

² Fallo T-021 de 1995, entre otros.

ción del correspondiente proceso de divorcio, puesto que el derecho que aquellos tienen a disfrutar de una vivienda digna mientras llegan a la mayoría de edad, no necesariamente tiene que operar frente a ese concreto y específico bien, porque no sólo en ese lugar y su entorno puede darse su desarrollo físico, siquico, espiritual y moral en condiciones de dignidad, como desafortunadamente lo entendió el tribunal al conceder la tutela.

Y ni siquiera por el lado del interés superior del menor, entendido en la doctrina contemporánea como la búsqueda de la mayor utilidad jurídica integral de este sujeto, con miras a darle una protección y un tratamiento especial, con prevalencia sobre los derechos de los demás, es posible inmovilizar jurídicamente un bien de los padres de los niños actores para los fines por estos esgrimidos, porque ese interés prevalente no es absoluto e ilimitado, sino por el contrario, relativo y limitado por los derechos de los padres y de terceros, ya que como lo ha puntualizado la doctrina constitucional, la prevalencia que la Constitución consagra para los derechos del niño debe obtenerse buscando, en lo posible, "...el menor sacrificio de los restantes derechos, procurando precaver incluso las situaciones de conflicto..."³.

Además de que ese interés superior de los petentes no puede verse merchado, en este evento determinado, por los derechos que tienen sus padres a liquidar la sociedad conyugal y disponer de sus bienes, por cuanto se trata de aspectos que versan sobre cuestiones de índole patrimonial, que no conllevan un necesario perjuicio para su derecho a una vivienda digna por la circunstancia contingente de tener que vivir en otro lugar distinto al actual.

6. Repárese además que como la vivienda o habitación hace parte del conjunto de obligaciones alimentarias en favor de los menores, de conformidad con el ya citado artículo 133 del Código del Menor, ante la eventual venta del inmueble a que se viene haciendo referencia, la necesidad de los niños solicitantes sobre este delimitado concepto debe ser de todas maneras cubierta conforme a los medios de sus progenitores, quienes por cierto, no han faltado hasta ahora a su obligación de suministrar alimentos a aquellos, según los elementos de juicio obrantes en el expediente; sin olvidar que para todo lo relativo a fijación, modificación o extinción de prestaciones de esta estirpe, están consagrados procedimientos expeditos en el estatuto antes aludido y el Código de Procedimiento Civil.

Razones adicionales para encontrar la improcedencia de la tutela, porque bien sabido es que ella no puede converger con las vías judiciales comunes para la protección de los derechos.

7. Empero de lo dicho, la Corte no deja pasar por alto la oportunidad para requerir a los ex cónyuges accionados, como en oportunidades similares lo ha hecho⁴, con el fin de que depongan las intransigencias personales, con miras

3 Sentencia C-041 del 3 de febrero de 1994.

4 Fallos del 13 septiembre de 1996 (exp. 3286) y 14 de julio 1998 (exp. 5140).

a que de manera conjunta y armónica regulen todos los aspectos relacionados con el cuidado y sostenimiento económico de sus vástagos comunes, incluyendo lo relacionado con la vivienda de los mismos, ya que así lo reclaman la convivencia pacífica y los intereses superiores de éstos, quienes no deben verse involucrados en las controversias surgidas con ocasión de la separación de sus padres; polémicas que al final de cuentas, con tolerancia, respeto e interés por el futuro de los descendientes, son fáciles de superar, en aras de la paz y la armonía familiar, la justicia y el bien común.

8. Así puestas las cosas, debe concluirse en la revocatoria del fallo impugnado, para en su lugar denegar la protección constitucional pedida, lo que conlleva a que quede sin ningún efecto la actuación cumplida en desarrollo de dicha providencia.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Revoca* el fallo de fecha y procedencia preanotadas; y en su lugar, *Dentega* el amparo constitucional solicitado.

En consecuencia, queda sin efectos la actuación que se hubiese adelantado en desarrollo del pronunciamiento revocado. Comuníquese al tribunal lo aquí decidido para que libre los oficios pertinentes.

Notifíquese esta decisión a los interesados mediante telegrama y oportunamente remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas (en permiso), Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Ferrnando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA, DERECHO AL TRABAJO: Vulnera el derecho la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad cuando no se exponen los motivos que justifican la decisión.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. José Fernando Ramírez Gómez*

Ref.: Expediente No. T-5508

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 1998, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil - Familia, dentro del proceso de tutela incoado por *Arsenis Zea Barrera* contra la doctora *Ana Yulia Rivera Gómez*, *Juez Tercera Civil Municipal de Girardot*.

ANTECEDENTES

1. Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil - Familia, *Arsenis Zea Barrera* promovió acción de tutela frente a la funcionaria judicial mencionada, deprecando el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo y al debido proceso, como mecanismo transitorio.

2. La anterior petición la funda en los hechos que se compendian a continuación:

2.1. Desde el 29 de enero de 1993 ha desempeñado diversos cargos en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Girardot, siendo el último de ellos el de escribiente grado 4, a partir del 29 de abril del corriente año.

2.2. El 8 de septiembre inmediatamente anterior, la acconada luego de solicitarle información sobre la prestación del servicio de fotocopiado, le llamó la atención a gritos y en forma altanera, situación que la llevó a salir corriendo del despacho, lo que a su turno ocasionó que la demandada la despidiera del cargo.

2.3. Ante el estado de nervios que le causó tal suceso se fue para la Clínica San Sebastián donde fue atendida por el servicio de urgencias, en el cual se le incapacitó por un día.

2.4. Al día siguiente al presentarse a laborar la Juez accionada, le reiteró que estaba despedida, que sacara sus cosas y se fuera, lo que de inmediato cumplió.

2.5. De tal situación informó de manera verbal al secretario de la Procuraduría, anexando al efecto copia de una solicitud de certificación sobre los motivos que tuvo la señorita juez para suspenderla en el cargo.

3. Con apoyo en lo anterior alega que se le violó el derecho del debido proceso al despedirla en forma verbal, no obstante que su nombramiento se efectuó mediante un acto administrativo, amén del derecho al trabajo al declarararla insubsistente, sin tener en cuenta la incapacidad médico legal que presentó en su oportunidad.

4. Entrada la accionada de la demanda formulada en su contra, mediante oficio No. 875 del 25 de septiembre del corriente año, remitió al a quo la prueba documental requerida por él.

SENTENCIA TRIBUNAL

Tras reseñar los antecedentes de la presente acción, la finalidad de su institucionalización, su procedencia, definir el derecho constitucional del debido proceso, precisó el Tribunal que en este caso se cuestiona de manera directa el despido del cargo de escribiente grado 4 del juzgado 3° Civil Municipal de Girardot, de que fue objeto la actora por parte de la funcionaria acusada.

Luego de establecer con base en la certificación expedida por la juez accionada que para el momento del despido la actora estaba vinculada en provisionalidad, anotó el fallador que dicha clase de nombramiento constituye una designación precaria, pues no otorga estabilidad alguna, ya que no es el resultado de un proceso de selección o de carrera, motivo por el cual tanto su nombramiento como la separación del cargo, obedece a la simple discrecionalidad del nominador, salvo en el caso que se reemplace por una designación en propiedad.

Sin embargo explicó, que la discrecionalidad de los actos de la administración no puede entenderse como el ejercicio ilimitado y caprichoso de la voluntad del ente respectivo, pues el ordenamiento jurídico tiene establecida la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el art. 36 del Código Contencioso Administrativo.

Sobre el tema agregó, que la discrecionalidad de las actuaciones administrativas no puede confundirse con la arbitrariedad o el abuso de autoridad, porque en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia se considera necesaria la motivación de los actos para que a través de ella pueda marcarse la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, entendiéndose por lo último, un acto contrario a la justicia.

Dentro del anterior marco conceptual, examinó el caso concreto, anotando que la actora fue designada en provisionalidad en un cargo de carrera, como es el de escribiente grado 4, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral

2º del art. 132 de la Ley 270 de 1996, ante la inexistencia de lista de elegibles, cargo que no está contemplado como de libre nombramiento y remoción por el inciso, 4º del art. 130 *ejusdem*; situación fáctica de la cual infirió que como el acto administrativo mediante el cual se declaró la insubsistencia de la accionante carecía de motivación, se había incurrido en violación del derecho fundamental del debido proceso de la precitada empleada, porque esa circunstancia la colocaba en un estado de indefensión. Consecuentemente estimó que en ejercicio del control constitucional, debía concederse el amparo deprecado, procediendo a declarar sin valor ni efecto alguno el Decreto 005 del 9 de septiembre de 1998, contentivo de la decisión administrativa en cuestión.

IMPUGNACION

Dentro de la oportunidad legal, la funcionaria judicial accionada impugnó el fallo cuyo contenido quedó visto, aduciendo que como la accionante no estaba inscrita en carrera, ella estaba facultada para prescindir de sus servicios con base en la figura de la insubsistencia sin necesidad de sustentación alguna.

En apoyo de su tesis cita el art. 204 de la Ley 270 de 1996, de acuerdo al cual, continúan vigentes, en cuanto no sean contrarias a la Constitución Política ni a dicha ley, los Decretos 052 de 1987 y 1660 de 1978, hasta que se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen laboral de los funcionarios y empleados judiciales.

También adujo que el Consejo Superior de la Administración de Justicia a través de la Circular No. 2, de once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dijo que el régimen jurídico que se debe de aplicar a los empleados subalternos, es el señalado en los Decretos 250 de 1970, 1660 de 1978 y 52 de 1987, precisado respecto del retiro del cargo en el numeral 5.2.2. *“La declaratoria de insubsistencia sin motivación. Se podrá declarar insubsistente, sin motivar la providencia, el nombramiento hecho a una persona que no es de carrera y que no tiene período. (sic) y de quien haya sido vinculado con nombramiento provisional. Estos actos administrativos son discrecionales y no deben ser notificados sino simplemente comunicados.”*

De otra parte alegó que la motivación del precitado acto administrativo implicaba la aplicación de unas normas de carrera a una persona que no está en ella, porque la ley estatutaria no señala procedimiento alguno sobre los derechos que puedan tener los empleados posestonados en provisionalidad, además que tendría que haberlo notificado e indicado la clase de recursos que podían interponerse, preguntándose ante quién se surtiría la respectiva apelación.

Para finalizar agrega que el amparo aquí pretendido no procede, pues el acto administrativo en cuestión es susceptible de las acciones respectivas ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, amén que el fallo impugnado dejó un vacío muy grande, por cuanto no indicó el procedimiento a seguir.

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar (...) 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"*, acción que sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, excepción hecha que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Como una prerrogativa de indiscutible importancia el artículo 29 de la Carta Política, impera que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. Lo anterior significa, que quien tiene a su cargo la resolución de una determinada situación debe actuar dentro de una absoluta imparcialidad, respetando las garantías procesales de quienes puedan resultar afectados con la decisión.

Respecto de la filosofía de dicho derecho, expresó la Corte Constitucional:

"En cumplimiento de las finalidades que le han sido asignadas -entre las cuales se encuentran, según nuestra Constitución, la de realizar un orden político, económico y social justo, la de asegurar a los integrantes de la comunidad una pacífica convivencia y la de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades- el Estado goza del llamado 'ius puniendi', en cuya virtud corresponde a sus autoridades imponer los castigos previstos en la ley a los miembros de la sociedad que infringen sus preceptos. Ejerce, pues, una potestad sancionatoria cuyos efectos están llamados a cumplir una función de interés colectivo.

"El poder estatal en esa materia, cuya realización aparece consecuencias que en concreto afectan derechos de las personas -como la libertad, el trabajo, la honra y el buen nombre-, es legítimo únicamente en la medida en que se ajuste a los límites y condiciones impuestos a la autoridad que lo ejerce por la Constitución y por la ley. Correlativamente, en la misma medida, las restricciones sufridas en el campo de sus derechos por los sujetos pasivos de esa acción resultan ser justificadas". (El destacado no es original).

Teniendo presente los anteriores conceptos, la Corte examinará si en este caso se violaron los derechos constitucionales fundamentales invocados por la accionante, con ocasión del despido de que fue objeto por parte de la Juez accionada.

La Administración de Justicia está regulada por la Ley 270 de 1996, estatuto que en su art. 130 clasifica los empleos de los servidores de la Rama Judicial en: de período individual, de libre nombramiento y remoción, y de carrera.

El mismo estatuto en su art. 132 señala que los cargos de la Rama Judicial, deben proveerse en propiedad, en provisionalidad o en encargo. Respecto de la segunda de las formas anotadas dice: *"El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto"*, sistema que para el caso presente corresponde a la provisión del cargo con una persona que aparezca en la lista de elegibles elaborada con base en el respectivo concurso, pues de acuerdo al precitado art. 130 el cargo de escribiente es de carrera.

De otra parte, la ley en comento siguiendo las pautas señaladas por el artículo 53 de la Carta Política, consagra entre los derechos de todo funcionario o empleado de la Rama Judicial, el de *"Permanecer en su cargo mientras observe buena conducta, tenga rendimiento satisfactorio, no haya llegado a la edad de retiro forzoso y en las demás circunstancias previstas en la ley"*.

Por tanto, siendo Colombia un Estado social de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, al trabajo, así como en la prevalencia del interés general (art. 1º. C. P), las decisiones que adopten sus agentes deben ir revestidas de legalidad, requisito en virtud del cual, salvo algunas excepciones, se impone la motivación de las mismas en cuanto afecten a algún particular, sin interesar que sean de carácter discrecional, porque dentro de los actos administrativos que no requieren motivación solamente están, la nominación y la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción. Tratándose, en cambio, de un auto de insubsistencia del nombramiento de un cargo en provisionalidad, este debe ser motivado, así sea sumariamente.

Así las cosas, cierto es que estando la accionante vinculada al Juzgado Tercero Civil Municipal de Girardot (Cundinamarca), en provisionalidad, y no siendo el cargo que desempeñaba de libre nombramiento y remoción, ella no podía ser removida sino en la medida en que éste fuera a proveerse con una persona que hubiese superado todas las etapas del proceso de selección, o por una causa justificada, que bien puede ser una sanción disciplinaria, previo agotamiento del proceso respectivo, porque como se anotó todos los empleados de la Rama Judicial tienen derecho a permanecer en sus cargos mientras observen buena conducta, reporten un rendimiento satisfactorio, no lleguen a la edad de retiro forzoso, y no sobrevenga respecto de ellos alguna circunstancia prevista por la ley como causal de retiro, salvo, claro está, tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción.

Consecuentemente al no haberse plasmado en el decreto que declaró su insubsistencia los motivos que llevaron a la administración a adoptar esa decisión, es claro que la actora quedó en un estado de indefensión que amerita la concesión del amparo deprecado, pues si bien es cierto ella dispone de otros medios de defensa judicial, éstos no cobran eficacia sino en la medida en que se publiquen de una manera clara las circunstancias fácticas que originaron la decisión en cuestión, porque sólo a través de su conocimiento son susceptibles de contradicción.

Lo anterior es así, porque las actuaciones administrativas están reguladas por la ley, que impone que las decisiones discrecionales sean adecuadas a los fines de la norma que las autoriza, y proporcionales a los hechos que le sirven de causa" (art. 36 del C.C.A.).

Sobre la materia dijo la Corte Constitucional en la sentencia² citada por el a quo:

"...necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción.

(...)

"La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso - administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).

*"Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión..."*

En virtud de lo discurredo se confirmará el fallo de primer grado, en cuanto amparó el derecho del debido proceso de la accionante, pero se revocará en lo referente a la declaratoria sin valor ni efecto del Decreto 005 del 9 de septiembre de 1988, emanado del Juzgado accionado, porque dicha declaración es del resorte de la jurisdicción contenciosa administrativa. En su lugar se ordenará a la juez demandada que expida un acto administrativo motivado sobre el asunto en cuestión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. Confirmar el numeral primero de la sentencia de fecha y lugar de procedencia arriba anotada.

2 C. C. Sentencia 250 del 26 de mayo de 1998, exp. No. T-134192.

2. Revocar el numeral segundo, para en su lugar ordenar a la Juez Tercero Civil Municipal de Girardot que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este fallo, expida un acto administrativo motivado en el que explique las causas y hechos concretos que dieron origen a la declaratoria de insubsistencia de Arsenis Zea Barrera. Acto que si lo estima pertinente la accionante, quedará sujeto a las respectivas acciones contencioso-administrativas.

Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Stancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schlöss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION: Diferencia con el concepto de arbitrariedad constitucionalmente prohibido.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Ref.: Expediente No. 5525

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha siete (7) de octubre de 1998, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio de la cual se concedió la tutela solicitada por el Teniente Coronel *Oscar Alberto Osorio Hirucapié* contra la Policía Nacional.

ANTECEDENTES

Considera el accionante que la institución contra la cual dirige su queja, ha lesionado sus derechos a la libertad, a elegir profesión u oficio y al libre desarrollo de su personalidad, al no haber resuelto su solicitud de retiro voluntario del servicio activo. En consecuencia solicita se le conceda el retiro institucional por situaciones de índole familiar que le obligan a tomar dicha determinación.

Los hechos y afirmaciones en que se funda la acción pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Ingresó voluntariamente a la Policía Nacional el 8 de enero de 1977, perteneciendo en la actualidad al Servicio Aéreo como piloto de helicóptero en comisión permanente ante el Ejército Nacional, la cual fue autorizada por el Ministerio de Defensa.

2. El 8 de mayo del año en curso, tramitó la solicitud de retiro ante el señor General Director de la Policía Nacional, a quién corresponde resolverla en Junta Asesora de acuerdo con el artículo 75 del Decreto 41/94. Adujo para ello razones personales, siendo una de índole económica, pues debe sufragar parte de los gastos que ocasiona el tratamiento para el cáncer que padece su progenitora, lo que le ha ocasionado serias dificultades. Ha recibido una oferta de trabajo como piloto de helicóptero M 17 en el Ejército Nacional firmando un contrato particular que mejoraría sus ingresos.

3. Discutida su solicitud ante la Junta Asesora, fue rechazada teniendo en cuenta para ello entre otras cosas, "las necesidades del servicio y las difíciles circunstancias nacionales que requieren el concurso de los buenos profesionales de la Institución". Tal decisión fue comunicada mediante el oficio 5057 del veintinueve (21) de mayo del año en curso, en el cual además se le pidió reconsiderar su solicitud de retiro.

4. El 2 de junio siguiente reiteró su solicitud, la cual fue negada nuevamente, y comunicada por oficio 0148 del 2 de septiembre.

5. El 17 de ese mes trató de explicar personalmente al General Serrano Cadena los motivos de su retiro, pero este no quiso escucharlo.

6. Considera que la negativa a su solicitud se debe no a necesidades de orden público, sino a situaciones diferentes, constituyendo una "retención innecesaria para el desarrollo de sus actividades personales" pues desea dedicarse al ejercicio de su profesión independiente como piloto de aeronaves.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal analiza en primer término el concepto de dignidad humana con sujeción al modelo que denomina "Kantiano" en el cual esta se opone antes que todo a la manipulación y a la instrumentalización. Considera que en un plano concreto de subordinación entre las instituciones y sus miembros, basadas en la libre determinación, constituyen de alguna manera una instrumentalización permitida, por cuanto "la libre determinación del individuo le puede llevar a admitir situaciones, como acontece cuando una persona condiciona sus libertades al servicio de una institución, esa autolimitación tiene restricciones, si la institución sojuzga de tal modo al sujeto que de hecho se priva de dar una nueva dirección a su libertad, según considerare que más se realizaba su propia dignidad y su condición humana se está atentando contra la libertad y contra la dignidad".

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, la pertenencia a una institución es un condicionamiento que limita la libertad, en tanto el individuo asume que no es posible cambiar intempestiva o súbitamente la dirección de su libertad, sino que la asunción de las reglas de la institución le imponen sujetar su retiro a unas reglas razonables. Pero cuando la aplicación de esas reglas excede los márgenes de la razonabilidad, se hace evidente la agresión ilegítima al derecho fundamental de la libertad y se corre el peligro de incurrir en grave menoscabo de la dignidad humana.

En criterio del Tribunal, evadir la Institución accionada el pronunciamiento sobre el retiro del oficial accionante, lesiona severamente derechos de este último a la libertad y la dignidad humana, pues el hecho de fundar la negativa en la aplicación del artículo 77 del Decreto 42/94 según el cual el retiro se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requiera su permanencia en actividad, a juicio de la autoridad competente, es abiertamente inconstitucional si se la interpreta de modo que se pueda aplazar indefinidamente, como se ha hecho hasta ahora, la autori-

zación de retiro, pues "ni siquiera el país se encuentra en estado de conmoción interior ni se valicina que las condiciones de orden público puedan mejorar en el corto plazo, lo que deja al solicitante en una incertidumbre total mediante una negativa implícita que lesiona su libertad, su propia dignidad y específicamente su libertad de elegir profesión u oficio...", razones que llevan a conceder el amparo invocado disponiendo que el Director General de la Policía Nacional proceda a ordenar la autorización de retiro voluntario de la institución al oficial accionante.

LA IMPUGNACIÓN

La institución accionada en su escrito de impugnación considera errónea la decisión del Tribunal, toda vez que de conformidad al artículo 75 del Decreto 41/94 modificado por el artículo 6° del Decreto 573/95, el retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, hecho que en el caso presente se comunicó al fallador mediante oficio número 02045 del 28 de septiembre, escrito este en el que se manifestó que pese a la necesidad de los servicios del T.C. Osorio, aquí accionante, se tomaría la decisión de someter el asunto a concepto de la Junta Asesora, requisito indispensable para tramitar favorablemente la petición del oficial.

Sostiene que frente a la solicitud de retiro del actor, no se le negó su requerimiento, sino que se le sugirió reconsiderar su solicitud en atención a sus allas condiciones de oficial; sin embargo se le comunicó que sería sometida nuevamente a consideración de la Junta Asesora, lo que en efecto se llevó a cabo el 30 de septiembre del año en curso, donde se aconsejó el retiro del T.C. Osorio, según consta en el acta número 474, en los términos que para el efecto están establecidos por el artículo 77 del Decreto 41/74 a cuyo tenor: los oficiales, suboficiales y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, podrán solicitar su retiro del servicio en cualquier tiempo, el cual se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en la actividad, a juicio de la autoridad competente. El competente para disponer el retiro del oficial no es, como lo afirma equivocadamente el Tribunal, el Director General de la Policía Nacional, sino la Junta Asesora, cuya composición y funciones entre otras la de decidir lo que aquí se debate, están definidas en los artículos 31, 32 y 33 del Decreto 2335/71, normas de cuyo cumplimiento no puede apartarse el Director General de la Policía.

De otra parte el artículo 2° del Decreto 306/91, establece que la acción de tutela no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualesquiera otra norma de rango inferior.

CONSIDERACIONES

1. Sabido es que la acción de tutela fue establecida por la Constitución Política como mecanismo para garantizar, mediante un procedimiento judi

cial breve y sumario, la protección de los derechos fundamentales de las personas contra todo acto u omisión de autoridad pública, y en algunos casos de particulares, que en forma evidente lesionen o sometan a restricción ilegítima los referidos derechos.

2. En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte lo que pretende el accionante es que por vía de tutela, se le ordene a la Institución accionada despachar favorablemente la solicitud de retiro voluntario de la institución, aduciendo que la actitud negativa adoptada por esta comporta una violación de su derecho a la libertad de escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de su personalidad, pretensión que no puede ser acogida por fuerza de las razones que pasan a indicarse.

A) Debe resaltarse en primer término, que al haber ingresado el accionante voluntariamente a la Policía Nacional, suponía de su parte someterse a los reglamentos y en lo que concierne a la posibilidad de su retiro, a las normas que regulan lo atinente a la carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional consagradas en el Decreto 41/94, en cuyo artículo 75 se establece que una decisión en tal sentido por parte de los oficiales, deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora, y el artículo 77 *ibidem* dispone que la solicitud se despachará favorablemente cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad, a juicio de la autoridad competente, caso que es precisamente el que en la especie aparece configurado en tanto son motivos de la naturaleza indicada los que sirvieron de fundamento para que la institución pidiera al accionante la reconsideración de su solicitud de retiro (folios 4 y 6 del cuaderno de tutela), no así el rechazo de la misma mediante un acto caprichoso y no gobernado por la razón como parece sugerirlo el accionante en su escrito de tutela y lo tiene por cierto, sin el suficiente sustento en evidencia que obre en los autos, el fallo materia de impugnación.

Bien sabido es que en no pocos casos y atendiendo a consideraciones de diversa índole, el ordenamiento jurídico habilita a la administración en posición preeminente para actuar en ejercicio de potestades discrecionales, es decir atribuyéndole cierta libertad de apreciación decisiva frente a las circunstancias concurrentes en cada situación específica, libertad cuyo ejercicio no debe proibirse a la ligera, confundiendo la discrecionalidad legítima con la arbitrariedad constitucionalmente prohibida. Lo primero encuentra cobertura adecuada en motivaciones suficientes, discutibles o no, pero congruentes en todo caso con la Constitución y el sistema de principios y valores que ella consagra, uno de ellos el que reconoce la prevalencia del interés general, mientras que lo segundo, censurable como arbitrario, o no tiene justificación respetable ninguna pues se trata simplemente de la conocida "*sui pro ratione voluntas*", o la que ofrece en apariencia permite descubrir, sin necesidad de acudir a elaboradas argumentaciones, su carácter en realidad indefinible y opuesto a la finalidad que justifica el otorgamiento de aquella potestad, circunstancias estas de visible anormalidad que no se presentan en la especie en estudio pues la solución elegida, consistente en sugerir al

oficial de policía aquí accionante, amparándose en motivos legales, la reconsideración de su solicitud de retiro, amén de guardar armonía con los hechos que constituyen presupuesto de tal elección, resulta proporcionada a los fines perseguidos como claramente lo explica el escrito de impugnación y no entraña la actitud evasiva que el Tribunal toma por demostrada pues obedeció a la aplicación objetiva de una disposición de jerarquía legal precisa y expresa, lo que de suyo excluye la concesión del amparo solicitado.

B) En segundo término, es errónea la decisión del Tribunal en el sentido de ordenar al Director General de la Policía Nacional que otorgue su conformidad al retiro voluntario del oficial, toda vez que al tenor del artículo 75 del Decreto 41/94, modificado por el artículo 6° del Decreto 573/95, el retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, no pudiendo el Director de la Institución dar cumplimiento a dicha disposición pues ello conlleva a la transgresión de la norma citada.

Y además de lo anterior, debe anotarse que en el escrito de impugnación de la Institución accionada, esta pone de manifiesto que la solicitud del oficial fue considerada en la Junta Asesora del 30 de septiembre y allí se recomendó acceder al retiro, decisión que afirma se comunicó al accionante y es anterior al fallo impugnado.

Bastan, pues, las anteriores consideraciones para concluir que el fallo materia de impugnación deberá ser revocado, y en su lugar, habrá de negarse el amparo solicitado, determinación que de conformidad con el Art. 7 del Decreto 306 de 1992, implica el que quede sin efectos la providencia impugnada y todas las actuaciones llevadas a cabo para darle cumplimiento.

Por último se dispondrá lo conducente para que, dentro de este trámite, tenga lugar la fase de revisión constitucional prevista por la Carta Política.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *Revoca* el fallo de fecha siete (7) de octubre de 1998, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá y en su lugar, *Niega* la tutela entablada por Oscar Alberto Osorio Hincapié, quedando sin efecto en consecuencia, y por el solo ministerio de la ley, dicha providencia y todas las actuaciones surtidas en orden a darle cumplimiento.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiense.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Echara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pinnetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DOCUMENTO PÚBLICO, DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: Los sujetos procesales no pueden tener acceso a los proyectos de providencias por no tener éstos la calidad de documentos públicos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 5526

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por el señor *Juan Gilberto Ovalle Téllez* contra el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima -Sala Disciplinaria-.

ANTECEDENTES

Aduciendo la violación del artículo 74 de la Constitución Nacional y la conculcación de sus derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso por parte de la Corporación accionada, en razón al proveído de 7 de septiembre último que profirió en el proceso disciplinario No. 837, el peticionario reclama que en el perentorio término de tres días le "sea entregado debidamente autenticado, el borrador del proyecto de sentencia,..." en ese asunto elaborado y en el que "el Dr. René Ramírez (sic) R., salvó el voto,..."

Al efecto, en resumen, sostiene el autor de la queja, que en el aludido asunto disciplinario, dentro del cual es sujeto procesal, solicitó la expedición de la copia del documento a que se contrae su pretensión constitucional, siendo negado el pedimento mediante auto de 7 de septiembre del año que avanza, el que, por ende, tilda de verdadera vía de hecho judicial. Previo acotar que en el mencionado proceso disciplinario ya se profirió sentencia, destaca que el indicado documento no tiene reserva legal alguna y, con tal base, reitera la afectación de sus derechos fundamentales y la procedencia de su solicitud.

FALLO DEL TRIBUNAL

Inicia el *a quo* con el estudio, en forma general, de la acción de tutela, de los derechos cuya protección aquí se persigue y de la operancia excepcional

de esta forma de defensa, cuando con ella se busca cuestionar decisiones judiciales.

Desciende luego al caso concreto y en cuanto a él precisa, que "el proyecto de una providencia es una perspectiva de que una situación será definida o no en la forma y términos como se expresa en el mismo, de manera tal que es incierta y por lo tanto, no tiene ninguna trascendencia para quienes siendo partes o terceros, están a la expectativa de su resultado por cuanto no es una decisión final" y que, consecuentemente, a los proyectos de decisión no puede dárseles el mismo tratamiento que a las providencias judiciales, lo que excluye la aplicación del artículo 57 de la Ley 270 de 1996. En tal orden de ideas concluye, que "Así las cosas, no advierte la Sala la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso, ni al acceso a la administración de justicia, ni de otro derecho constitucional del peticionario *Juan Gilberto Ovalle Téllez*, toda vez que la providencia que negó la expedición de la copia auténtica del borrador del proyecto mencionado, no obedece a una actitud arbitraria y caprichosa del Magistrado acusado, es decir, carente de motivación o fundamentación objetiva, en otras palabras, que sea simplemente fruto de su mero capricho o voluntad, trayendo como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales constitucionales que dice el accionante se la han violado; pues como se observa, es un auto que a pesar de ser de *cómplase*, fue motivado para darse respuesta negativa en cuanto a la expedición de la copia".

Dichas motivaciones, en definitiva, condujeron al Tribunal a rechazar por improcedente la acción de tutela llevada a su conocimiento.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante en oportunidad impugnó la comentada sentencia, por considerar que "ciertamente no existe dentro de nuestra Legislación (sic) precepto en absoluto que le imponga el carácter de la reserva a los proyectos de autos, cuando de otra parte mi actuación ha sido la de Sujeto Procesal". Adicionalmente solicita, que "Como fundamento de la impugnación... se tenga en cuenta lo expuesto en la acción de tutela".

CONSIDERACIONES

1. Es el motivo de la queja la determinación adoptada en la parte final del provido de 7 de septiembre del presente año, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima en la acción disciplinaria No. 837, según las propias informaciones del accionante, y que reza: "De otro lado, y en relación a la expedición del *'borrador del proyecto de sentencia en donde salvó voto el Dr. René Ramírez Rivera'*, dicha petición se deniega en atención a que los salvamentos de voto, sólo se consignan en las decisiones adoptadas por la mayoría de los integrantes de la Sala y no como se solicita, sobre un borrador de un proyecto, que es de carácter reservado como lo son las observaciones en torno al mismo." (fl. 13, cd. 1).

2. Siendo ello así, debe descartarse de entrada la presunta conculcación de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso

del peticionario, pues, como es obvio, la negativa contenida en el auto atrás transcrito no traduce en lo más mínimo que el accionante no haya podido o no pueda concurrir a los órganos que integran la Rama Jurisdiccional del poder público para obtener la protección de sus derechos y, menos, que se haya visto impedido de actuar, con igual fin, ante la Corporación accionada en el proceso de que da cuenta su reclamo, cuando, como se desprende del escrito de tutela, la acción disciplinaria en la que participó como sujeto procesal ya fue definida, mediante sentencia, tanto en primera como en segunda instancia.

3. Examinado el reproche en cuestión a la luz del derecho de petición en la modalidad de informaciones a que aluden los artículos 23 y 74 de la Carta Política, es decir, "aquel que tiene toda persona no sólo para recibir información, sino para consultar los documentos públicos relacionados con la acción de las autoridades públicas, y también para que se les expida copia de los mismos (arts. 90. y 17 del C. C. A.)" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sent. de 9 de agosto de 1996, Exp. No. T-3217), debe precisarse que, como en pluralidad de oportunidades se ha dicho, el derecho fundamental de petición no puede entenderse como una garantía legal del interesado a que el destinatario de la misma, al responder en forma oportuna como es su deber, tenga que acceder además a otros propósitos de aquél, como son, v.gr., tener que pronunciarse no sólo sobre el fondo de la cuestión sino tener que hacerlo de manera favorable a su interlocutor, por lo que, también se ha sostenido, se cumple, en consecuencia, con ese deber legal, cuando el destinatario de la petición la responde, cualquiera sea el sentido en que lo haga, siempre que aborde de manera concreta el tema materia de la misma.

Importante también es señalar en torno al derecho a la información, que éste no es absoluto en la medida que él, en tratándose de autoridades públicas, brinda la posibilidad de conocer exclusivamente las cuestiones ainentes a su gestión oficial y en cuanto al acceso de documentos, sólo se extiende a los "documentos públicos" (art. 74 C.P.) que no tengan el carácter de reservados, ni a aquellos que hagan relación a la defensa o seguridad nacional (art. 12 de la Ley 57 de 1985).

4. Establecidos tales parámetros generales y descendiendo al caso traído a conocimiento de la Corte, se impone destacar que, a voces del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, "Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención" y que "Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público", en tanto que "cuando es otorgado por un notario o quien baga sus veces y ha sido incorporado al respectivo protocolo, se denomina escritura pública".

Se colige por consiguiente de lo expresado, que los proyectos de providencia, trátese de autos o sentencias, no ostentan la calidad de documentos públicos en tanto respecto de ellos falta obviamente el propósito de ser otorgados

como tal, pues apenas alcanzan a ser lo que son: borradores de trabajo, y consecuentemente no corresponden a uno de aquellos a que se refiere el artículo 74 de la Constitución Nacional, sin que a los mismos se pueda tener acceso por los sujetos procesales.

5. Se extrae de la motivación precedente, de un lado, que la negativa materia del reproche elevado por el actor en tutela no es lesiva de su derecho de petición en la modalidad de obtener informaciones o de acceder a documentos públicos y, de otro, que la determinación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria aquí convocada, no es antojadiza o fruto de la mera voluntad de dicho fallador corporativo, sin que, por ende, encuadre en el concepto de "vía de hecho judicial", por la que se entiende aquella actividad de conducta jurisdiccional que, en cuanto fruto del capricho o del parecer irracional, no tiene ningún fundamento legal y que de manera excepcional, habilita la operancia de la acción de tutela frente a decisiones judiciales.

6. Siendo ello así surge palmario el desacierto de la acción de tutela estudiada, lo que permitirá la confirmación de la sentencia impugnada, y la carencia de verdaderos fundamentos legales que la respalden, de donde puede afirmarse la temeridad de la queja (numeral 1º, art. 74 del C. de P.C.), para, al tenor del artículo 73 de la ley de enjuiciamiento civil, sancionar a su promotor con multa equivalente a diez salarios mínimos mensuales.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma el fallo de veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, adicionándolo para sancionar al demandante del amparo con multa equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales, que deberá ser cancelada en favor del Consejo Superior de la Judicatura. Procédase en la forma del artículo 394 del Código de Procedimiento Civil.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; remítase copia auténtica de este fallo al Tribunal de instancia para lo de su cargo; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Oficiésc como corresponda.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO CIVIL: La interrupción del proceso para notificar a los herederos de la demandada no puede ser obstáculo para afectar los derechos de un tercero ajeno a la relación procesal en curso que solicita el levantamiento de una medida cautelar que le perjudica. La actitud omisiva del juez desconoce los derechos del tercero aquí accionante. La Sala pone en conocimiento de la autoridad competente la omisión en que incurrió el juez.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Ref.: Expediente No. 5556

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha treinta (30) de septiembre de 1998, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de la cual se concede parcialmente la tutela solicitada por *Rosiris Acuña Morales* contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Sabanalarga (Atlántico), y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma localidad.

ANTECEDENTES

Considera la accionante, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, que los funcionarios contra los cuales dirige su queja han lesionado sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la propiedad, al buen nombre y el de petición, con ocasión del trámite de un proceso ordinario en el curso del cual el juzgado accionado ordenó a la Oficina de Instrumentos Públicos de Sabanalarga (Atlántico), la inscripción de la demanda respecto de un inmueble que es de propiedad de la accionante y que no obstante haber solicitado insistentemente al despacho judicial accionado levante tal inscripción, no ha obtenido respuesta. Solicita en consecuencia que se ordene al despacho judicial citado dar respuesta a las peticiones formuladas, y a la oficina de registro accionada cancelar la medida precautelativa en referencia.

Los hechos y afirmaciones en que se funda la acción pueden resumirse de la siguiente manera:

1. La accionante adquirió un inmueble ubicado en la en la calle 26 No. 21-53 de Sabanalarga (Atl.) a Genoveva Morales de Polo, según escritura pública número 797 del 4 de agosto de 1995 de la Notaría Unica de ese municipio.

2. En el Juzgado Promiscuo de Familia de Sabanalarga, cursa un proceso ordinario de petición de herencia promovido por Apolinar Polo Morales contra Genoveva Morales de Polo, demanda que fue admitida por auto del quince de diciembre de 1995 y mediante oficio del ocho (8) de abril de 1996 se ordenó a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma localidad, inscribir dicha demanda en el folio de matrícula inmobiliaria No. 045-0021513, correspondiente al inmueble descrito.

3. Mediante el oficio N° 188 del veintinueve (29) de febrero de 1996 el registrador comunicó al juzgado de conocimiento que había inscrito la demanda, haciendo la observación atinente a que la demandada no es la propietaria del inmueble referido.

4. La demandada en el proceso falleció el tres (3) de julio de 1996 sin haber designado apoderado.

5. En agosto siguiente, la accionante invocando la condición de propietaria del inmueble afectado por la providencia cautelar así ejecutada, solicitó al juzgado accionado su revocatoria, acompañando el certificado de defunción de la demandada en el proceso referido.

6. Mediante auto del diecisiete (17) de septiembre, el juzgado resolvió "declarar la interrupción del proceso", citar a los herederos de la demandada y levantar la medida cautelar decretada. Este auto fue recurrido por la parte actora, recurso decidido por auto del cinco (5) de noviembre, en el sentido de revocar únicamente lo relativo al señalado levantamiento.

7. En memoriales fechados el doce (12) de junio y el veintitrés (23) de julio de año en curso, la accionante, por intermedio de apoderado judicial, solicitó al juzgado el levantamiento de la susodicha medida, peticiones que no han sido respondidas.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, luego de aludir a la procedencia de la acción de tutela contra actuaciones de las autoridades judiciales cuando por razón de sus acciones u omisiones lesionan derechos fundamentales incurriendo en "vias de hecho" siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial salvo que se ejerza como mecanismo transitorio, otorga amparo del derecho al debido proceso teniendo en cuenta las consideraciones que a continuación se sintetizan.

Del análisis de los hechos y de la inspección judicial adelantada en el expediente respectivo, el fallador verificó que, en efecto, desde agosto de 1996 la accionante, invocando su calidad de propietaria del inmueble y tercero frente a la relación procesal, solicitó al despacho accionado el levantamiento de la medida que pesa sobre el mismo e informó del fallecimiento de la demandada, petición que fue atendida tardíamente, en septiembre 17 de 1996, declarando la interrupción del proceso, la citación de los herederos de la demandada, y el levantamiento de la medida cautelar practicada: sin embar-

go, esta última se mantuvo por cuanto el auto que la ordenaba fue revocado, a lo que se agrega que el juzgado accionado omitió el pronunciamiento de rigor acerca de las solicitudes presentadas por la accionante el diecinueve (19) de mayo de 1997, doce (12) de junio y veintitrés (23) de julio del año en curso, puesto que como lo informó el juez de conocimiento en el oficio N° 1189 dirigido al Tribunal el veinticuatro (24) de septiembre, "...el proceso se encuentra interrumpido desde el diecisiete (17) de septiembre de 1996, y de acuerdo con la preceptiva del artículo 168, último inciso del C. de P. C. no podía ejecutarse ningún acto procesal, so pena de generar una nulidad".

Estima el Tribunal que si bien es cierto que al tener conocimiento el juez accionado de la defunción de la demandada que aún no se había vinculado al proceso a través de la notificación pertinente, debía, como lo hizo, declarar la interrupción, igualmente lo es que la citación de los herederos, si se desconocía su domicilio, no era posible tenerla por surtida mediante anotación en el estado, sino que ha debido emplazarlos de conformidad con los artículos 81 y 318 del C. de P. C.

Añade el fallador que "...Mantener paralizado un proceso, desde septiembre 17 de 1996 y esperar hasta marzo 9 de 1998, para imponer una orden a secretaria (auto de 'cúmplase') de dar cumplimiento al numeral 2 de la decisión de septiembre 17 de 1996, notificando a los herederos indeterminados de Genoveva Morales de Polo, precisamente en el inmueble donde habita la accionante, de conformidad con el artículo 320 *ibidem*, no es respuesta acorde para dar rápida solución al estancamiento del proceso. (...). El interés legítimo que tiene la tercera en el proceso, se ve menguado, cuando el juez cumple ciertas actividades procesales que propenden por la dilación y no solucionan efectivamente, otorgando respuestas que posibiliten en gran medida el avance procesal y tales omisiones determinan un proceder contrario a sus deberes", por lo que en consecuencia, ordena al juzgado accionado adoptar las medidas que posibiliten reanudar y adelantar el proceso, dándole respuesta a las peticiones de la accionante.

En cuanto a los derechos que se dicen han sido lesionados por la Oficina de Registro, considera el fallador que sus actuaciones se adelantaron con sujeción a la ley, y frente a los restantes derechos fundamentales cuya vulneración se aduce, ésta, no aparece configurada, toda vez que el derecho a la propiedad no sufrió menoscabo por cuanto la medida cautelar de inscripción de la demanda de petición de herencia no privó a la accionante del disfrute de los derechos que le son inherentes: usar, gozar y disponer del bien; el derecho de petición, en estricto sentido, no existe en el trámite procesal, puesto que tal se concreta a una precisa solicitud y las decisiones que tome el funcionario judicial en su decurso, deben seguir los trámites procedimentales legalmente estatuidos.

LA IMPUGNACIÓN

Sostiene el apoderado del demandante en su escrito que la interrupción del proceso obedeció, no al capricho de la juez accionada sino a la necesidad

de que los herederos determinados de la demandada se hicieran presentes; por tanto si la accionante "...tiene apuros de vender el inmueble, sus compradores deben atenerse a las resulta (sic) de este proceso", solicitando por lo tanto la revocatoria del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Sabido es que tratándose de actos provenientes de autoridades públicas integrantes del poder judicial, y a la luz de principios fundamentales que también reconoce el propio ordenamiento jurídico superior, la procedencia de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional es de suyo restringida a aquellos eventos de excepción en que los juzgadores, en lugar de actuar de acuerdo con la Constitución y la ley cual es su deber hacerlo, caprichosamente se apartan de estas fuentes de normatividad positiva, produciendo actuaciones notoriamente arbitrarias, esto es, incurriendo en verdaderas vías de hecho que redundan en menoscabo de derechos fundamentales con agravio, bien sea para las partes que del proceso respectivo son sujetos o bien para terceros que en cualquier forma tengan relación con su trámite.

A este proceder de hecho, que ocurre cuando dichas autoridades actúan con absoluta falta de competencia o de un modo completamente arbitrario o irregular, debe agregarse la conducta del administrador de justicia consistente en retardar u omitir injustificadamente actos propios de sus funciones, pues en tales casos la dilación conlleva un evidente menoscabo para los derechos de las partes o de los terceros en la medida en que constituye, cual lo ha sostenido esta Corporación, una forma de denegación de justicia, ya que conforme al artículo 37 del C. de P.C. es deber del juez dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal, a lo que debe agregarse que desde el punto de vista constitucional, en el cumplimiento de los términos judiciales va envuelta la garantía del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, consagrados en los artículos 29, 228 y 229 de la C.P.

2. En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, y como lo sostiene con acierto el Tribunal en el fallo impugnado, el juzgado accionado, sin tener razón válida que lo justifique, como en seguida se verá, permitió que desde el diecisiete (17) de septiembre de 1996 se encuentre efectivamente paralizado el trámite del proceso ordinario tantas veces aludido, argumentando para ello que de conformidad a lo dispuesto por el último inciso del artículo 168 del C. de P.C. durante la interrupción no corren términos y no podía ejecutar ningún acto procesal, so pena de nulidad, interrupción que obedeció, según afirma, a que los herederos de la demandada no han sido notificados para dejar correr el término y proceder a reanudar el proceso, argumento que a simple vista resulta infundado en cuanto sin duda alguna, la solicitud que motiva la queja constitucional en estudio, atinente al levantamiento de una medida cautelar que se reputa perjudicial para los legítimos derechos de un tercero ajeno a la relación procesal en curso, requiere trámite y urgente y para deci-

dir acerca de ella, por disposición expresa de la ley no es obstáculo la interrupción existente.

Además de lo anterior, en aplicación del mencionado deber de impulsión procesal a cargo del juez, lo pertinente era ordenar la notificación a los herederos de la demandada en la forma prevista en la ley, por cuanto de esta manera no sólo se garantiza el derecho al debido proceso, sino que además se impulsa la actuación sin dilaciones o retardos injustificados. El retraso de hecho que el despacho accionado ha permitido por más de dos años en el proceso en estudio, sin que por lo demás se vislumbre durante ese prolongado lapso una intención concluyente de reanudarlo a la mayor brevedad, constituye no sólo incumplimiento de los deberes de dicho funcionario para con las partes, sino la restricción antijurídica de los derechos de la accionante que como tercero reclama la solución a una cuestión precisa y concreta que se ha visto dilatada sin motivo valedero, situación que debe ser puesta en conocimiento de la autoridad competente para determinar la existencia de posibles faltas disciplinarias imputables al señalado funcionario.

En síntesis, por cuanto fue proferido con arreglo a derecho el fallo que es materia de impugnación ha de recibir confirmación disponiéndose lo conducente para que dentro de esta actuación tenga lugar la fase de revisión constitucional prevista en la Carta Política.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley Confirma el fallo de fecha treinta (30) de septiembre de 1998, proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Por las razones expuestas en la parte expositiva de esta providencia y de conformidad con los artículos 153 numeral 2 y 20 de la Ley 270 de 1996, 37 del C. de P.C. y 50 de la Ley 200 de 1995, se dispone remitir copias de esta actuación al Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico para que, en tanto encuentre mérito para hacerlo de acuerdo con la ley, adelante investigación en orden a verificar la posible responsabilidad disciplinaria en que haya incurrido el Juzgado Promiscuo de Familia de Sabanalarga (Atl.). Oficiese.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Artonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: La decisión judicial de no escuchar a los demandados que están en mora de cancelar los cánones adeudados, incluso después de proferida la sentencia, no constituye vía de hecho.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Santos Ballesteros*

Ref.: Expediente No. 5566

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Armenia de fecha 8 de octubre de 1998, que negó la tutela promovida por *Rosalía del Carmen Ochoa Rojas* quien actúa en nombre propio, contra el *Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia*.

ANTECEDENTES

1. En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado, la accionante *Rosalía del Carmen Ochoa Rojas* quien actúa en nombre propio, interpone acción de tutela contra el *Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia*, por considerar que el accionado en el proceso de restitución de inmueble arrendado adelantado por la sociedad *Niño Sánchez Hermanos Ltda.* contra la accionante, *María Teresa Ochoa Rojas* y la Sociedad *Inversiones Ochoa Henao Ltda.*, al no darle trámite a sus memoriales con el argumento de no haber consignado los cánones adeudados, a pesar que el proceso ya ha terminado mediante sentencia debidamente ejecutoriada, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y de propiedad.

2. Los hechos y afirmaciones que sirven de fundamento a la presente acción de tutela pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Se aprecia en el expediente que la sociedad *Niño Sánchez Hermanos Ltda.* adelantó ante el *Juzgado 1º Civil del Circuito de Armenia*, un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado contra *Inversiones Ochoa Henao Ltda.*, *María Teresa Ochoa Rojas* y *Rosalía Ochoa Rojas*, y posteriormente mediante reforma de la demanda, incluyó como demandada a *Lina María Correa Ochoa*, por haber adquirido las obligaciones correlativas que genera el contrato de arrendamiento pactado inicialmente entre la parte demandante y la parte demandada (folios 50-55 y 58-61).

b) El accionado en auto del 4 de junio de 1997 admitió la demanda, el 14 de julio aceptó la reforma y el 11 de febrero de 1998 para los fines del párrafo 1, numeral 4 del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil notificó a los demandados mediante aviso, sin que dentro del término señalado para contestar los demandados hubieran efectuado manifestación alguna (folios 66 - 69).

c) El accionado en consideración al silencio guardado por los demandados, en sentencia del 20 de mayo de 1998 ordenó a *Inverstones Ochoa Henao Ltda* y a las señoras *Rosalía Ochoa Rojas y María Teresa Ochoa Rojas*, restituir a favor de la sociedad *Niño Sánchez Hermanos Ltda*, el inmueble materia del proceso, sin efectuar pronunciamiento alguno en relación con *Lina María Correa Ochoa*, pues consideró que su vinculación mediante la reforma de la demanda, era improcedente pues no aparece en el expediente el contrato de arrendamiento que la obligue como arrendataria, ni se acreditó que *Lina María* hubiese conferido poder a *Rosalía* para que la represente en el documento que la vincula como arrendataria, por lo que no surgió respecto de ella ninguna obligación (folios 1 - 13).

d) Posteriormente, el 10 de septiembre de 1998, *Rosalía y María Teresa Ochoa Rojas* en memorial dirigido al juzgado manifestaron la imposibilidad de efectuar la entrega del inmueble, por considerar que ya se realizó, pues la calidad de arrendataria la ostenta en la actualidad *Lina María Correa Ochoa*, con un nuevo contrato de arrendamiento suscrito con la sociedad demandante (folios 16, 17).

e) El accionado en auto del 11 de septiembre de 1998 no le dio trámite alguno al escrito presentado por las demandadas, por no haber dado cumplimiento a lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del párrafo 2 del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, es decir no haber cancelado el valor de los cánones atrasados. Las demandadas inconformes con esta decisión interpusieron recurso de reposición y en subsidio apelación, al estimar que el proceso de restitución culminó con sentencia ejecutoriada, y que en la actualidad sólo se encuentra pendiente dar cumplimiento a una orden impartida, es decir que se está ante un proceso de ejecución en donde la ley no exige el pago de los cánones atrasados, por lo que la exigencia del juzgado resulta extraña a esta clase de actuaciones; mediante auto del 17 de septiembre de 1998, el accionado mantiene su decisión con el mismo argumento respecto de la obligación de cancelar el valor de los cánones atrasados para ser escuchadas (folios 16 - 23).

3. Precisa la accionante que el proceso de restitución termina una vez en firme la sentencia que resuelve las pretensiones y pone fin a las instancias, por lo que, el mandato establecido en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil de no ser oída, ya concluyó, pues la prohibición indicada se debe aplicar en el trámite del proceso. Solicitan ordenar a la Juez 1° Civil del Circuito de Armenia escuchar sus peticiones y darles trámite, y como solicitud especial, deprecia la suspensión provisional de la ejecución de la sentencia.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal en auto del 29 de septiembre de 1998, no concede la suspensión provisional, y posteriormente niega el amparo por considerar que la tutela no procede contra providencias judiciales, salvo que con ellas se viole ostensiblemente el ordenamiento jurídico, se configure una actuación arbitraria e irregular que desborde los límites de la legalidad o cuando la acción obedezca a la voluntad subjetiva del funcionario cuya consecuencia sea la vulneración o amenaza del derecho en forma grave e inminente.

En el presente caso el tribunal señala que el artículo 424 parágrafo 2, numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil, exige que para que la parte demandada sea escuchada en el proceso de restitución, debe haber consignado a órdenes del Juzgado el valor total de la renta adeudada o presentar los recibos de pago de los tres últimos periodos en favor del arrendador, nada de lo cual ocurrió dentro del término de traslado de la demanda, que transcurrió en silencio.

Indicó que el argumento de la accionante acerca de que después de proferida la sentencia si debe ser escuchada, porque el proceso ya está terminado, está lejos de ser valedero, pues la sanción que la ley establece es para todo el proceso y no para una parte del mismo, y anota que la etapa propia del cumplimiento de la sentencia hace parte de ésta sin que la actuación subsiguiente implique un proceso diferente, y por lo tanto la prohibición subsiste en la medida que la situación no haya variado.

LA IMPUGNACION

La accionante dentro del término legal impugna el fallo del Tribunal y señala que no pretende atacar la estabilidad jurídica que genera la sentencia, ni hacer uso de mecanismos para no darle cumplimiento a las determinaciones tomadas en ella, ya que busca que se le respeten los derechos a ser escuchada en un trámite judicial con el que pretende se le dé cumplimiento a una orden consagrada en una sentencia ejecutoriada y en firme, que le puso fin al respectivo proceso.

Indica que en el presente asunto no se trata de debatir si consignó o no en el proceso los cánones, ni discutir cuáles fueron las partes y qué actuaciones realizaron, sino que se le respete su derecho a ser escuchada y poder acogerse a la orden impuesta en la sentencia, que ya fue cumplida como se desprende de documentos aportados al expediente.

En memorial adicional, la actora señala que no entiende cómo se admitió la tutela y se resolvió sobre la suspensión, cuando el Magistrado al que correspondió por reparto se encontraba impedido para dictar tales autos.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de proteger de manera inmediata los derechos fundamentales, la Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 86 la acción de tutela, como un mecanismo jurídico excepcional, de carácter residual, substi-

diario, preferente y sumario, al que pueden acudir las personas que consideren que mediante acción u omisión, les han sido vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales, por la autoridad pública, o por un particular, en los casos expresamente previstos por el legislador, siempre que no cuenten con otro medio de defensa.

El debido proceso como principio constitucional fundamental busca que el Estado proteja al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, y procura el respeto a las formas propias de cada juicio, que deben observarse en todos los procedimientos judiciales o administrativos, siendo procedente su protección mediante este mecanismo excepcional, si se incurre por parte de los funcionarios correspondientes en vías de hecho, es decir, en actuaciones abusivas, voluntaristas o arbitrarias y apartadas de la ley, y que el accionante, no cuente con oportunidades dentro del escenario natural, para la defensa de sus intereses presuntamente conculcados.

En este sentido, la acción como mecanismo jurídico excepcional de carácter residual, subsidiario, preferente y sumario, no puede converger con vías judiciales diversas porque no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado para eludir el que de manera específica le señale la ley.

Por lo tanto si la tutela tiene por objeto la modificación de la apreciación jurídica y fáctica realizada por un funcionario dentro de un proceso determinado, conviene recalcar que el mecanismo excepcional es improcedente, pues como insistentemente lo ha considerado esta Sala, este recurso constitucional no puede servir de pretexto para invadir la órbita de otras autoridades ni para revisar cuestiones que deben ser materia de debate en el trámite procesal correspondiente.

Al descender al caso que ocupa la atención de la Sala se aprecia que la accionante manifiesta su inconformidad con los autos del 11 y 18 de septiembre de 1998, mediante los cuales la accionada decide no dar trámite alguno a los escritos presentados por las demandadas en el proceso de restitución, por no haber cumplido las exigencias previstas en los numerales 2 y 3 del párrafo 2 del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Como fundamento de su pretensión expresa la accionante que la prohibición legal de no ser escuchado mientras no consigne los cánones adeudados, se presenta dentro del trámite del proceso y no en las actuaciones posteriores, como es el cumplimiento de la sentencia, pues inclusive se puede recurrir a adelantar otra clase de procesos.

Tal como lo indica el Tribunal *a quo*, la entrega efectiva del inmueble en el proceso de restitución de tenencia hace parte del mismo, pues corresponde a un paso final dentro de la actuación, que implica observar lo ordenado en la sentencia, y así, si en la fase inicial los demandados no podían ser oídos, sería un contrasentido considerar que después de la decisión de fondo sí, subsistiendo la misma situación,

Por consiguiente, la prohibición de escuchar a los demandados hasta tanto no cancelen el valor de los cánones adeudados, continúa vigente, pues no tiene sentido que sin haber sido restituido el bien objeto del litigio, se permitiera a aquellos en perjuicio del demandante, presentar alegaciones que dilaten innecesariamente el final de la actuación.

En cuanto a la manifestación de la accionante acerca del posible impedimento en que se encontraba el Magistrado Ponente, es necesario aclarar que la acción por reparto correspondió al doctor *Oscar Cardona Gómez*, quien remitió el expediente a los Magistrados *Gloria Sofía Mejía*, *Camilo Morales Giraldo* y *Haydee Valencia* los cuales se declararon impedidos, por haber hecho parte de la Sala de Decisión que dispuso no escuchar a la co-demandada *Lina María Correa Ochoa* dentro del proceso de restitución, y ante esta circunstancia se designaron conjuces a los doctores *Diego Fernando Jaramillo* y *Manuel Aníbal Moreno*.

Como se observa la decisión del Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia se encuentra ajustada a derecho, sin que se aprecie vulneración a los derechos constitucionales fundamentales alegados, por lo que se confirmará el fallo impugnado.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma el fallo de tutela a que se ha hecho referencia.

Comuníquese esta determinación a las partes por telegrama.

Oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros, *Nicolás Bechura Simurucas*, *Jorge Antonio Castillo Rugeles*, *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*, *Pedro Lafont Pimentel*, *José Fernando Ramírez Gómez* (comisión de servicios), *Rafael Romero Sierra* (comisión de servicios).

Santafé de Bogotá D. C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La anterior providencia no se encuentra suscrita por los doctores *José Fernando Ramírez Gómez* y *Rafael Romero Sierra*, por cuanto al momento de su discusión y aprobación se encontraban en comisión de servicios.

Lina María Torres González, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: Es improcedente la tutela cuando no se han empleado y agotado los mecanismos defensivos que se ofrecen dentro de las actuaciones correspondientes puesto que la razonabilidad de su proposición exige que, además de la falta de otro medio judicial de protección, se haya dado al supuesto agresor de los derechos superiores la oportunidad de rectificar los yerros que se le endilgan.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., primero (1º) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5565

Decídese la impugnación formulada por Manlio Aristo Barrios Buevas contra el fallo del 20 de octubre de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil Familia- del Distrito Judicial de Cartagena de Indias, en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra el Jefe de la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Bolívar y el Gobernador del mismo departamento.

I. ANTECEDENTES

1. El accionante en mención, a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra los citados funcionarios públicos, aduciendo vulneración de los derechos del debido proceso y el trabajo. Para su protección pide: que se declare que son inejecutables los autos del 11 de agosto y 25 de septiembre de 1998, proferidos dentro de un proceso disciplinario que se le sigue por el primero de los accionados; que se ordene a los mismos proceder a revocar directamente dichos pronunciamientos, así como ordenarles cesar todo procedimiento violatorio de sus derechos fundamentales, y en su lugar cumplir minuciosamente las normas de la Ley 200 de 1995.

2. Basa su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que el accionado Jefe de la Unidad de Control Interno Disciplinario ordenó abrir investigación en su contra el 27 de marzo del presente año, por hipotéticas irregularidades relacionadas con la expedición de unas certificaciones falsas para trámites pensionales, según informe del Gerente Liquidador de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena; proceso en cuyo trámite

se recepcionaron pruebas que su apoderado desestimó por improcedentes, inocuas e ilegalmente producidas, quien también propuso una nulidad que fue resuelta con desafueros;

b) que proferido el auto de cargos, sin ajustarse a los requisitos legales, fue notificado a su apoderado el pasado 13 de agosto, aunque a él nunca se le notificó ni se le entregó una copia como lo manda el art. 152 de la Ley 200/95, frente a lo cual el primero propuso una nueva nulidad, se opuso a los cargos y solicitó pruebas adicionales, mediante escrito radicado el 28 del mismo mes, además de que no debió decretarse la suspensión provisional de su empleo; no obstante, el 25 de septiembre se dictó fallo sancionándolo con destitución y desechándose la nulidad por extemporánea, lo que no es cierto, ya que el escrito se presentó en tiempo;

c) que la investigación versa solamente sobre su conducta respecto de unas certificaciones que a la postre resultaron falsas, las que firmó en cumplimiento de una función suya, "...mas no en cuanto a la elaboración de las hojas de vida y documentos anexos para su confeccionamiento, y posterior elaboración de la certificación y verificación de la autenticidad de los datos que le sirven de soporte, funciones todas éstas que competen a otro funcionario..." subalterno suyo;

d) que para dictar el fallo de destitución se omitió el estudio de la oposición y no hubo período de pruebas, no obstante que fueron solicitadas, error que afecta de nulidad el proceso y condujo a la producción de un fallo sin los elementos de convicción necesarios.

3. El accionado Jefe de la Unidad de Control Interno Disciplinario replicó la tutela aduciendo, en resumen, que ciertamente adelanta el proceso disciplinario a que se refiere esta acción, pero en el mismo se han cumplido los trámites ordenados por la Ley 200/95, entre ellos la notificación al accionante o su abogado de las providencias pertinentes y el decreto y práctica de pruebas, manteniéndose el expediente a disposición de los interesados para ejercer su derecho de defensa; sin embargo, el apoderado del actor no se presentó a ninguna diligencia, dejó pasar las fechas y se ha limitado a presentar nulidades.

En cuanto al escrito de oposición a los cargos y de nulidad, no fue presentado el 28 de agosto anterior, como se alega, sino el 3 de septiembre, sólo que la persona receptora anotó en la copia del apoderado la primera fecha, por error que este último indujo en el momento de la entrega del documento, aunque luego se aclaró que ese acto ocurrió el 3 de septiembre; por eso, como fue extemporáneo, se dictó fallo de destitución oportunamente recurrido en apelación por aquél, recurso que se concedió en el efecto suspensivo.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL

El sentenciador constitucional de primera instancia, después de referirse a lo que se plantea en este caso, estima que no es necesario, como la mecánica judicial de usanza, adentrarse a analizar lo sucedido en el proceso disci-

plinario, porque el accionante tiene un medio judicial ordinario que es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo correspondiente.

Y a renglón seguido remata el tribunal de la siguiente manera:

"Ahora, el señor apoderado del accionante en la actualidad, ha interpuesto contra la providencia que ordenó la destitución de Manlio Aristo con fecha 6 de octubre de 1998, folio 246 expediente del proceso disciplinario, un recurso de apelación. La existencia de este medio de defensa judicial (sic) como de la acción principal administrativa del artículo 85 del C.C.A., constituyen expresas e inequívocas causales de la improcedencia de la tutela, bajo los auspicios del art. 6 del Decreto 2591 de 1991, teniendo la Sala que decidirlo así en la parte resolutoria."

III. LA IMPUGNACIÓN

Dice el accionante en su descontento, también a través de su apoderado, que el recurso de apelación dentro del proceso disciplinario no hace improcedente la acción de tutela, porque precisamente el acto administrativo no ha quedado en firme, y "...no es necesario que se perfeccione para que tenga vigencia la acción de tutela contra un acto administrativo, por sobre todo, cuando se trata es de corregir una situación anómala ocurrida dentro del proceso administrativo y que afecta el derecho de defensa..."; el fallo desconoce el artículo 9° del Decreto 2591 del 91, que permite ejercer la acción de tutela aun sin agotar la vía gubernativa, norma que debe aplicarse de preferencia sobre el artículo 6° del mismo ordenamiento.

Insiste en que no se le notificó el auto de los cargos, como tampoco a su apoderado en sustitución suya, providencia que tampoco se ajustó a los requisitos legales, de manera que sí hubo violación al debido proceso. Agrega una serie de consideraciones en torno a que el memorial contestando dichos cargos, que no era grosero o irrespetuoso como se le dijo, fue presentado oportunamente, y por tanto, no son ciertas las afirmaciones en cuanto que engañó a la empleada que le recibió el escrito sobre la fecha de presentación, lo que incluso está dispuesto a probar en la investigación que oficiosamente se disponga.

IV. CONSIDERACIONES

1. Como emana de la anterior reseña, en la presente querrela constitucional su proponente solicita la protección de sus derechos al debido proceso y al trabajo, para que por esta excepcional y subsidiaria vía se disponga la inexecución de los autos del 11 de agosto y 25 de septiembre de 1998, proferidos dentro del proceso disciplinario que en su contra adelanta el Jefe de la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Bolívar, a quien además, según se pide, se le debe ordenar que proceda a revocar directamente dichos pronunciamientos, y en general, cesar todo procedimiento violatorio de sus derechos fundamentales.

Es pertinente aclarar que por medio del primero de esos proveídos se corrieron cargos al accionante (fls. 187 y ss. copias del proceso), y por el segundo se le impuso como sanción la destitución del empleo (fls. 224 y ss. Ib.), decisión que fue objeto del recurso de apelación, aún pendiente.

2. La acción de tutela o amparo constitucional se caracteriza por ser un remedio para la protección inaplazable de los derechos fundamentales, siempre que éstos resulten vulnerados o amenazados por acciones u omisiones claramente arbitrarias de las autoridades públicas, o de los particulares en ciertos eventos, que no puedan ser conjuradas con los medios judiciales comunes de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ello significa que para su procedencia es necesaria la concurrencia de un actuar arbitrario o ilegítimo y la ausencia de otro medio de defensa judicial, porque la tutela, como se ha reconocido por la doctrina constitucional, no está instituida para inmiscuirse de manera indebida en las actuaciones a cargo de las otras autoridades, sino solamente para solucionar ciertas "...situaciones de hecho, creadas por actos u omisiones que impliquen la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a efecto de lograr la protección...", es decir, que de no ser por esta acción se dejaría al afectado en una clara indefensión, pues la misma no se consagró para buscar la sustitución de los procesos ordinarios o especiales, ni para modificar las reglas generales de competencia de los distintos funcionarios públicos¹.

3. No está en discusión el rango superior de los derechos invocados, sobre todo el del debido proceso que, sin menosprecio de otros que también pueden verse involucrados en los asuntos disciplinarios, conjuga una serie de garantías fundamentales aplicables a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, atributo que de acuerdo al expreso mandato contenido en el art. 29 de la Carta, impone la obligación de investigar y juzgar conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, por funcionario competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, el aseguramiento del derecho a la defensa, poder aducir y controvertir pruebas, impugnar el fallo condenatorio y no ser juzgado o investigado dos veces por el mismo hecho.

4. En el caso bajo juicio, no se remite a duda que el proceso disciplinario que se sigue al accionante es de naturaleza administrativa, circunstancia que permite considerar al primer golpe de vista que el aquí accionante tiene otro medio de defensa judicial, toda vez que cuando termine dicho asunto, si definitivamente resultare sancionado, puede acudir ante la jurisdicción de lo

¹ Ibidem. Sentencias T-01 y C-543 de 1992, entre otras.

contencioso administrativo a formular la correspondiente pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, para que por ese juez natural de las actuaciones de la administración pública se evalúe si la autoridad accionada ajustó o no su proceder a la legalidad; allí se puede solicitar, con sujeción a los requisitos legales previstos para el efecto, la suspensión provisional, figura cuya naturaleza cautelar es evidentemente útil para detener, desde el comienzo y mientras se define el proceso, los efectos de los actos administrativos (arts. 152 y ss. C.C.A.).

De ahí que la tutela sea improcedente, según las voces de los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991; debiéndose agregar que ni por asomo se observa la eventualidad de un perjuicio irremediable que la legitime como mecanismo transitorio, según los artículos 8º y 9º del último estatuto en mención, pues en la actuación acusada, que constituye el desarrollo del poder disciplinario del Estado, no se observa en forma alguna el actual o inminente peligro de daño grave e irreparable para los derechos básicos del accionante que requiera las órdenes urgentes o impostergables de la justicia constitucional.

5. De otro lado, aunque el carácter subsidiario de la acción de tutela se pregona frente a la existencia de otro "medio de defensa judicial", de todas maneras también cabe considerarla improcedente cuando no se han empleado y agotado los mecanismos defensivos que se ofrecen dentro de las actuaciones correspondientes, puesto que la razonabilidad de su proposición exige que, además de la falta de otro medio judicial de protección, se haya dado al supuesto agresor de los derechos superiores la oportunidad de rectificar los yerros que se le endilgan; lo que con mayor fuerza se predica respecto de los procesos disciplinarios, donde, como lo ha reiterado la doctrina de esta corporación², las eventuales fallas deben tratar de enmendarse primeramente a través de los dispositivos de protección que consagra el Código Disciplinario Único (L. 200/95), estatuto que orientó dichos trámites hacia el esquema garantista y de audiencia bilateral propio de los procedimientos judiciales, ya que de manera similar a éstos instituyó las notificaciones y comunicaciones (arts. 79, 83 y ss.), recursos de instancia y alzada (arts. 96 y ss.), sistema de nulidades (arts. 131 y ss), entre otras cosas.

En ese orden de ideas, se ratifica la improcedencia de la petición constitucional, porque precisamente en ejercicio de esas herramientas de auto-corrección de irregularidades, el accionante interpuso el recurso de apelación contra la decisión sancionatoria de primera instancia, el cual si bien no es un medio de defensa judicial, como erradamente lo sostuvo el tribunal, sí constituye una forma de protección al interior de la actuación que debe ser surtida sin la interferencia del juez de tutela.

2 Sentencias de tutela de 13 de septiembre de 1996 (exp. 3300), 2 de diciembre de 1996 (exp. 3541) y 18 de abril de 1997 (exp. 3989).

6. Finalmente, si el accionante considera que en la tramitación disciplinaria que ha traído al conocimiento del juez constitucional, se ha incurrido en actos ilícitos, tiene la vía expedita para denunciarlos ante las autoridades competentes.

7. Entonces, con las precisiones antes expuestas, fluye la confirmación del fallo impugnado.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia precanceladas.

Comuníquese esta decisión a las partes mediante telegrama y remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO CIVIL: No hay vulneración al derecho cuando el juez accionado contabiliza los términos para el pago de expensas necesarios en el trámite del recurso de apelación con fundamento en el artículo 356 incisos 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref.: Expediente No. 5651

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia de 12 de noviembre del año en curso, proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante la cual se denegó la acción de tutela instaurada por *Gilberto Uribe González*, en frente del *Juzgado 6° Civil del Circuito* de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, el accionante invoca el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso y, por ende, al de defensa, supuestamente vulnerado por el órgano judicial premencionado.

Al efecto pide, se ordene a dicho despacho judicial habilitarle u otorgarle el término legal faltante de un día, para suministrar las expensas necesarias en orden a que se le expidan las copias pertinentes para la tramitación del recurso de apelación concedido en el efecto diferido contra la providencia de 6 de agosto de "1996" (sic), proferida en el proceso ejecutivo propuesto por la sociedad General Metálica Ltda. contra Fabio Fernando Alvarez Arias.

2. La petición la sustenta en los hechos que se resúmen así:

2.1 En calidad de representante de la sociedad "Constructora Uribe Gartner y Cía. Ltda.", promovió incidente de levantamiento del embargo y secuestro del vehículo tipo camioneta, marca Subaru Impresa, modelo 1994, placa MZC-301.

2.2 El juzgado accionado, mediante providencia de 6 de agosto de "1996" (sic), notificada por estado el 11 siguiente, desató el incidente resolviendo no levantar la medida cautelar que pesa sobre el aludido automotor.

2.3 Contra tal determinación Interpuso, por intermedio de apoderado, recurso de apelación el que, le fue concedido mediante auto de 18 de agosto, notificado por estado el 20 del mismo mes y año, otorgándosele el término de 5 días de que trata el art. 356 inc. 4 del C. de P. C., para suministrar las expensas necesarias para la compulsación de las copias requeridas a tal fin.

2.4 El juzgado, declaró desierto el recurso argumentando la falta de suministro de las citadas expensas dentro del término legal.

Contra dicha decisión interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, fundándose en que el cómputo del término mencionado era errado. Empero, el juzgado mantuvo su decisión aduciendo lo contrario pues, de acuerdo con el art. 356 inc. 4 del C. de P. C., debía contarse a partir de la notificación por estado del auto respectivo, esto es, desde 20 de agosto de 1998, ya que al caso no le era aplicable el art. 120 *ibidem*.

2.5 Con la citada determinación se le vulneró el derecho al debido proceso y, por ende, al de defensa, dado que se le recortó en un (1) día el susodicho término, habida consideración de que, si el auto fue notificado el 20 de agosto, aquel empezó a correr a partir del día siguiente y, por lo mismo, vencía el día 27 y no el 26 como lo expresó el juzgado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La decisión denegatoria de la tutela estuvo precedida de la reseña de los antecedentes del asunto y de las consideraciones que se compendian así:

El art. 120 del C. de P. C., ciertamente establece que todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda. Empero, tratándose del recurso de apelación en el efecto devolutivo o diferido, existe una regla especial contenida en el art. 356 inc. 3 *ibidem*, de acuerdo con la cual se concede al apelante un término de 5 días contados "a partir de la notificación de dicho auto", con el fin de que suministre las expensas necesarias para la expedición de las copias que han de enviarse al *ad quem* para el surtimiento de la alzada, so pena de que la impugnación quede desierta.

Así, pues, añade, se está en presencia de dos normas vigentes, una de carácter general contenida en el art. 120 y otra especial plasmada en el art. 356 del C. de P. C. Siendo ello así, debe aplicarse el ordinal 1º del art. 10 del C.C., en cuanto impera que la disposición especial prevalece a la general. Además, el ordinal 2º *ibidem* dispone: "Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior...".

A la luz de tal preceptiva, continúa dictando el Tribunal, resulta indiscutible que el texto del art. 356 del C. de P. C., debe primar sobre el del art. 120 de la misma codificación, pues es evidente que la primera tiene un carácter especial para el recurso de apelación, en tanto que la segunda contiene un principio general para el cómputo de los términos contenidos en la ley de enjuiciamiento civil, amén de que esta es posterior a aquella otra.

Conforme con lo anterior, es palmario que si el auto de 14 de agosto de 1998 fue notificado por estado el 20 siguiente, el término de los 5 días para el suministro de las expensas corrió los días 20, 21, 24, 25 y 26. Luego, como la interesada no las aportó en ese lapso, el recurso quedó desierto; en efecto, si la norma precisa que tal cometido debe cumplirse "a partir de la notificación", es necesario entender que el día en que esta se produjo también cuenta dentro del término, cuestión muy diferente a la reglada por el art. 120 que determina: "...comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación...".

En conclusión, al Juzgado accionado le asistió razón al declarar desierto el recurso de apelación concedido en el auto calendarado el 18 de agosto de 1998, de donde su actuación estuvo acorde a la ley.

LA IMPUGNACIÓN

Se interpuso en tiempo sin que el accionante diera a conocer los motivos de su inconformidad con el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Los hechos en que el accionante funda su petición de amparo, apuntan, como se vio, a una posible vulneración del derecho al debido proceso el que, como se sabe, pertenece a la estirpe de los fundamentales y, como tal, goza del amparo constitucional brindado por la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política.

2. Efectivamente, a dicha prerrogativa se refiere el artículo 29 de la norma superior, prescribiendo que su aplicación opera frente "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", y que:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

Fluyen de allí, como directrices principales, las de que en el proceso se debe dar siempre la posibilidad de intervención plena y eficaz del implicado, de juzgarlo conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, así como las de presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que le sean adversas.

En consecuencia, si dichas garantías se omiten en un determinado proceso, no se remite a duda que con ello se viola el derecho de defensa y, por lo mismo, se coloca al procesado en estado de indefensión el que, como es bien sabido, se produce cuando la persona sin culpa de su parte, no ha podido defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

3. El mecanismo que se analiza, como también es conocido, no es, en principio, de recibo contra providencias judiciales, pues las normas legales que otrora lo permitían, fueron declaradas inexecutable.

Con todo, desde el pronunciamiento de la sentencia de inexecutable de tales preceptos, esto es la de 1^o de octubre de 1992, se ha impuesto, por vía

jurisprudencial, la tesis según la cual, la tutela procede excepcionalmente contra providencias o actuaciones judiciales, cuando estas conlleven una vía de hecho, es decir, cuando estén sustentadas en el capricho o la arbitrariedad del funcionario, con incidencia en los derechos fundamentales. En otros términos, cuando aquél en lugar de actuar de acuerdo con la Constitución y la ley, como es su deber hacerlo, caprichosamente se aparta de tales fuentes de normatividad positiva para, en su lugar, dar paso a actuaciones que repugnan abiertamente con el ordenamiento legal.

La vía de hecho, sin embargo, no puede alegarse en sede de tutela cuando el afectado tenga o haya contado con otro medio de defensa y no se esté en presencia de un perjuicio irremediable, pues en tales eventos surgiría la causal de improcedencia tipificada en el art. 6º-1 del Decreto 2591 de 1991.

1. En el caso traído a consideración de la Corte, se evidencia de las fotocopias de la actuación censurada allegadas al expediente, que los hechos en que se sustenta el amparo solicitado, ciertamente tuvieron ocurrencia.

Ahora bien, en cuanto a que el juzgado accionado hubiera cometido error en el cómputo del término legal otorgado para el suministro de las expensas necesarias a efecto de obtener la expedición de las copias pertinentes para la tramitación del recurso de apelación ante el superior y, que ello condujera a la declaratoria de deserción de la impugnación y a la vulneración del derecho fundamental aducido como conculcado, como lo pregonaba el accionante, ha de señalarse que el susodicho error no tuvo ocurrencia pues, aquél parte de un presupuesto equivocado, esto es, que al asunto le era aplicable el art. 120 del C. de P.C., norma que en materia de términos procesales señala de manera general: "Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concede...".

Ciertamente, por imperativo de los ordinales 1º y 2º del art. 10 del C.C., la disposición aplicable al caso planteado es el art. 356 incisos 4 y 5 *ibidem*, pues a más de ser posterior al precitado art. 120, regula de manera especial lo concerniente con el recurso de apelación en los efectos devolutivo y diferido (la impugnación de que aquí se trata fue concedida en el efecto diferido de conformidad con el art. 687 num. 8 *in fine*), en estos términos: "...Cuando la apelación fuere en el efecto devolutivo o en el diferido, se remitirá al superior copia de las piezas que el juez señale, la cual se compulsará a costa del apelante.

"En el auto que conceda la apelación el juez determinará las piezas cuya copia se requiere; si el apelante no suministra lo necesario para la copia dentro del término de cinco días a partir de la notificación de dicho auto, el recurso quedará desierto".

De acuerdo con esta última disposición, el susodicho término de los cinco días corrió los días 20, 21, 24, 25 y 26, ya que el auto por medio del cual se concedió el recurso de apelación fue proferido el 18 de agosto de 1998 y se notificó por estado el 20 siguiente (fs. 72-76, c-copias). No se remite a duda,

entonces, que este día debe contarse dentro del precitado término, no solo porque la disposición que regula el punto es posterior y especial, sino también clara y, por ende, se impone la aplicación del principio hermenéutico consagrado en el art. 27 del C.C., en cuanto establece: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu..." (fls. 72-76, c-copias).

Luego, al no haberse aportado en ese lapso las expensas necesarias para la compulsación de las copias respectivas, incumplió el apelante con tal carga procesal, lo que conlleva la sanción prevista por el legislador, de donde, al serle aplicada por el Juzgado accionado, no incurrió en la vulneración del derecho fundamental cuya protección se solicitó.

5. Corolario de lo discernido es que, el fallo impugnado se ajusta a derecho y, de consiguiente, habrá de recibir la correspondiente confirmación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación.

Comuníquese telegráficamente lo acá resuelto a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS EN SALUD, SEGURIDAD SOCIAL:
El reaseguro a que se refiere la Ley 100 de 1993 en su artículo 162 parágrafo 4° no puede emplearse cuando se trata de reasegurar los valores que para la atención de enfermedades de "alto costo" sean de cargo del afiliado, o del beneficiario o, como en este caso, del Estado; la Sala no respalda el argumento planteado en este sentido por el Ministerio de Salud.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5641

Decídese la impugnación formulada por el Ministerio de Salud contra el fallo del 10 de noviembre de 1998, proferido por el Tribunal Superior —Sala de Familia— del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., en el trámite de la tutela promovida por la menor Andrea Quevedo Pinilla contra *Saludcoop EPS*.

I. ANTECEDENTES

1. La accionante en mención propuso acción de tutela contra la entidad citada, aduciendo vulneración de los derechos a la vida y la seguridad social.

2. Basa su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que como beneficiaria de su padre Darwin D. Quevedo Castañeda, está afiliada a la EPS accionada desde el 28 de abril del presente año, adonde acudió el 4 de septiembre, por servicio de urgencias, y los ginecólogos le diagnosticaron embarazo y le ordenaron una ecografía y otros exámenes, con base en los cuales le ordenaron una cirugía para ese mismo mes;

b) que el costo de la intervención quirúrgica se fijó en \$1.778.528, suma sobre la cual Saludcoop sólo reconoció el 38%, debiendo cancelar su padre previamente \$1'102.688 mediante un abono en efectivo y un crédito, la suma que canceló en efectivo fue mediante ayuda de personas caritativas;

c) que después de la cirugía, el 21 de septiembre, le informaron a su papá que le habían extraído una masa cancerosa; le mandaron otros exámenes en los que les tocó pagar el 10% y le ordenaron cuatro (4) ciclos de quimioterapia-

pla, cuya droga para cada ocasión vale \$2'283.000, más los exámenes respectivos;

d) que la accionada manifestó que sólo podía cancelar el 25% de cada quimioterapia, aduciendo que ella no cumple con el periodo mínimo de cotización previsto en la ley para enfermedades de alto costo, lo que pone en peligro su derecho a seguir viviendo y a realizarse como persona, ya que pertenece a una familia pobre que no tiene para sufragar esos gastos, pues su padre gana muy poco y casi no tiene para cubrir el crédito que adquirió para la cirugía.

3. Dice la accionada al replicar la tutela, lo siguiente: a) que la accionante tiene otros medios de defensa, porque puede acudir a la jurisdicción laboral que es competente para resolver conflictos entre las entidades de seguridad social y sus afiliados, además de que la Superintendencia Nacional de Salud también tiene competencia para estas disputas, según los Decretos 1222 y 1259 de 1994; b) que según los artículos 60 y 61 del Decreto 806/98, para las enfermedades ruinosas o catastróficas se exige un periodo mínimo de cotización de cien (100) semanas, aunque el interesado puede ser atendido antes de esos plazos si paga un porcentaje del valor total del tratamiento correspondiente al porcentaje de semanas de cotización que le falten para completar los periodos mínimos, y como la enfermedad de la accionante es de esa categoría, y no acredita el número de semanas antes referido, *Saludcoop* no puede cubrirle todo el tratamiento; es al Estado, a través del Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía —FOSYGA—, o mediante la celebración de los convenios respectivos, que le corresponde cubrir tratamientos no cubiertos por el POS, de suerte que es muy grave que las autoridades judiciales no distingan las responsabilidades de cada participante en el sistema de salud; c) que a las EPS se les dio una concesión de servicios limitados, con limitados recursos, y si se les obliga a prestar servicios no previstos, se hacen inviables y se torna en incierto el futuro de la reforma.

Pidió que se citara al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, para que se hiciera parte y asumieran su defensa como responsables, a través del FOSYGA, del suministro de medicamentos pedidos por la accionante y no previstos en el POS; el tribunal ordenó que se le notificara la existencia de esta acción al representante del Fondo aludido.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL.

El tribunal, después de referirse brevemente a la tutela, dice que "...en relación a la exigencia de un determinado número de semanas cotizadas por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud a fin de cubrir los altos costos de las enfermedades ruinosas o catastróficas...", se ha reiterado que prima el derecho a la vida y esas empresas "...pueden repetir en contra del Estado por los costos que ha debido asumir el afiliado."; afirmación que apoya con transcripción de amplios apartes de jurisprudencia constitucional.

Por ello concede la tutela, ordena a la accionada que en el término de 48 horas autorice a la actora el tratamiento postoperatorio de quimioterapia; y agrega, en el numeral segundo de la parte resolutive, que *Saludcoop* EPS tiene derecho al reembolso por los gastos del tratamiento que suministre a la menor accionante, "...por parte del Estado —Ministerio de Salud Pública, con cargo al Fondo de Reconocimiento de Enfermedades Catastróficas u otros recursos con destino al Plan Obligatorio de Salud, reembolso que deberá efectuarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la presentación de la cuenla pertinente. Notifíquese personalmente esta decisión al Ministerio de Salud."

III. LA IMPUGNACIÓN

El Ministerio de Salud objetó el fallo reseñado aduciendo que las entidades promotoras de salud, en cuyo favor se reconocen las unidades de pago por captación —UPC—, deben asumir el riesgo de atender a sus afiliados, dentro de los parámetros fijados por el POS; los valores que excedan del POS no se pueden financiar con recursos del *Fosyga*, porque cada una de las subcuentas de este tiene una destinación especial, entre ellas, la de seguro de riesgos o eventos catastróficos y accidentes de tránsito, aunque estos "...eventos catastróficos no incluyen las enfermedades de alto costo o catastróficas."

Señala que los recursos destinados a la seguridad social, como servicio público del Estado, son limitados, y según el art. 61 del Dec. 806/98, cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad para pagar el porcentaje del tratamiento igual al porcentaje de semanas que le falte para completar el período mínimo, debe ser atendido él o sus beneficiarios por las instituciones públicas de salud o privadas con las que el Estado tenga contrato, por lo cual las EPS para garantizar la atención "...pueden informar de la atención por medio de la red pública..."

Agrega que conforme al artículo 8 del acuerdo 83/97 del CNSSS, para garantizar la vida y salud de las personas se pueden formular medicamentos no incluidos en el Manual de Medicamentos, en cuyo caso el *Fosyga* debe cubrir una diferencia en algunos casos, pero no cuando la formulación de esas medicinas se asocie a patologías calificadas como de alto costo, en cuyo caso "...harán parte del cobro al reaseguro..."

Por lo anterior, el impugnante pide que se revoque el fallo en el sentido de excluirlo como responsable de los reembolsos aquí ordenados, toda vez que los costos debe asumirlos la EPS accionada con cargo al reaseguro.

IV. CONSIDERACIONES

1. Surge del compendio precedente que en esta querrela constitucional, la menor accionante acusó a *Saludcoop* EPS de amenazar sus derechos a la vida y a la seguridad social, por cuanto dicha entidad, a la cual está ella afiliada como beneficiaria, no le autoriza parte de unos ciclos de quimioterapia para el tratamiento postoperatorio de un cáncer, aduciendo que se trata

de una enfermedad catastrófica de alto costo, respecto de la cual el afiliado cotizante no ha cumplido con el requisito de cien (100) semanas de cotización, según los artículos 164 de la Ley 100/93 y 60 del Decreto 806/98.

El Ministerio de Salud, quien fue vinculado en la primera instancia e impugnó el fallo que concedió la protección pedida, no se opone a la concesión del amparo, pero argumenta que no se le debe ordenar que con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, se reembolse a la EPS accionada los valores que deba sufragar en el tratamiento prescrito a la accionante, puesto que esa erogación corresponde a la EPS con cargo al reaseguro.

2. No estando en discusión el carácter superior de los derechos invocados, en orden a despachar la anterior inconformidad es conveniente principiar por recordar que la Sala, de acuerdo con la doctrina constitucional, ha otorgado protección por vía de tutela a personas con enfermedades graves que ponen en peligro la salud y simultáneamente la vida de las mismas, en los casos en que aparece como injustificada la negativa de las empresas promotoras de salud -EPS- a que están afiliadas, a suministrarles el tratamiento adecuado, pues en esas circunstancias los afectados se hallan ante un peligro inminente, cuya solución impostergable no tiene otro medio tan eficaz como esta acción.

Protección que se ha venido dispensando aunque el Plan Obligatorio de Salud -POS-, paquete de servicios que las EPS brindan a sus afiliados en los términos de la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 y demás normas pertinentes, no garantiza para los afiliados, en general, una plena cobertura, ya que se ha considerado que el principio de respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales tienen prevalencia sobre restricciones de rango infraconstitucional que, por ende, deben ser inaplicadas de conformidad con el artículo 4 de la Carta Política cuando conduzcan a una solución contraria a tan caros valores¹.

Concretamente, frente a la limitación del POS referente a que la atención para las enfermedades catastróficas o de alto costo, como es el tratamiento para el cáncer, está sujeta a un periodo mínimo de cotización que no puede exceder de cien (100) semanas, conforme a los artículos 164, inciso 2, de la Ley 100/93, 60 y 61 del Decreto 806 de 1998, se ha sostenido² que dicha normatividad legal y reglamentaria no puede invocarse cuando está en peligro la vida del afectado, y éste no puede pagar la parte del valor del tratamiento equivalente al porcentaje de semanas de cotización que le faltan para

1 Entre otras, sentencias de tutela del 4 de mayo/94 (exp. 1215), 15 de noviembre/96 (exp. 3460), 24 de enero/97 (exps. 3698 y 3705), 2 de mayo/97 (exp. 4030), 4 marzo/98 (exp. 4789), 14 de julio (exp. 5147) y 9 de octubre de 1998 (exp. 5425).

2 Fallos de 14 de julio (exp. 5147), 9 y 16 de octubre de 1998 (exps. 5425 y 5463), entre otros.

completar dichos periodos, conforme al inciso 1º, párrafo único del citado artículo 61.

Y aunque no se desconoce que, de conformidad con el inciso segundo *ibidem*, si el afiliado no tiene capacidad para pagar ese porcentaje y lo acredita debidamente, debe "...ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato...", esa alternativa sólo podría excusar a la respectiva EPS de otorgar el tratamiento pertinente, siempre y cuando muestre una verdadera eficacia para el caso planteado, aspecto que también puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia T-419 del pasado 13 de agosto.

3. Por tales motivos, dado el alto riesgo que produce la aludida dolencia padecida por la joven accionante, quien no tiene capacidad económica para acogerse a la opción consistente en pagar un porcentaje del tratamiento, y no estando comprobada en forma alguna la eficacia de la eventual atención por instituciones públicas de salud, o privadas con las cuales el Estado tenga contrato, era pertinente que se concediera el amparo como lo hizo el tribunal, pues la negativa de la EPS accionada a dispensar en su totalidad el procedimiento requerido, fundada en las comentadas normas de rango legal y reglamentario, no es justificada en la medida en que, como ya se dijo, los principios y valores constitucionales de respeto a la dignidad humana deben prevalecer sobre esas disposiciones inferiores que, por consiguiente, deben inaplicarse en este específico asunto; máxime que quien está en peligro es una menor, cuyos derechos tienen carácter prevalente (art. 44 Const.).

4. Pero además de lo anterior, también es cierto que esta Corporación³ y la Corte Constitucional⁴, han venido sosteniendo que en casos como el presente la respectiva EPS accionada puede solicitar al Estado colombiano, Ministerio de Salud, a través del Fondo o cuenta correspondiente, el reembolso de los gastos en que incurra por suministrar el tratamiento ordenado en esas eventualidades, en la parte no cubierta por el POS, y siempre que se den los requisitos legales para esos efectos, pues ello tiene manantial en la obligación de asistencia social que corresponde al Estado en materia de salud.

Criterio frente al cual no son de recibo los argumentos del Ministerio de Salud en cuanto que el valor de procedimientos o medicamentos para enfermedades de alto costo no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud -POS-, corresponde asumirlo a la respectiva Entidad Promotora de Salud con cargo al reaseguro a que se refiere la Ley 100 de 1993 en su artículo 162, párrafo 4, puesto que como ya lo dejó sentado la Sala⁵, ese reaseguro tiene aplicación

3 v.g. en algunos de los fallos antes citados y el de 12 de diciembre de 1996 (exp. 3581).

4 Sentencias T-114 y SU-480 de 1997, entre otras.

5 Fallo del 24 de noviembre de 1998, exp. de tutela 5567.

para los casos en que, conforme a las normas legales que rigen el POS, los gastos de tales eventualidades sí corresponde asumirlos, a la EPS, en todo o en parte, de tal suerte que resulta contrario a derecho "...entender que las señaladas empresas están habilitadas para reasegurar los valores que para la atención de enfermedades de 'alto costo' sean de cargo del afiliado, o del beneficiario o, como en este caso, del Estado...", y que la empresa aseguradora deba cubrir obligaciones de cargo exclusivo del último.

5. Entonces, al no abrirse camino lo expuesto por el impugnante, el fallo atacado debe ser confirmado.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo de fecha y procedencia preanotadas.

Comúníquese esta decisión a los interesados mediante telegrama y remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Dechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: la pérdida de antigüedad acumulada por incurrir en la conducta descrita en el artículo 58 del Decreto 806 de 1998 se refiere sólo al afiliado, no puede hacerse extensiva al beneficiario. En consecuencia, es errado el entender dado por la EPS a la norma.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil y Agraria-Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 5713

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual se denegó la solicitud de amparo constitucional elevada por Luz Dary y Luz Stella Casas Martínez, quienes actúan representadas por apoderado judicial, contra Cruz Blanca E.P.S.

ANTECEDENTES

1. Pretenden las accionantes la protección del derecho a la seguridad social de su madre, señora *Leonor Martínez*, para lo que, en concreto, solicitan se ordene a la accionada "expedir la respectiva carta de Garantía para que la Fundación Clínica Shaio le practique a *Leonor Martínez* la intervención quirúrgica necesaria para salvar su vida".

Aunados los hechos expresados tanto en el escrito introductorio de la acción como en el aclaratorio de aquél, que milita a folios 143 y 144 del cuaderno principal del expediente, se extrae como soporte fáctico de la queja, que la señora *Leonor Martínez* se halla vinculada a *Cruz Blanca E.P.S.* desde el 2 de noviembre de 1996, como beneficiaria de sus hijas, y que encontrándose hospitalizada en la "Clínica Shaio" de esta ciudad, donde se le dictaminó la práctica de una cirugía de trasplante de corazón, la que es necesaria para salvar su vida, la accionada se ha negado a expedir la carta de garantía a fin de que se realice tal procedimiento, pretextando que la enferma no tiene el tiempo de afiliación requerido para el suministro de tal atención.

2. *Cruz Blanca E.P.S.*, por intermedio de apoderado judicial constituido para el efecto, dio respuesta a la solicitud de tutela, oponiéndose a su acogida.

miento (escrito de folios 127 a 139 del cd. 1), para lo que, en síntesis, expresa, que si bien es cierto la señora *Leonor Martínez* ha estado vinculada a esa Empresa Promotora de Salud desde el 2 de noviembre de 1996, como beneficiaria de *Luz Dary Casas Martínez*, es lo cierto que ambas perdieron su antigüedad, como quiera que la segunda de las nombradas, que era la afiliada cotizante, omitió dar cumplimiento a lo reglado en el artículo 58 del Decreto 806 de 1998 y, por ende, se aplicó la causal de "pérdida de antigüedad" consagrada en el literal e) del artículo 64 de la misma compilación legal. Señala que *Luz Dary Casas Martínez*, al ser informada de tal situación, concurrió a sus oficinas y voluntariamente canceló su afiliación, el 22 de octubre del año en curso.

Agrega, que "El día 23 de Octubre de 1998, la señora *Leonor Martínez* fue incluida como beneficiaria de su hija *Luz Stella Casas Martínez* en el contrato de afiliación que esta última tiene con nuestra EPS." y que "Al afiliarse nuevamente a Cruz Blanca E. P. S. S.A., la Señora *Leonor Martínez* se encontraba hospitalizada en la Clínica Shato de esta ciudad", lo que, al tenor del artículo 74 del citado Decreto 806, implicó que ella sólo estuviese amparada para la prestación de los servicios de urgencias, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, "Por el cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

Precisa que como la enfermedad padecida por la señora *Leonor Martínez* es de alto riesgo, requiere para su atención por el Plan Obligatorio de Salud un mínimo de cien (100) semanas cotizadas, tal como lo consagra el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, sin que ello en el presente caso se cumpla, pues, reitera, por la pérdida de antigüedad comentada, ella sólo tiene un total de siete (7) semanas de cotización, lo que traduce que *Cruz Blanca E.P.S.* esté obligada a asumir el costo de su atención sólo en un 7%.

Arguye adicionalmente, que sus proyecciones financieras para funcionar como Empresa Promotora de Salud se hicieron sobre la base de una normatividad que prevía ciertas actividades, intervenciones y procedimientos y que, por tanto, no puede obligársele a asumir riesgos no comprendidos en el régimen del Plan Obligatorio de Salud, pues de así hacerse se pondría en peligro su estabilidad económica.

Igualmente plantea la falta de legitimidad de las accionantes para demandar la protección de derechos de que es exclusiva titular la señora *Leonor Martínez*, sin que en este proceso aparezca acreditada la imposibilidad de la nombrada para emprender ella misma los actos tendientes a su propia defensa, y en definitiva concluye:

"1. Cruz Blanca E.P.S. S.A. en el caso de la presente tutela ha cumplido con todas las normas legales al garantizar la atención en salud a la Sra. *Leonor Martínez*.

"2. Los costos de las prestaciones de salud ocasionados con anterioridad a la nueva afiliación al Sistema de la Señora *Leonor Martínez* deben ser asumidos por el usuario o sus responsables.

"3. No se puede condenar a un particular por el cumplimiento de las normas que regulan su actividad.

"4. No es tutelable el posible derecho a un reconocimiento económico, menos aún, cuando no existe norma legal que lo ampare.

"5. No existe derecho fundamental vulnerado, porque a la Sra. *Leonor Martínez* se le brindaron los servicios de salud que necesitó aun no teniendo el derecho en razón de la irregularidad en la afiliación de su hija *Luz Dary Casas Martínez*.

"6. Cruz Blanca E.P.S. S.A. no ha negado en ningún momento el cubrimiento de los servicios de hospitalización de la Señora *Leonor Martínez*".

Con respaldo en los artículos 29 de la Constitución Nacional, 3° del Decreto 2591 de 1991 y 52 del Código de Procedimiento Civil, solicita finalmente se cite al Estado-Ministerio de Salud, como quiera que en el improbable caso de que sea aquí condenada, deberá él responder "por el costo de las prestaciones no expresamente contemplados (sic) en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.)".

FALLO DEL TRIBUNAL

Dedujo el *a quo* la procedencia formal en la presente acción de tutela del numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y admitió la legitimidad de la intervención aquí cumplida por las accionantes, bajo el entendimiento que su actuación está enmarcada dentro de la prerrogativa otorgada por el artículo 10° del memorado decreto.

Así las cosas, pasó el Tribunal al análisis del fondo de la demanda constitucional incoada y coligió la impertinencia del amparo deprecado, por cuanto consideró que no puede calificarse "la actividad desarrollada por la E.P.S. accionada, en la prestación del servicio de salud de la señora *Martínez*..." de "arbitraria o ilegal", ya que "... para el caso bajo estudio no existe cobertura para la operación de cirugía cardíaca" requerida por la enferma, en razón a que su padecimiento califica como enfermedad de alto costo y, por tanto, para su atención por el Plan Obligatorio de Salud es indispensable un mínimo de cotización de 100 semanas, según lo consagra el artículo 61 del Decreto 806 de 1998 en armonía con el artículo 117 de la Resolución 5261 de 1994, teniendo la afiliada *Luz Stella Casas* sólo siete semanas.

Precisa además, que si bien es cierto "*Leonor Martínez*, estuvo vinculada a Cruz Blanca E.P.S. Ltda. (sic) como beneficiaria de su hija *Luz Dary* desde el 2 de noviembre de 1996, hasta el 22 de octubre de 1998...", debe tenerse en cuenta que, "conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de (sic), literal e) del Decreto 806 de 1998, la beneficiada, perdió la antigüedad acumulada, y que en la actualidad figura activa en el sistema, a partir del 23 de octubre del

presente año, como beneficiaria de su otra hija *Luz Stella...*", por lo que "no tiene cobertura para que se le practique la cirugía de corazón, en razón de no tener los periodos mínimos requeridos (sic) para esta clase de operación de alto riesgo".

En últimas concluye que "La accionada ha procedido conforme a la normatividad que regula su gestión y a la que, en su momento se sometió, al procurar la atención en salud requerida por la señora Martínez, no siendo censurable, el cumplimiento de las normas que regulan su actividad; actuar de otra manera, ignorando el interés de la mayoría de los afiliados, al destinar a un solo usuario recursos destinados (sic) a toda una comunidad resultaría inequitativo y desigual y por lo tanto improcedente; en las oportunidades que la paciente requirió el servicio de salud, éste le fue prestado, a pesar de las irregularidades observadas en la afiliación de una de las accionantes, como incluso lo hizo saber a la interesada en términos precisos. Actualmente los servicios hospitalarios se le siguen prestando a la beneficiada como corresponde a su derecho actual. La conducta de la entidad prestadora del servicio público de la salud, no puede ser tildada como vulneradora del derecho fundamental cuya tutela se solicita, por lo que se impone negar el amparo".

IMPUGNACION

El apoderado judicial de las accionantes expresó su inconformidad con la sentencia de primer grado y en respaldo de la impugnación que propone contra la misma, en resumen, señala disentir de la conclusión del Tribunal respecto a que *Leonor Martínez* no cuenta en su favor con el mínimo de semanas de cotización necesarias para que se le preste la atención que requiere, pues, afirma, ella "nunca ha estado desafiada de la Cruz Blanca E.P.S., por el contrario ha habido continuidad en su afiliación sin ningún tipo de interrupción desde el día 1o. de noviembre de 1996 y hasta la fecha". Reprocha que tanto por la accionada como por el fallador corporativo de primer grado, se afirme la pérdida de la antigüedad por parte de la señora *Leonor Martínez* con base en el literal e) del artículo 64 del Decreto 806 de 1998, cuando esa circunstancia no aparece acreditada ni siquiera sumariamente, por lo que pide a esta Corte decida si la nombrada "perdió (sic) o no su antigüedad (sic) en la E.P.S. Cruz Blanca".

CONSIDERACIONES

1.- Estando dirigida la solicitud de tutela origen de esta tramitación a obtener protección del derecho a la seguridad social de la señora *Leonor Martínez*, madre de las directas peticionarias, concluye la Corte que esas pretensiones refieren, en principio, a la protección de derechos de que es exclusiva titular la nombrada señora y que, por ende, la actuación de sus hijas *Luz Dury* y *Luz Stella Casas Martínez* debe interpretarse bajo la perspectiva consagrada en el inciso 2° del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 para, por tanto, tener su gestión como de agentes oficiosas de la directa interesada, lo que en este caso concreto es admisible, por hallarse ella impedida, debido a la enfermedad que la aqueja, para promover su propia defensa.

2. Definidos los alcances de la intervención de las directas promotoras de la queja, se impone recordar que a voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual propugna por la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos en forma directa y de manera seria son amenazados o violados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o de los particulares, en este último caso en los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no existiendo para el afectado medio ordinario de defensa que de manera eficaz permita la salvaguarda de los derechos que se estimen conculcados.

Se distingue, pues, que conforme a la indicada previsión constitucional y la reglamentación que de la tutela ha hecho el gobierno nacional, su operancia sólo tiene cabida para el amparo de derechos fundamentales cuando ellos, mediando un nexo de causalidad, se ven seriamente comprometidos por acciones u omisiones que desbordan el marco de comportamiento definido por la Carta Política y por la ley, y cuando la víctima no tiene a su alcance un medio de justicia ordinaria que de manera eficiente permita la protección de sus derechos.

3. Reconociéndose el carácter privado de la entidad accionada y destacándose que se trata de una Empresa Promotora de Salud cuyo objeto refiere, precisamente, a la prestación del servicio de salud dentro del Sistema de Seguridad Social, que en atención al mandato del artículo 48 de la Carta Política desarrolló la Ley 100 de 1993, debe aceptarse la procedibilidad de la acción que se estudia a la luz del numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

4. Descendiendo a la situación planteada mediante esta tutela, debe interpretarse que con ella se pretende que la totalidad del costo que genere el tratamiento que requiere la accionante, en razón al padecimiento que la aqueja, sea asumido por la entidad accionada, como quiera que estima que ella sí tiene en su favor el mínimo de semanas de cotización fijado en la ley para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas, pues se encuentra vinculada a Cruz Blanca E.P.S., como beneficiaria de sus hijas, desde el 2 de noviembre de 1986, en forma continua e ininterrumpida.

5. Como es ya conocido, la vida constituye por antonomasia el derecho fundamental de mayor alcance y autonomía, principio éste que ha servido de punto de partida a la jurisprudencia constitucional para señalar que "El derecho a la vida se constituye en el más fundamental de los derechos consagrados en la Carta Política de 1991 de manera expresa. Regulado por ésta, desde el primer artículo del capítulo primero del Título II, pone de presente su carácter prevalente y de condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos." (Corte Constitucional, Sent. T - 374 de 3 de septiembre de 1993).

6. Así mismo, es del caso poner de presente, que tanto en lo que concierne con el derecho a la salud como en lo tocante con el derecho a la seguridad social, que en esencia no ostentan el carácter de fundamentales, la jurisprudencia

dencia constitucional ha precisado que ellos adquieren tal linaje "por conexión", lo que equivale a decir que se les comunica tal carácter "en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales de forma que éstos quedan sometidos a vulneración o amenaza si aquél no se protege de manera inmediata ..." (Corte Constitucional, Sent. T-068 de 22 de febrero de 1994).

En efecto, el derecho a la vida no sólo le permite al ser humano el ejercicio de las facultades que sean necesarias para mantener su estado vital, conservarlo y mejorarlo o dignificarlo en todos los aspectos, sino también el de impedir que se atente, amenace o viole en cualquier circunstancia, pudiendo adoptar las medidas que lo aseguren o que, por lo menos, no se le ocasione la muerte. Sin embargo, este derecho suele complementarse con otros, como son, los que se refieren a la integridad corporal y la salud que, si bien tienen objetos y autonomías propias, ello no permite ignorar que habiendo partes corporales fundamentales para el ser humano y estados de sanidad absolutamente necesarios para él mismo, cualquier amenaza o violación de aquellas partes corporales o de estos estados de salud, también arriesgan o quebrantan el derecho a la vida misma.

7. Precisamente en desarrollo de los postulados consagrados en el artículo 48 de la Constitución Nacional, que atribuye a la seguridad social naturaleza de "servicio público de carácter obligatorio" y señala que "se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado", en materia de salud se expedieron la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, que imponen en favor de los beneficiarios de dicho sistema, cuando las condiciones de salud lo requieren, la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y, en general, todos los servicios de esta índole que sean indispensables de acuerdo con las circunstancias que el caso amerite, bien sea directamente o por intermedio de terceros.

8. Se ocupa la Ley 100 de 1993, y de manera más reciente el Decreto 806 de 1998, reglamentario de aquella, de definir el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo como "...el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, ...", precisando luego, que "Sus contenidos son definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud e incluye educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de los medicamentos esenciales en su denominación genérica" (art. 7°, Decreto 860 de 1998) y previendo que "Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad So-

cial en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos" (art. 10º, 1b.).

9. Puede, por tanto, concluirse, que la prestación del servicio de salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud no es ilimitado sino que, por el contrario, conforme la reglamentación que rige el Sistema de Seguridad Social Integral, está sujeto a restricciones.

En efecto, el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, tras prohibir en el Plan Obligatorio de Salud la aplicación de preexistencias, señala que "El acceso a la prestación de algunos servicios de altos costos para personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica".

A su vez el artículo 60 del Decreto 806 de 1998, norma hoy aplicable, prevé: "Definición de los períodos mínimos de cotización. Son aquellos períodos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ser exigidos por las Entidades Promotoras de Salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese período el individuo carece del derecho a ser atendido por la entidad promotora a la cual se encuentra afiliado".

10. Valoradas en conjunto la certificación que sobre el estado de salud de la señora *Leonor Martínez* remitió la "Fundación Clínica Shalo" de esta ciudad (fl. 140, cd. 1) y las manifestaciones de la propia accionada, contenidas en el escrito con que dio respuesta a la demanda de tutela, es del caso admitir como probado que la enfermedad padecida por la peticionaria del amparo califica como de alto costo y que, por tanto, ella está sometida para merecer atención dentro del régimen del Plan Obligatorio de Salud al mínimo de cien semanas cotizadas, a que aluden, precisamente, las normas atrás indicadas y el artículo 61 del ya citado Decreto 806 de 1998.

También que la afección cardíaca que presenta la enferma, conforme su estado actual de evolución, conlleva un alto grado de mortalidad y que, por ende, de no practicarse a *Leonor Martínez* la cirugía que le fue diagnosticada, se pone el grave peligro su vida.

11. Llegados a este punto, es de verse que en razón a la discusión sostenida por las partes al respecto, adquiere especial importancia en el caso auscultado establecer si, como lo reclama la accionante, tiene ella en su haber el mínimo de semanas cotizadas indispensable para que la Empresa Promotora de Salud le preste, asumiendo en su totalidad el valor que ello demande, la atención médico hospitalaria que requiere (100 semanas) y, específicamente, que el procedimiento quirúrgico que le fue diagnosticado

sea costeado por *Cruz Blanca E.P.S.*, o si por el contrario, como lo esgrime en su defensa la accionada, la señora *Leonor Martínez* no cuenta con dicho mínimo, pues por la pérdida de antigüedad de que fue objeto, su vinculación como beneficiaria de *Luz Stella Casas Martínez* computa sólo siete (7) semanas, no amercitando el suministro, a cuenta de la Empresa, del tratamiento que necesita.

12. Según lo señaló la accionada, la pérdida de la antigüedad con que fueron sancionadas *Luz Dary Casas Martínez*, en su calidad de afiliada, y *Leonor Martínez*, como beneficiaria, obedeció a no haber dado cumplimiento la primera de las nombradas a lo dispuesto en el artículo 58 del Decreto 806 de 1998, lo que significó la operancia de la causal prevista en el literal e) del artículo 64 de ese mismo Decreto Reglamentario, norma que en lo pertinente reza:

"Artículo 64. Pérdida de la antigüedad. Los afiliados pierden la antigüedad acumulada en los siguientes casos:

".....

"e) Cuando un trabajador independiente a través de actos simulados pretenda cotizar como trabajador dependiente, creando una vinculación laboral inexistente para todos los efectos legales;" (resaltado fuera del texto).

13. Sin que se haga necesario entrar a discutir aquí si, ciertamente, *Luz Dary Casas Martínez* desconoció las previsiones del artículo 58 del Decreto 806 de 1998, aspecto no controvertido por ella, se impone destacar que, conforme se deja resaltado, la parte introductiva de la norma transcrita fija que la pérdida de la antigüedad acumulada en ella prevista es para los afiliados, sin que, por tanto, pueda confundirse con estos a los beneficiarios. En verdad, según el sentir de la Sala, fue el querer del legislador que los motivos previstos en los literales que componen el precepto, excepción hecha del literal a) del mismo, ocasionaran la pérdida de la antigüedad acumulada pero sólo respecto de "Los afiliados", al punto que en el citado ordinal a), que dice "Cuando un afiliado cotizante incluya a beneficiarios que deben ser reportados como cotizantes. En este evento perderán la antigüedad tanto el cotizante como los beneficiarios" (cursivas y subrayas fuera del texto), si se consagró similar efecto para los beneficiarios.

14. Siendo ello así, se concluye que fue errado por parte de *Cruz Blanca E.P.S.* entender que ante la violación del artículo 58 del tantas veces invocado Decreto 806 del año en curso por parte de *Luz Dary Casas Martínez*, su señora madre, como beneficiaria de aquélla, perdió igualmente la antigüedad que tenía acumulada y, por lo mismo, que al figurar como beneficiaria de *Luz Stella Casas Martínez* ella, *Leonor Martínez*, no contaba en su favor con las semanas cotizadas en el período que, a su vez, fue beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud por cuenta de *Luz Dary*.

15. Se sigue de lo anterior, que computado el tiempo transcurrido desde el 2 de noviembre de 1996, fecha de vinculación a *Cruz Blanca E.P.S.* de *Leonor*

Martínez, como beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud, a la actualidad, apreciándose que no hubo en verdad interrupción en su vinculación por el traslado que se verificó el 23 de octubre último, momento a partir del cual aparece como beneficiaria de *Luz Stella Casas Martínez*, se obtiene un total de semanas cotizadas que supera el mínimo de cien (100) que, como ya se vio, se requiere para la atención de enfermedades de alto costo, como la que padece.

16. Corolario de lo anterior es que la aquí accionante reúne a cabalidad los requisitos establecidos en la reglamentación legal reguladora del Plan Obligatorio de Salud para merecer que la empresa accionada le preste la atención médico hospitalaria que requiere y para que ella asuma en su totalidad los costos que ese servicio cause.

17. Secuela del análisis precedente es el total desacierto de la sentencia impugnada la que, por ende, habrá de revocarse para, en su defecto, acceder al amparo suplicado en aras de brindar protección al derecho fundamental a la vida de *Leonor Martínez* y, conexamente, a sus derechos a la salud y a la seguridad social, sin que haya lugar aquí a imponer que el costo del tratamiento que a ella se dé, deba ser asumido por el Estado, pues, se insiste, la determinación anunciada se funda en los deberes de la Empresa accionada conforme el régimen del Plan Obligatorio de Salud.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y, en su defecto,

RESUELVE:

Primero: Acceder a la solicitud de tutela a que se refieren estos autos, para brindar amparo al derecho a la vida y, conexamente, a la salud y a la seguridad social de *Leonor Martínez*.

Segundo: Ordenar, por ende, a *Cruz Blanca E.P.S. S.A.* que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a cuando se le entere esta determinación, adopte las medidas necesarias para que en forma inmediata, o cuando las condiciones de la señora *Leonor Martínez* lo permitan, se practique a ella el procedimiento quirúrgico que le fue diagnosticado y, en general, para que se le brinde la asistencia médico hospitalaria que requiere, siendo de su cargo la totalidad del costo de tal servicio.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a la accionante, a sus agentes oficiosas y al apoderado judicial de éstas; a la entidad accionada, mediante oficio al que se anexará copia auténtica de este fallo; envíese igualmente copia auténtica de este proveído al Tribunal de instancia para lo de su cargo;

y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Oficiese como corresponda.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planeita, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DELLO PROCESO CIVIL: vulnera el derecho el juez que altera el efecto legal en que fue concedido un recurso de apelación. No se puede, pues, acudir a eventuales ocurrencias futuras para allerrar el tenor literal de normas procesales claras y explícitas.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Ref.: Expediente 5697

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha diecinueve (19) de noviembre de 1998 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por medio de la cual se negó la tutela solicitada por Gerardo Isaias Hincestrosa de la Rosa contra el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. Solicita el accionante tutela constitucional de los derechos fundamentales del debido proceso y de acceso eficaz a la administración de justicia, conculcados por el citado Juzgado al dictar los autos de veinticinco (25) de septiembre (sic) y trece (13) de octubre de 1998 dentro del proceso ejecutivo que sigue contra las firmas Autotécnica Colombiana S.A. y Negocios de Vehículos Ltda & Cia. S.C.A., con base en providencia de condena pronunciada dentro del proceso de quiebra de Importando Ltda.

2. Ante la solicitud de quiebra formulada por las sociedades Nevesca S.C.A. y Auteco S.A. contra Importando Ltda y los señores Armando Spadafor y Adela Niño de Spadafor, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva el doce (12) de agosto de 1993 declaró en quiebra a todos los indicados, en providencia que habiendo sido objeto de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, fue modificada el veintiocho (28) de junio de 1994 en el sentido de excluir de dicho decreto a las personas naturales indicadas en razón de no haberse demostrado su calidad de comerciantes, providencia en la cual se condenó a las sociedades Autotécnica Colombiana S.A. y Negocios de Vehículos Ltda & Cia. S.C.A. a pagar a aquellos las costas y los perjuicios que hayan podido sufrir con ocasión de su citación al referido proceso de quiebra (folio 16 del cuad. No. 2 de copias del proceso).

3. Con base en lo anterior los señores Spadafor instauran ante el mismo funcionario inicial, la apertura de un incidente de regulación de perjuicios decidido por auto del treinta y uno (31) de octubre de 1997 (folio 4 cuad. No. 3 de copias) en el que se dispuso declarar que las citadas sociedades "deben pagar solidariamente a Armando Spadafor Polanía y Adela Niño de Spadafor a título de perjuicios materiales por lucro cesante, dieciocho millones doscientos sesenta y tres mil trescientos cuarenta y siete pesos (\$18.263.347) M/cte.", decisión frente a la cual se presentó recurso de alzada por parte del apoderado de los incidentantes, limitado dicho recurso a la no inclusión de perjuicios morales (folio 97 cuad. 1 de copias).

4. Gerardo Isaias Hincstrosa de la Rosa, en calidad de cesionario del citado derecho de crédito, inició el correspondiente cobro ejecutivo ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva donde se encontraba el proceso de quiebra contra Importando Ltda., proceso en el que se libró mandamiento ejecutivo notificado a las partes por estado (folio 21 cuad. 3 de copias), y como quiera que la parte ejecutada no formuló excepción alguna, se ordenó el diecinueve (19) de junio de 1998 seguir adelante la ejecución contra los demandados. El nueve (9) del mes siguiente la parte actora presentó liquidación del crédito que recibió aprobación por auto del dieciocho (18) de septiembre de 1998.

5. En curso del trámite señalado, por auto del tres (3) de agosto del mismo año el Juzgado de conocimiento corrió traslado del escrito por medio del cual la parte demandada propone incidente de nulidad de lo actuado en el proceso de ejecución, por las causales de falta de competencia, carencia de título de ejecución y falta de notificación de la cesión del crédito (folio 28 del cuad. 3 de copias), solicitud denegada por auto del catorce (14) de agosto de 1998 (folio 37 del mismo cuaderno) y confirmado mediante providencia del siete (7) de septiembre siguiente (folio 53), en la cual también se concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto contra tal determinación por el apoderado de las sociedades ejecutadas.

6. En firme la liquidación del crédito y no afectada la actuación por cuanto la nulidad fue denegada y el efecto del recurso no impide la continuación del proceso, la parte actora solicitó la entrega de los dineros embargados hasta concurrencia del crédito liquidado; pero, por auto del veintinueve (29) de septiembre de 1998 el Juzgado de conocimiento negó tal petición en decisión confirmada el trece (13) de octubre siguiente "por existir circunstancias excepcionales" (folios 71 y 74 cuad. 3 de copias). Dice el accionante que con dicha determinación se le causó un daño ostensible e irremediable por cuanto "impide el eficaz acceso a la administración de justicia al pronunciar un auto evidentemente contrario al debido proceso, no permitirle el uso legítimo del derecho reconocido y variar, por si y ante si, el alcance del efecto devolutivo del recurso, en abierta rebeldía a las normas, que afirma no desconocer, pero, no obstante, se abstiene de aplicar porque, a su particular juicio, existen circunstancias excepcionales".

Señala que la nulidad propuesta por la parte demandada, a la que atribuye temeridad en dicha actuación, fue despachada por el Juzgado de conoci-

miento en forma negativa lo que indica que la actuación surtida continúa bajo la presunción de validez y acierto; y añade que presentada apelación contra dicha decisión, fue concedida en el efecto devolutivo lo que apareja que no se suspenderá (...) el curso del proceso" (art. 354.2). Así las cosas, hallándose en firme el auto que impartió aprobación a la liquidación del crédito y embargada una suma líquida de dinero, procede ordenar "de oficio o a solicitud de parte" la entrega del monto establecido (art. 522).

En fin advierte que con lo anterior queda en evidencia la violación del debido proceso por parte del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva el que argumentando circunstancias excepcionales de naturaleza etérea, contrarió el sentido de las normas procesales de obligatorio acatamiento, advirtiendo al efecto el accionante, que dicho principio "es un derecho sustancial, que no puede ser desconocido por la elaboración de conjeturas, el temor de revocación de las decisiones, que impiden el eficaz acceso a la *jurisdictio*".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de referirse a los planteamientos del accionante en su escrito de tutela, inicia la corporación sentenciadora sus consideraciones haciendo una amplia recopilación jurisprudencial sobre la viabilidad de la acción de tutela frente a las providencias judiciales para concluir que en el presente asunto la solicitud de amparo no debe darse por cuanto no tiene configuración el perjuicio irremediable que se requiere para su procedencia y la providencia contiene una justificación a juicio de la Sala valedera, por tanto no constituye una violación flagrante del marco jurídico, considerando que el carácter de las normas procesales no es absoluto y debe ser visto bajo las circunstancias del entorno propio de cada caso.

Apunta que el efecto devolutivo de la apelación en sentido lato tiene plena justificación frente a la providencia que deniega la nulidad, pero si se trata de un ejecutivo donde la entrega de los dineros implica la terminación del proceso (art. 537 C.P.C.), cabría preguntarse que pasaría con la decisión de segundo grado que tiene que ver con la validez del proceso, reflexión que a juicio de la Sala falladora llevaría a tener en cuenta el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil al disponer que el auto que decreta la nulidad de parte del proceso "sin la cual no fuera posible adelantar el trámite de la instancia, será apelable en efecto suspensivo".

De lo anterior deduce el Tribunal que no existe motivo para considerar que las providencias objeto de crítica constituyen una vía de hecho y tampoco ha sido probado el perjuicio irremediable, de donde se sigue que la tutela debe ser denegada.

IMPUGNACIÓN

El accionante impugna la sentencia proferida por el Tribunal sin expresar argumento específico alguno que explique el sentido y alcance de su inconformidad.

CONSIDERACIONES

1. Con fundamento en el artículo 86 de la C. N., desarrollado por los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2591 de 1991, se ha dicho de manera reiterada que la acción de tutela es un medio procesal de trámite preferente y sumario cuyo objeto es dispensar, a falta de una vía eficaz de defensa judicial, protección inmediata para los derechos constitucionales fundamentales", cuando quiera que ellos resultan lesionados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala el artículo 42 del citado Decreto.

Partiendo de la citada noción de orden general, también se tiene por sabido que es viable la acción de tutela contra actos u omisiones atribuibles a funcionarios judiciales cuando éstos, en lugar de actuar con arreglo a las formas y principios derivadas directamente de la Constitución que son consustanciales al ejercicio conforme a derecho de la función jurisdiccional, los que se aludió en el párrafo precedente, cual es su obligación hacerlo, sin mediar motivo alendible se apartan de esas pautas, produciendo en consecuencia actuaciones notoriamente arbitrarias, constitutivas en cuanto tales de verdaderas "vías de hecho" que, con evidente agravio para los interesados o para terceros, de ordinario redundan en menoscabo de aquellos derechos, vías de hecho que sin lugar a dudas, una vez puestas al descubierto pueden abrirle paso a la acción en referencia.

2. En el caso materia de estudio, se encuentra que el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva dentro del proceso de ejecución adelantado por el accionante contra las sociedades Autotécnica Colombiana S.A. y Negocios de Vehículos Ltda & Cia. S.C.A, incurrió en una verdadera "vía de hecho" conforme a lo que al respecto se dejó apuntado en los numerales anteriores, consistente tal irregularidad en suspender la entrega de dineros en un proceso ejecutivo en el cual la liquidación del crédito se encuentra en firme, argumentando que aún no se ha resuelto de manera definitiva sobre el incidente de nulidad propuesto por la parte ejecutada, pues se encuentra surtiéndose un recurso de apelación ante la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, agregando posteriormente, frente al nuevo recurso presentado contra dicha determinación por cuanto la alzada se concedió en efecto devolutivo, que no desconoce al efecto los artículos 522, 354.2, 354.1, 334.1 y 147 del Código de Procedimiento Civil pero considera que estas están referidos a aspectos generales lo que, en su opinión, indica que pueden existir circunstancias excepcionales como en el caso presente en el que se está discutiendo aún la validez de todo el proceso, y reitera que "por el momento y siendo lo prudente, no puede ordenarse la entrega de los dineros al ejecutante pues la liquidación del crédito depende de la prosperidad del recurso de apelación impetrado al auto que resolvió no reponer y por tanto no declarar la nulidad planteada por el apoderado de la parte demandada".

Al respecto cabe señalar que a decir verdad, en el trámite en estudio se presentó una solicitud de nulidad que con suficientes argumentos fue nega-

da en dos oportunidades por el Juzgado de conocimiento en decisión contra la cual se presentó el recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo, lo que implica, según los términos del artículo 354, inciso 2o., del Código de Procedimiento Civil, que "... no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso". En este entendido mal puede el Juzgador, sin incurrir en extremo desacierto indicativo de arbitrariedad al no ser posible catalogarlo como racional derivación de la ley, aducir como sustento de su proceder argumentos de "prudencia" para alterar el efecto legal en que fue concedido el recurso, dándole en forma inconsulta el carácter de diferido en los términos del inciso 3o. del mismo artículo o, como lo sugiere el Tribunal, el suspensivo, desfigurando de paso, por obra de su propia voluntad personal, el sistema previsto en el Art. 147 del C. de P. C. para regular el efecto de los recursos de apelación respecto de providencias que declaran o niegan nulidades procesales.

No se puede, pues, acudir a eventuales ocurrencias futuras para alterar el tenor literal de normas procesales claras y explícitas y así, al acomodo de los juzgadores, aplicarlas o dejarlas de aplicar indistintamente cuando, en su concepto, se presente un "caso excepcional" de variado origen que aconseje obrar de este modo. La eficacia suspensiva de actuaciones de previo y especial pronunciamiento en el ámbito del proceso civil, la señala la ley, y, por ende, no queda al arbitrio de los funcionarios disponer las cosas de manera distinta atendiéndose a simples conjeturas o suposiciones, convirtiendo en letra muerta disposiciones como las contenidas en los Arts. 354 y 137 Num. 4º del C. de P.C.

En conclusión, le asiste razón a la accionante en su reclamo por lo que el fallo denegatorio de la tutela que es materia de impugnación debe revocarse y, en su lugar, habrá de concederse el amparo solicitado, impartiendo la orden necesaria para contrarrestar los efectos de la decisión adoptada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, lesiva del derecho al debido proceso que a *Gerardo Isaías Hinestroza de la Rosa* le garantiza el art. 29 de la Constitución Nacional.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Revoca* el fallo de fecha diecinueve (19) de noviembre de 1998 proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y, en su lugar, concede la tutela solicitada por *Gerardo Isaías Hinestroza de la Rosa*.

En consecuencia se dispone:

Ordenar al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo y en tanto se encuentren satisfechos los requisitos para tal fin previstos en el Art. 522 del C. de P.C., disponga la entrega al ejecutante de dineros consignados en el proceso de

ejecución que adelanta contra las ejecutadas Autotécnica Colombiana S.A. y Negocios de Vehículos Ltda & Cia. S.C.A.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto al interesado, enviando copia de esta providencia al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafoní Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DESBITO PROCESO DE FAMILIA: vulnera el derecho el juez que exige la designación de partidador en sucesorio donde hay heredero único / **MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL:** análisis de la improcedencia del recurso de queja y del amparo de pobreza, como medios eficaces de defensa.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5699

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia de 19 de noviembre de 1998, por virtud de la cual la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá denegó la tutela que imploró Olma Lozano Romero frente a la Juez Cuarto de Familia de Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicita la referida accionante que sea tutelado el derecho fundamental que al debido proceso le asiste a su hija, menor de edad, dentro de un sucesorio que adelanta el Juzgado Cuarto de Familia de Santafé de Bogotá, lo cual explana del siguiente modo:

En el proceso de sucesión de Numael Doncel Gutiérrez que tramita dicho juzgado, tal menor de edad, Angie Ximena Doncel Lozano, es la única heredera reconocida; sin embargo, la juez rechazó la adjudicación que entonces se presentara, estimando que, dada la minoría de edad, es forzoso aplicar la preceptiva del inciso 3º, del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, por lo que, a su juicio, ha de designarse partidador.

Para tal rechazo argumentó el juzgado: "Ante la existencia de incapaces en una sucesión, la ley en el mandato del parágrafo 3º, art. 13 de nuestra Carta Magna, prevé la protección de estos y sus intereses y uno de los mecanismos que tiene es el dispuesto en el numeral 3º, del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.379 del Código Civil, normas que establecen medidas con el fin de proteger esos intereses patrimoniales de las personas que no tienen la libre administración de sus bienes".

Para la accionante se trata de una decisión que "en nada favorece ni protege los intereses patrimoniales de la menor; por el contrario es lesiva y su

patrimonio económico se encuentra amenazado lo mismo que su bienestar "porque soy madre cabeza de familia de escasos recursos económicos y a mi cargo recae el sostenimiento de la menor reconocida en el proceso como heredera única" y que como la cuota del inmueble que se adjudica a su hija "no genera ninguna clase de rentas o ingreso, que cubran las necesidades básicas de la menor, como son los alimentos, es injusto que tenga que cancelar unos honorarios a un partidador de la lista de auxiliares de la justicia, puesto que con dichos dineros puedo suministrarle al menos lo más elemental posible para su subsistencia y bienestar que una niña de su edad requiere para su normal desarrollo, por lo cual considero que se han violado los derechos del menor consagrados en el artículo 44 de la C. Nal."

Decisión que mantuvo el juzgado no obstante el recurso de reposición que se interpuso; y el de apelación, que subsidiariamente se formuló, no fue concedido.

Para denegar la tutela adujo el mentado tribunal, en síntesis, que la subsidiariedad que la caracteriza no se presentaba en el caso de ahora, por "existir otro mecanismo judicial, pues la accionante tuvo la oportunidad de hacer uso del recurso de queja, así mismo, si lo considera pertinente, cuenta con la acción prevista en el artículo 160 del C. de P. Civil".

CONSIDERACIONES

Por ser ampliamente conocido, baste ahora memorar que la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional no procede contra decisiones judiciales más que en los casos en que se está frente a una vía de hecho que irroque o pueda causar un perjuicio irremediable al petente de dicho amparo. Y también es cosa averiguada que la vía de hecho consiste básicamente en que la decisión judicial no encuentre otro soporte que la arbitrariedad o el capricho del funcionario que la profiere.

Noción esa de la vía de hecho que cobra toda su importancia en el asunto por decidirse, habida cuenta que la mera lectura del auto por medio del cual el mencionado juzgado exige que en el sucesorio de marras se designe partidador; pone en evidencia que lo así decidido, amén de no hallar, ni de lejos, un soporte legal, se estrella hasta con la más rudimentaria de las lógicas.

Y todo porque existe norma específica que ordena, para las sucesiones de heredero único, presentar la adjudicación de los bienes relictos (art. 615 del Código de Procedimiento Civil), sin que en dicha preceptiva se descubra excepción alguna. Por suerte que en este caso, en donde, como se dijo, no existe más que una sola heredera reconocida, su apoderado está plenamente facultado por la ley para presentar directamente la mentada adjudicación.

Ahora. Aquello de que cabe designar partidador por ser el heredero único un menor de edad, para lo cual se aduce que sólo así se le brinda la protección que manda el artículo 13 de la Constitución Nacional, pasa apenas por argumento necio. Pues no se barranta de qué manera queda más protegido el

incapaz, si es que el partidor que se llegare a designar no puede hacer cosa distinta a la de adjudicarle todo lo que compone el caudal relicto inventariado.

Se comprenderá que si el legislador fue pródigo en el caso de la partición, lo cual supone por necesidad absoluta un número plural de asignatarios, e hizo las exigencias contenidas en el inciso 3º. del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil para el evento en que hayan incapaces, es porque estuvo atento a prevenir cualquier amenaza que, ante una eventual pugnacidad de intereses, se pudiera cernir contra los del incapaz. Cosa que sólo fantasiosamente cabe imaginar en el caso del heredero único.

Ante semejante evidencia, el presunto celo de la juzgadora accionada vino, quizás a porfía de su intención, a resultar letal a los intereses de la menor Angé Ximena Doncel Lozano, pues de atenderse el exótico mandamiento del auto cuya decisión se combate, tal heredera habría de soportar una infundada dilación del proceso y el consiguiente dispendio que causa la labor del partidor.

En trasunto, qué podría justificar que se desoiga el claro mandato del artículo 615 del C. de P.C., con el espectral argumento de que es mucho más ventajoso para la menor buscarle un camino procesal más complejo y costoso.

Por lo demás, bien cierto es que la tutela no se concibe, por su carácter eminentemente residual, si de por medio cuenta el solicitante con otras herramientas con las cuales pudiere evitar el perjuicio. Lo que vino a acontecer es que las que citó el tribunal para denegar por eso la tutela, pecan, la una por irreal, y la otra por demasiado conjetural. El caso es que ninguna consulta la eficacia que es menester indagar a la hora de auscultar por los otros medios que en un momento dado empecen la tutela. Ciertamente: reprochar al accionante por no haber interpuesto el recurso de queja ante la denegación del de apelación, es absolutamente injusto, pues la simple inspección del caso indica lo inocuo que le hubiera resultado, dado que en verdad la decisión judicial fustigada no está enlistada como apelable, ni en el artículo 351 del C. de P.C. ni en norma especial; aceptar el planteamiento del tribunal sería, entonces, estimular la práctica perniciosa de que a los recursos se ha de acudir a ultranza, así y todo sean infundados, olvidando de paso que los juzgadores por el contrario están en el deber de controlar la temeridad en el empleo de los mismos.

Y asegurar que el otro medio que hubiera podido utilizarse es el de solicitar el amparo de pobreza, es suponer que en el accionante concurren todas las circunstancias que autorizan fenómeno semejante, con el agravante de que no ser así estaría instando al perjurio, por supuesto que quien acuda a él debe manifestar tal concurrencia bajo la gravedad del juramento (art. 161 del C. de P.C.). Y en últimas, no se descubre que de proceder tal figura, resulte más eficaz que la tutela misma.

Queda demostrado, así, que la actuación de la juez accionada es abiertamente alentatoria del derecho fundamental al debido proceso, pues que, me-

dianle una interpretación forzada, está desatendiendo un acto procesal válido y jurídico, cual es el de la presentación de la adjudicación de los bienes sucesorales a la heredera única, al propio tiempo que le exige ilegalmente un acto que adviene perjudicial para la sobrenombrada menor de edad; se trata, pues, de una decisión arbitraria y, como tal, surge la procedencia excepcional que frente a las providencias judiciales tiene la tutela.

Así que ninguna duda cabe sobre la procedencia de la tutela en este caso; mas como el fallo del tribunal que se impugna no accedió a ella, será revocado.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *revoca* el fallo de tutela materia de impugnación, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala de Familia- el 19 de noviembre de 1998, y en su lugar dispone:

Tutélase el derecho fundamental que al debido proceso tiene Angie Ximena Doncel Lozano en el proceso de sucesión de Numacl Doncel Gutiérrez, que se tramita en el Juzgado Cuarto de Familia de Santafé de Bogotá. Por consiguiente, se ordena que la juzgadora de dicho despacho judicial adecue, dentro del término máximo de 48 horas, su trámite a las directrices señaladas en esta providencia, particularmente para que tenga en cuenta que en el sucesorio dicho, de cara a la situación concreta de no haber más que un heredero reconocido, sí procede la adjudicación de bienes de que trata el artículo 615 del C. de P.C., y que no es menester, por lo mismo, la designación de partidor.

Mediante telegrama comuníquese la decisión a las partes y envíense los autos a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: no vulnera el derecho el ejercicio de la facultad oficiosa del juez para decretar la práctica del examen de DNA a pesar de existir prueba pericial sobre marcadores genéticos.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria- Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref.: Expediente No. 5696

Decide la Corte la impugnación formulada por Gilma Rubio de Lombo, Edith, Maribel y Néstor E. Lombo Rubio, contra el fallo del 12 de noviembre del año en curso, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del trámite de la acción de tutela por ellos adelantado, junto con Ernesto Javier Lombo Rubio, contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar.

ANTECEDENTES

1. Afirman los accionantes que son cónyuge e hijos de *Ernesto Lombo Cruz*, fallecido el 16 de octubre de 1996 en esta ciudad, y que contra ellos *Jhon Didier y Adriana Yaneth Lombo Rodriguez*, iniciaron juicio de filiación y petición de herencia para que se declarase que los demandantes son hijos del mencionado Ernesto Lombo Cruz.

2. Expresan que el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar (Tolima), decretó el examen antropoheredobiológico entre demandante y demandados. Empero, el Instituto de Medicina Legal, al cual, a la postre, se confió su práctica, recomendó la exhumación del cadáver para realizar la prueba del DNA que ofrecía mayor certeza, peritación que, el Juzgado, sin ninguna consideración y valiéndose de su poder oficioso decretó que efectivamente debía de realizarse.

Agregan que son personas nacidas y formadas en el seno de la religión católica, dentro de la cual la muerte de un ser querido tiene un valor incalculable, tanto es así "que durante estos dos años siguientes no hemos abandonado una sola semana en visitar su tumba, llevarle flores, ofrecerle misas" y, en fin, orar por su descanso eterno, no obstante, lo cual, la Juez acusada

ordenó la exhumación de sus restos mortales sin detenerse a valorar las convicciones de sus deudos.

Que con la orden de exhumación se violó el debido proceso, en primer lugar porque, pese a que se encontraba ejecutoriado el auto que decretó la prueba entre demandantes y demandados, el Juzgado, inopinadamente, la sustituyó por otra consistente en la exhumación del cadáver para que se practicara la prueba del DNA. En segundo lugar, porque de conformidad con la Ley 75 de 1968 para que proceda la filiación extramatrimonial deben demostrarse los supuestos de hecho allí previstos, sin darle prevalencia a una prueba técnica que, por muy avanzada que sea, dejaría de lado los postulados de la mencionada ley.

Que el proceso judicial por medio del cual se busca la declaratoria de filiación natural, debe ser regulado de manera tal que la vista judicial arroje el menor daño a la parte demandada. En consecuencia, la medida adoptada por el Juzgador de instancia, cuando tiene efectos sobre los derechos fundamentales de las personas, debe ser, entre las posibles alternativas igualmente aptas para conseguir el fin propuesto, la menos lesiva.

En fin, que existen otras opciones de solución que resultan menos restrictivas de los derechos fundamentales de los accionantes, como la prueba antropoheredobiológica, que es igualmente efectiva en términos del fin perseguido y evita la afectación del patrimonio moral, emocional, cultural, religioso, social y humanitario de los solicitantes que se vería ostensiblemente menoscabado si se expone al juicio público e indolente de las gentes del pueblo el cadáver de su difunto padre y esposo, al que también y no por el sólo hecho de estar muerto le asiste el derecho a descansar en paz.

3. Aceptados los impedimentos de algunos magistrados y designados y posesionados como fueron quienes debían reemplazarlos, el Tribunal decidió negativamente las súplicas de los peticionarios.

EL FALLO IMPUGNADO

Afirma el Tribunal que la tutela se interpuso contra la determinación del Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, que ordenó la práctica de la prueba genética de mayor probabilidad científica de certeza, para cuya realización se dispuso la exhumación del cadáver del padre y esposo de los demandados, decisión contra la cual propusieron éstos el recurso de reposición, para lo cual alegaron razones similares a las aquí planteadas, impugnación que les fue resuelta en forma adversa puesto que se consideró que por tratarse de un auto por el cual se decretó una prueba de oficio, contra él no procedía recurso alguno. Dicho lo cual, transcribe el fallador en forma extensa una jurisprudencia emanada del mismo Tribunal concerniente a la pertinencia de la tutela sobre decisiones judiciales.

Agrega que tampoco es aceptable el argumento de que con la práctica de la prueba técnica que debe realizar el Instituto de Medicina Legal, previa exhumación del cadáver de Ernesto Lombo Cruz, se pretenda la manipulación

del cadáver, ni que con ese proceder se violen principios o convicciones morales, religiosas y afectivas de sus deudos, puesto que se trata de una cuestión seria, como es la práctica de una prueba judicial por una entidad altamente calificada, en búsqueda de la verdad real sobre la paternidad deprecada en la demanda. Tratándose del auto por medio del cual se decretó oficiosamente la práctica de la prueba genética de mayor probabilidad científica de certeza en cuanto a la indagación de paternidad que pueda realizarse *post-mortem* del presunto padre, no encuentra el Tribunal irregularidad alguna que menoscabe los principios de la publicidad y contradicción de la prueba, con mayor ahínco cuando dicho medio probatorio se ordena practicar por una entidad especializada para estos menesteres, cuyos experticias han servido de luz a la jurisprudencia y la doctrina nacionales para fundar decisiones judiciales que finiquitan controversias relacionadas con la filiación paterna, bien sea favorable o desfavorable a los intereses en conflicto. Además, con la orden del Juzgado no se viola ningún derecho fundamental, comoquiera que con ella lo que se pretende es obtener con la mayor certidumbre la filiación de los demandantes, favorable o desfavorable a sus pretensiones, citando a continuación, jurisprudencia de la Corte que destaca la importancia de esa especie de prueba.

LA IMPLIGNACIÓN

Afirman los inconformes que el debido proceso es un derecho fundamental y toda persona convocada a un juicio debe gozar de las garantías de las leyes existentes al momento en que se presenta la acción y no a pronunciamientos posteriores y en este caso, la filiación reclamada está fundada en la ley 75 de 1968 y es bajo tales parámetros que debe darse el juicio y no amparándose en jurisprudencia reciente, que si bien debe ser aplicada para el futuro, en nuestro caso ya no se nos puede sorprender; hasta donde sabemos y hemos consultado, la jurisprudencia no reforma, ni deja sin efecto el mandato de una ley; entonces si la ley 75 / 68 no ha sido modificada por qué razón se nos somete a otros procedimientos?

Citan los recurrentes el texto del artículo 7° de la mencionada ley para manifestar que si hubiesen dispuesto de la cremación del cadáver de su padre y esposo, de todas formas las muestras para la pericia tendrían que obtenerlas de ellos.

En alegato posterior agregan que "Uno de los argumentos de la Sala de Conjuces para negar la tutela, es que hemos utilizado este medio como último recurso, pero fácil es entender que si la apoderada Judicial presentó los recursos y por tratarse de prueba de oficio no admite recursos, de que (sic) otra manera podemos pedir ser oídos ante tamaño despropósito. Aquí pareciere que existe nada más y nada menos que una dictadura, pues cuando se conculcan los derechos y por tratarse de una decisión antijurídica de un Juez de la República simplemente debemos obedecer, no obstante que efectivamente se nos violan derechos fundamentales enlistados en la carta, así pareciere que se nos Juzgue con una sola condición, la de atender las orde

nes de un Estado dictador, cuando a diario se pregona que vivimos en un Estado de derecho donde se garantizan las libertades individuales de los nacionales." Agregan que las decisiones judiciales pueden ser atacadas mediante tutela cuando vulneren derechos fundamentales y eso es precisamente lo que ocurre en este caso, pues se decretó oficiosamente una prueba que no permite contradicción procesal, pero que vulnera el debido proceso, la libertad de cultos y los sentimientos morales y religiosos que profesamos.

Si existen otras pruebas de igual valor, no pueden dejar de lado los derechos consagrados en la Constitución. "Tal vez para los falladores de primera instancia ningún valor tienen los sentimientos religiosos y morales nuestros y al parecer desconocen la abundante Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre tales aspectos y por eso no consideran violado ningún derecho y en tal virtud pedimos a esta instancia que revise cuidadosamente cada uno de los hechos por nosotros expuestos". Agregan más adelante que para mayor ilustración, al asunto anexan un informe de la Bióloga Genetista Dra. Olga María Torres, con Magister en Genética y profesora asociada del Instituto de Genética de la Universidad Nacional de Colombia, en el cual se plasma que es posible y con igual efectividad la prueba de DNA entre vivos.

SE CONSIDERA

1. *El derecho probatorio como expresión de la libertad.* No en vano se dice que el derecho probatorio se encuentra erigido sobre el principio de la libertad, pues no se concibe en el mundo contemporáneo que el juez, sobre quien recae el deber de verificar los hechos litigiosos, carezca de poderes suficientes para investigarlos, o que esa atribución se encuentre seriamente cercenada o entorpecida por talanqueras de diversa índole. Por el contrario, para alcanzar los fines que el Estado Social de Derecho se propone, parece imprescindible que al sentenciador se le otorguen amplias atribuciones para recaudar las pruebas pertinentes, con miras a decidir las controversias con fundamento, no solamente en el convencimiento a que hubiese llegado con base en la verdad, sino, también, a hacer efectivo el principio constitucional de igualdad de las partes ante la ley y a evitar la manipulación malintencionada de la prueba; facultades estas que, obviamente, solamente deben encontrar talanquera insuperable en aquellos criterios éticos encaminados a moralizar los procedimientos, o en los preceptos que gobiernan la utilidad, conducencia o pertinencia de la prueba.

Desde luego que de tiempo atrás fue abandonado el criterio iusprivatista del derecho procesal civil que concebía el proceso como una controversia que solamente involucraba intereses y fines meramente particulares, contexto dentro del cual se restringían considerablemente las facultades del juez, al punto de ser tenido como un espectador neutral de la discusión probatoria, concepción que fue sustituida por una publicista fincada en que en el ejercicio de la jurisdicción se comprometen los intereses del Estado en la medida en que la recta y eficaz aplicación de la ley es garantía de paz y justicia en la sociedad.

En ese orden de ideas es palpable, entonces, que a la luz de lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 37 *ejusdem*, el juez está revestido de amplias facultades para recaudar las pruebas que sean necesarias a fin de alcanzar el convencimiento necesario para dirimir el pleito conforme a los postulados de verdad, legalidad y justicia en los cuales debe apuntalar su decisión. Por supuesto que si bien, por regla general, las partes mantienen la libre disposición del derecho en disputa, esa atribución no apareja la disponibilidad de los medios de prueba que lo establecen, es decir, que los litigantes no tienen derechos adquiridos sobre la prueba de los hechos.

En cambio, las facultades oficiosas del juez están encaminadas, como ya se dijo, a la obtención de la verdad como presupuesto vertebral de la sentencia, a hacer efectivo el principio de igualdad de las partes, protegiendo, además, a terceros de maniobras engañosas de las partes. Luego son visiblemente desatinadas las recriminaciones de los accionantes que se fundan en que el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar carecía de facultades para modificar la prueba pericial que inicialmente había ordenado, pues es lo cierto que, haciendo uso de las facultades inquisitivas que la ley puso a su disposición, y atendiendo la recomendación de la institución oficial que debía practicar la experticia, optó por ordenar el examen de DNA, cuya confiabilidad es, a ojos vistas, superior a la prueba de marcadores genéticos que podría realizarse entre los demandantes y los herederos del presunto padre, incumbiéndole, en todo caso, a los peritos determinar el nivel de seguridad y confiabilidad del examen y al juez valorarla, aspectos estos que no pueden ser cuestionados, en manera alguna, por la vía de la acción de tutela.

No puede olvidarse al respecto, que si bien es indudable que la ley 75 de 1968 introdujo notorias modificaciones al ordenamiento civil colombiano en materia de investigación de la filiación paterna, que en su momento significaron un verdadero avance en la materia, no lo es menos que el núcleo de la misma está constituido por un conjunto de presunciones legales de paternidad que, en cuanto tales, impelen al actor a demostrar los hechos o circunstancias en los cuales se fundamenta con miras a que opere la inferencia prevista en la ley, esto es, que, dada la complejidad probatoria del hecho a demostrar en el juicio, es decir, el nexo biológico que es el fundamento de esa relación filial, optó por presumirlo de ciertos hechos o situaciones que permiten inferirlo; por supuesto que por la época de expedición de la aludida ley el estado de la ciencia genética no permitían aún pensar en una prueba científica directa de la paternidad.

Empero, el legislador, avizorando que los estudios científicos podrían constituir una herramienta eficaz y útil a las causas de esa especie, atinó a prescribir en el artículo 7° de la aludida ley que "En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte, o cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo

y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropoheredobiológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles que valorará según su fundamentación y pertinencia...”, peritaciones estas cuya importancia no puede desdeñarse de ningún modo pues, como lo tiene dicho la Corte, “...es tal el imperio de la ley, que bien puede asegurarse que el funcionario judicial que sea omisivo sobre el particular, bien porque, siendo posible, deja de decretarlas, ora porque no controla que su práctica se realice con la idoneidad y cautela bastantes a garantizar el valor científico que de ellas se espera, compromete su responsabilidad; como también la comprometen en su caso los entes estatales encargados de su práctica cuando no la realizan, o la realizan deficientemente” (Sentencia del 23 de abril de 1998).

Si, pues, los exámenes genéticos que la ciencia actual pone al alcance de los litigantes en las causas de investigación de la filiación han alcanzado niveles de confiabilidad que lindan con la certeza y si, a su vez, la ley depositó de tiempo atrás su aprecio por las pruebas de esta naturaleza, no se advierten, en verdad, razones o circunstancias que limiten o impidan su práctica, como no sea el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales del individuo, pues es obvio que toda prueba científica, cualquiera que fuese su naturaleza, encuentra en ellos valladar insuperable.

Producida la prueba conforme a las reglas que en la materia señala el Código de Procedimiento Civil, incumbirá al juez su valoración, ejercicio al cual podrán contribuir las partes en sus respectivos alegatos, sin que, se reitera, sea la acción de tutela mecanismo idóneo para señalar la trascendencia o peso probatorio que a la misma le corresponda. En ese mismo orden de ideas, compete al sentenciador determinar si existe o no algún indicio en contra de los demandantes por haber tardado en iniciar la acción, tardanza que, por lo demás, los demandados les recriminan.

2. Así, pues, como las pruebas ordenadas contribuyen de manera significativa al esclarecimiento de la verdad, la consolidación de la justicia y la protección eficaz de los derechos fundamentales de las partes, toda vez que, si los demandantes se trata, se hace tangible el derecho superior a establecer sus orígenes, al paso que los demandados adquieren la garantía de recibir una decisión que, apuntalada en demostraciones científicas serias y concluyentes, esté más allá de las dudas que generan los fallos fundados simplemente en las meras inferencias del legislador, deberán atenderse, asunto que por sí sólo, no irrota o desconoce los derechos invocados por los accionantes.

Con lo dicho no se ignora en manera alguna, que el hombre, en todos los tiempos, ha experimentado un particular respeto por los restos humanos, quizás porque ellos le inspiran un profundo sentimiento piadoso en el cual se confunden sus reflexiones sobre los misterios de su propia existencia, sentimiento tan hondamente arraigado a su ser que, inclusive, los ordenamientos jurídicos se preocupen por su defensa, tipificando como delito el vilipendio del cadáver, tal como lo hace el artículo 297 del Código Penal colombiano.

Así las cosas, la decisión impugnada habrá de confirmarse.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *Confirma* el fallo del 12 de noviembre del año en curso, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del trámite de la acción de tutela por ellos adelantado, junto con *Ernesto Javier Lombo Rubio*, contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar.

Notifíquese telegráficamente lo resuelto a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

Jorge Santos Pallesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

INDICE TEMATICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS

	Págs.
A	
<ul style="list-style-type: none"> • ACTUACION TEMERARIA - No hay <i>identidad jurídica de partes</i> cuando en tutela anterior el derado de los aquí accionantes actuó en su propio nombre y no como representante de sus poderdantes 52 	
<ul style="list-style-type: none"> • AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA - Si el agenciado ha sido notificado personalmente de la sentencia de primera instancia, el agente carece de legitimación para impugnarla 135 	
C	
<ul style="list-style-type: none"> • CADUCIDAD ADMINISTRATIVA - Los causahabientes tienen derecho a impugnar el acto que decreta la caducidad administrativa en contratos celebrados por el de cujus con la administración. Vulneró el derecho la autoridad accionada que no dio trámite a los recursos interpuestos por aquellos 211 	
<ul style="list-style-type: none"> • COMPETENCIA POR FACTOR SUBJETIVO - Hay nulidad en la actuación cuando juez distinto al civil del circuito resuelve la demanda que se dirige, entre otros, contra medios de comunicación; prevalece su competencia respecto de la entidad oficial también accionada 132 	
<ul style="list-style-type: none"> • COMPETENCIA TERRITORIAL EN TUTELA - En cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de estas entidades, sin consideración al sitio donde se hubiere expedido el acto administrativo .. 202 	
<ul style="list-style-type: none"> • CONFLICTO DE COMPETENCIA - En cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de estas entidades, sin consideración al sitio donde se hubiere expedido el acto administrativo 202 	

D

- **DEBIDO PROCESO**
- Es impropio la tutela cuando no se han empleado y agotado los mecanismos defensivos que se ofrecen dentro de las actuaciones correspondientes puesto que la razonabilidad de su proposición exige que, además de la falta de otro medio judicial de protección, se haya dado al supuesto agresor de los derechos superiores la oportunidad de rectificar los yerros que se le endilgan 277
- **DEBIDO PROCESO CIVIL**
- El proceso ejecutivo es el medio de defensa al que puede acudir el interesado en obtener el cumplimiento de la obligación de suscribir escritura pública y entregar inmueble, adquirida en audiencia de conciliación, ni la acción de tutela ni el proceso de entrega son procedentes 196
- La decisión que niega al rematante el reconocimiento de gastos como servicios públicos y administración del inmueble adjudicado no vulnera el derecho por cuanto no existe disposición legal que autorice reconocerlos 222
- La interrupción del proceso para notificar a los herederos de la demandada no puede ser obstáculo para afectar los derechos de un tercero ajeno a la relación procesal en curso que solicita el levantamiento de una medida cautelar que le perjudica. La actitud omisiva del juez desconoce los derechos del tercero aquí accionante. La Sala pone en conocimiento de la autoridad competente la omisión en que incurrió el juez 268
- No hay vulneración al derecho cuando el juez accionado contabiliza los términos para el pago de expensas necesarios en el trámite del recurso de apelación con fundamento en el artículo 356 incisos 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil 283
- No puede el juez frente a *acuerdos conciliatorios* de las partes limitarse a impartirles aprobación, si el convenio presentado disponía de derechos de los que no era titular la parte sino un tercero lo procedente era adoptar las medidas para que se corrigiera la fórmula en lo que fuere necesario para ahí sí, y sólo de subsanarse la anomalía, aprobarlo. El incumplimiento de esta obligación hace que la aprobación del acuerdo ilegal incurstone en el campo de las vías de hecho 32
- Vulnera el derecho el juez que altera el efecto legal en que fue concedido un recurso de apelación. No se puede, pues, acudir a eventuales ocurrencias futuras para alterar el tenor literal de normas procesales claras y explícitas 304

Págs.

- Vulnera el derecho el juez que en proceso de declaración de bien mostrenco de títulos valores de contenido crediticio ordena a la entidad demandada pagar al ICBF el capital más los intereses capitalizados. Al proferir la condena se dejó a la entidad bancaria sin posibilidad de oponer todas las excepciones que a bien tuviera y no sólo aquellas permitidas cuanto el título ejecutivo es una sentencia (artículo 509 del Código de Procedimiento Civil) 84
- **DEBIDO PROCESO DE CONCORDATO**
- Ante el incumplimiento de un concordato anterior a la expedición de la ley 222 de 1995 la normatividad aplicable es la del Decreto 350 de 1989 por tanto, la entidad accionada debería haber iniciado un incidente en el cual las partes gozarán de su derecho de defensa y prueba, su omisión genera la vulneración amparada 160
- **DEBIDO PROCESO DE FAMILIA**
- El funcionario accionado incurrió en una vía de hecho al fijar *alimentos provisionales* con base en un documento que carece de fuerza legal para acreditar el vínculo entre alimentante y alimentario, por no reunir los requisitos establecidos en el decreto 1260 de 1970, artículo 102. Es requisito indispensable para decretar tal medida el que se encuentre plenamente acreditado el parentesco del cual emerge el deber de asistencia familiar, parentesco cuya constatación no es asunto que la ley haya dejado al parecer individual de cada juez 43
- El numeral 3º del artículo 691 del Código de Procedimiento Civil no puede interpretarse en detrimento de las *cautelas* que en aplicación del numeral 2º del mismo artículo se hubieren perfeccionado en otros procesos, son las medidas vigentes las que se deben mantener con posterioridad a la sentencia de separación de bienes 58
- El tercero que adquiere un inmueble con posterioridad a la medida cautelar de registro de la demanda no puede plantear el desconocimiento de su derecho a la propiedad si la sentencia que se produce en el proceso registrado le es desfavorable 217
- No vulnera el derecho el ejercicio de la facultad oficiosa del juez para decretar la práctica del examen de DNA a pesar de existir prueba pericial sobre marcadores genéticos 314
- Vulnera el derecho el juez que exige la designación de partidor en sucesorio donde hay heredero único 310
- **DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION**
- Los causahabientes tienen derecho a impugnar el acto que decreta la caducidad administrativa en contratos celebrados por

el de *cujus* con la administración. Vulnereó el derecho la autoridad accionada que no dio trámite a los recursos interpuestos por aquellos

211

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION

Es improcedente la acción de tutela cuando, por incumplimiento de la carga prevista en el artículo 424 parágrafo 2º numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no pudo interponer los recursos procedentes contra la sentencia que no tuvo en cuenta la contestación de la demanda, a pesar del pago inicial de cánones

180

La decisión judicial de no escuchar a los demandados que están en mora de cancelar los cánones adeudados, incluso después de proferida la sentencia, no constituye *via de hecho*.....

272

DEBIDO PROCESO DE SUCESION

El juez que no atiende la petición que solicita se precise la Notaría en la cual se protocolizó el expediente, con base en que el mismo está en poder del abogado de las partes, vulnereó el derecho al debido proceso del solicitante. El artículo 611 inciso 2º, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil es aplicable, a pesar de ser norma posterior a la sentencia, a efectos de que el juez pueda obtener información requerida por *terceros interesados*

79

DEBIDO PROCESO DE TUTELA

Si la administración de justicia en ejercicio del derecho de castigar sanciona a un infractor de la ley penal, sus familiares no tienen *legitimación para invocar el quebranto de sus propios derechos*

71

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO CONTRA ABOGADO

La decisión de rechazar el recurso de apelación contra el auto que abre pliego de cargos al investigado tiene respaldo en el artículo 73 del Decreto 196 de 1971. El recurso de súplica es extraño a los procesos disciplinarios, la acción de tutela es improcedente

140

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO

La sentencia que ordena el trámite *liquidatorio de la sociedad conyugal* en proceso de separación no trae consigo la pérdida de competencia del juez que adelante proceso ejecutivo donde alguno de los cónyuges sea demandado. El decreto de remate en este último no puede calificarse como violatorio del derecho al debido proceso

58

	Págs.
- No es procedente la tutela para obtener la terminación del proceso con base en una decisión penal que, desconociendo el restringido alcance del artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, dispone la cancelación del cheque que es base de cobro coactivo ante la autoridad accionada	153
- Vulnera el derecho el juez que decreta la terminación del proceso sin tener en cuenta que el apoderado del ejecutante no tiene la facultad expresa de recibir sumas de dinero	65
- Vulnera el derecho la providencia que so pretexto de aclarar la sentencia de seguir adelante con la ejecución, modifica la tasa de interés establecida desde el mandamiento de pago	9
• DEBIDO PROCESO EN EL TRAMITE ADMINISTRATIVO DE RECONOCIMIENTO DE INSTITUCION UNIVERSITARIA	
- El CESU no vulnera el derecho de la entidad aspirante al reconocimiento cuando establece un procedimiento especial para rendir concepto al Ministerio de Educación no previsto por el Decreto 1212 de 1993	101
• DEBIDO PROCESO PENAL	
- Bajo el criterio de dar aplicación al artículo 14 del Código de Procedimiento Penal y de restablecer las cosas al estado predelictual, no pueden desconocerse normas y principios que apuntan a amparar al tercero de buena fe que, actuando de ese modo, ha adquirido un derecho no vinculado en este caso a la conducta presuntamente delictiva del procesado	22
- Si la administración de justicia en ejercicio del derecho de castigar sanciona a un infractor de la ley penal, sus familiares no tienen legitimación para invocar el quebranto de sus propios derechos	71
• DEBIDO PROCESO POLICIVO	
- La actuación del Inspector de Policía y de la Gobernación tendiente a proteger la tenencia de los predios agrarios tiene respaldo en las facultades otorgadas en el decreto 727 de 1992 sin perjuicio de la acción que se adelante ante el juez especializado por tanto, el trámite policivo objeto de tutela no vulnera el derecho al debido proceso	239
- Las decisiones de las autoridades de policía en procesos iniciados para proteger la posesión y tenencia de bienes son provisionales, ya que conforme al artículo 127 del Código Nacional de Policía, estas medidas se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa. Por tanto, el accionante cuenta aún con medios de defensa judicial idóneos para obtener la protección de sus derechos	52

	Págs.
• DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA	
- Vulnera el derecho la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad cuando no se exponen los motivos que justifican la decisión	251
• DERECHO A LA EDUCACION	
- Si el establecimiento educativo aceptó la renovación de la matrícula a pesar del incumplimiento de obligaciones pecuniarias del estudiante, vulnera el derecho cuando transcurrido parte del año lectivo decide cancelarla	147
• DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY	
- No es procedente mediante tutela solicitar que se adopte para el caso del accionante la decisión errónea proferida en otro proceso; el error judicial no constituye fuente de derechos, ni puede erigirse en fundamento para la comisión de nuevos desaciertos	186
• DERECHO A LA PROPIEDAD	
- El tercero que adquiere un inmueble con posterioridad a la medida cautelar de registro de la demanda no puede plantear el desconocimiento de su derecho a la propiedad si la sentencia que se produce en el proceso registrado le es desfavorable	217
• DERECHO A VIVIENDA	
- El disfrute del derecho a la vivienda previsto en la Constitución y la Convención de los Derechos del Niño no debe aparejar necesariamente la propiedad sobre la misma, o la facultad de usufructuar una morada específica, ubicada dentro de cierto ámbito socioeconómico, ya que ninguna norma positiva lo consagra de ese preciso modo	244
• DERECHO AL TRABAJO	
- La desvinculación laboral producida por una reestructuración administrativa, no tiene la connotación capaz para generar una situación de daño grave o irreparable	205
- Vulnera el derecho la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad cuando no se exponen los motivos que justifican la decisión	251
• DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	
- Los sujetos procesales no pueden tener acceso a los proyectos de providencias por no tener éstos la calidad de documentos públicos	263

• DERECHO DE PETICION	
- Las entidades privadas prestadoras de servicios públicos están obligadas a proteger el derecho de petición a menos que la solicitud formulada se refiera a asuntos de interés estrictamente privado. La negativa a atender la solicitud que versa sobre actos privados de interés público general vulnera el derecho del accionante	15
- No se puede pretender que en tutela se obligue a la autoridad accionada a certificar hechos respecto de los cuales carece de soporte documental	227
• DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION	
- Diferencia con el concepto de arbitrariedad	258
• DOCUMENTO PUBLICO	
- Los sujetos procesales no pueden tener acceso a los proyectos de providencias por no tener éstos la calidad de documentos públicos	263
E	
• EPS	
- Ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización, so pena de poner no sólo en riesgo la salud de una persona, sino también en peligro su vida, aún frente a una enfermedad definida como catastrófica o ruinosa que demanda atención médica y hospitalaria inmediata	125
- El hecho de que una persona se halle afiliada a más de una Entidad Promotora de Salud no determina, por sí solo, la pérdida de la antigüedad acumulada. La EPS sólo podrá desafiliar a quien se encuentre en esta situación una vez adelante el trámite correspondiente	109
- La pérdida de antigüedad acumulada por incurrir en la conducta descrita en el artículo 58 del decreto 806 de 1998 se refiere sólo al afiliado no puede hacerse extensiva al beneficiario. En consecuencia, es errado el entender dado por la EPS a la norma	294
- Para los beneficiarios del régimen de los Seguros Sociales obligatorios, la ley contempla expresamente la posibilidad del reconocimiento y pago, dentro de ciertas limitantes, de los servicios de salud prestados en el exterior. La falta de regulación por la entidad no constituye justa causa para negar la prestación de este servicio	109
- Si una prestación de salud no se encuentra en el POS a cargo de una EPS y en cambio puede estimarse como una obligación	

	Págs.
de asistencia pública que debe prestar el Estado, Ministerio de Salud, con cargo al Fondo de solidaridad y garantía, en la subcuenta de promoción de salud o lo destinado al efecto, la entidad estaría llamada a repetir contra éste, no como una petición del demandante sino como una consecuencia obligada de los principios de justicia e igualdad	119
F	
- FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS EN SALUD	
- El reaseguro a que se refiere la ley 100 de 1993 en su artículo 162 parágrafo 4° no puede emplearse cuando se trata de reasegurar los valores que para la atención de enfermedades de 'alto costo' sean de cargo del afiliado, o del beneficiario o, como en este caso, del Estado: la Sala no respalda el argumento planteado en este sentido por el Ministerio de Salud	288
I	
- IMPEDIMENTO EN TUTELA	
- La convicción íntima del magistrado que se declara impedido se debe considerar como prueba de hechos históricos de los que no ha quedado registro	77
- INCIDENTE DE DESACATO	
- El demandante en tutela está facultado para desistir del incidente	75
L	
- LEGITIMACION POR ACTIVA	
- El socio no está legitimado para presentar acciones de tutela en nombre de la sociedad	168
- LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA	
- La acción que pretende la orden a un notario para que eleve contrato a escritura pública debe presentarse por todos los intervinientes en el negocio jurídico; es incompleta la legitimación cuando la tutela se presenta sólo por una de las partes	191
M	
- MECANISMO TRANSITORIO	
- La procedencia del amparo como mecanismo transitorio a pesar de existir medios de defensa judicial (Corte Constitucional	

	Págs.
SU 039 de 1997) está supeditada a la existencia de perjuicios irreparables. La demora de los procesos laborales no es argumento válido para desestimar este medio de defensa judicial ...	205
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL	
- Análisis de la improcedencia del recurso de queja y del amparo de pobreza, como medios eficaces de defensa	310
- La procedencia del amparo como mecanismo transitorio a pesar de existir medios de defensa judicial (Corte Constitucional SU 039 de 1997) está supeditada a la existencia de perjuicios irreparables. La demora de los procesos laborales no es argumento válido para desestimar este medio de defensa judicial	205
N	
NULIDAD EN TUTELA	
- Hay nulidad en la actuación cuando juez distinto al civil del circuito resuelve la demanda que se dirige, entre otros, contra medios de comunicación; prevalece su competencia respecto de la entidad oficial también accionada.....	132
P	
PERJUICIO IRREMEDIABLE	
- La desvinculación laboral producida por una reestructuración administrativa, no tiene la connotación capaz para generar una situación de daño grave o irreparable	205
POSESION	
- Las decisiones de las autoridades de policía en procesos iniciados para proteger la posesión y tenencia de bienes son provisionales, ya que conforme al artículo 127 del Código Nacional de Policía, estas medidas se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa. Por tanto, el accionante cuenta aún con <i>medios de defensa judicial</i> idóneos para obtener la protección de sus derechos	52
R	
RECURSO DE CASACION	
- La Corte no puede, sin incurrir en un desafuero, cambiar la acusación, elaborar un cargo adecuado, o simplemente casar la sentencia por considerarla inadecuada o estimarla ilegal, asumiendo poderes que, no sólo no le otorga la ley, sino que esta le prohíbe arrogarse. La pretensión del accionante de tutela en este sentido es improcedente	168

Págs.

REGIMEN PENSIONAL

- Cuando los archivos de tiempo de servicio o de salario de un trabajador hayan desaparecido o los existentes no sean suficientes, es admisible acudir a cualquier otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente (artículo 264 inciso 2° del Código Sustantivo del Trabajo), la acción de tutela es un mecanismo residual no sustitutivo 227

S

SEGURIDAD SOCIAL

- Ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización, so pena de poner no sólo en riesgo la salud de una persona, sino también en peligro su vida, aun frente a una enfermedad definida como catastrófica o ruinosa que demanda atención médica y hospitalaria inmediata 125
- Demostrado que la falta de suministro de medicamento solicitado por la accionante no implica un riesgo inminente para su vida, la EPS sólo está obligada a la cobertura señalada tanto en Ley 100 de 1993 como en el Decreto 806 de 1998. Por tanto, si el medicamento no forma parte del POS la negativa a suministrarlo no puede considerarse arbitraria, en especial, si el Comité técnico científico estableció que el peticionario no se encuentra en alguna de las circunstancias que establece el artículo 8° del acuerdo 83 del Ministerio de Salud 36
- El hecho de que una persona se halle afiliada a más de una Entidad Promotora de Salud no determina, por sí solo, la pérdida de la antigüedad acumulada. La EPS sólo podrá desafiliarse a quien se encuentre en esta situación una vez adelante el trámite correspondiente 109
- El reaseguro a que se refiere la Ley 100 de 1993 en su artículo 162 parágrafo 4° no puede emplearse cuando se trata de reasegurar los valores que para la atención de enfermedades de 'alto costo' sean de cargo del afiliado, o del beneficiario o, como en este caso, del Estado; la Sala no respalda el argumento planteado en este sentido por el Ministerio de Salud 288
- La pérdida de antigüedad acumulada por incurrir en la conducta descrita en el artículo 58 del decreto 806 de 1998 se refiere sólo al afiliado no puede hacerse extensiva al beneficiario. En consecuencia, es errado el entender dado por la EPS a la norma 294
- Para los beneficiarios del régimen de los seguros sociales obligatorios, la ley contempla expresamente la posibilidad del reconocimiento y pago, dentro de ciertas limitantes, de los servicios de

Págs.

salud prestados en el exterior. La falta de regulación por la entidad no constituye justa causa para negar la prestación de este servicio

109

- Si una prestación de salud no se encuentra en el POS a cargo de una EPS y en cambio puede estimarse como una obligación de asistencia pública que debe prestar el Estado, Ministerio de Salud, con cargo al Fondo de solidaridad y garantía, en la subcuenta de promoción de salud o lo destinado al efecto, la entidad estaría llamada a repetir contra éste, no como una petición del demandante sino como una consecuencia obligada de los principios de justicia e igualdad

119

SERVICIO PÚBLICO

- Desconoce el derecho la entidad que exige para la reinstalación del servicio público la cancelación no sólo de los tres primeros meses de mora sino de aquellos en que la empresa no suspendió el servicio conforme lo impone el artículo 140 de la ley 142 de 1994. Se concede el amparo como mecanismo transitorio y se dispone la reinstalación del servicio una vez el accionante cancele los tres primeros meses de mora y sus recargos

231

INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS

PUBLICADAS

Págs.

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Vulnera el derecho la providencia que so pretexto de aclarar la sentencia de seguir adelante con la ejecución, modifica la tasa de interés establecida desde el mandamiento de pago

So pretexto de aclarar el fallo no puede el juzgador variar, de ninguna manera, lo ya decidido pues, como salta a la vista se aclara lo que es confuso, lo que ofrece motivos de perplejidad o de duda, asunto que es por completo diferente a la modificación o revocación de lo ya resuelto.

El juzgado no podía, so pretexto de enderezar el yerro en que se incurrió en el mandamiento de pago en lo tocante a los intereses decretados, proceder a la aclaración de la sentencia que dispone seguir adelante con la ejecución, por cuanto lo que en últimas se hizo, fue una indebida reforma de lo inicialmente resuelto en ella. La Sala concede el amparo por encontrar vulnerado el derecho al debido proceso del ejecutante, dispone que la sentencia se mantenga en la forma como fue proferida y advierte "(...) Lo anterior, sin perjuicio de los planteamientos que, en torno a las consideraciones sustanciales efectuadas en el proveído materia de la acción de tutela, pudiera hacer valer la parte allá ejecutada al momento de la liquidación del crédito, es decir, respecto de los intereses que originaron la aclaración solicitada por dicha parte (artículo 521 del Código de Procedimiento Civil)". Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas.

Sentencia. Fecha: julio 07 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5107 - Civil.

9

DERECHO DE PETICION: Las entidades privadas prestadoras de servicios públicos están obligadas a proteger el derecho de petición a menos que la solicitud formulada se refiera a asuntos de interés estrictamente privado. La negativa a atender la solicitud

que versa sobre actos privados de interés público general vulnera el derecho del accionante

"(...) advierte la Corte que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sean públicas o privadas (artículo 15 de la ley 142 de 1994), por el carácter público de la entidad o del servicio que prestan (...) frente a los usuarios (o beneficiarios), los suscriptores y la ciudadanía (o terceros) en general, se encuentran en una posición dominante frente a éstos (artículos 14.13, 14.33, 14.31, y 11.1 de la Ley 142 de 1994), razón por la cual están obligadas (...) a proteger el derecho fundamental de petición, aun cuando sean privadas (artículo 42, num. 1° decreto 2591 de 1991), a menos que en este último caso la petición se refiera a asuntos de interés estrictamente privado."

Los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios que no tienen el carácter estatal o administrativo se rigen por las reglas de derecho privado siempre y cuando no haya disposición especial en la ley 142 de 1994. Los actos privados específicamente regulados por esta ley son de interés público general -como las inversiones o participaciones de organismos estatales, o aquellos relacionados directamente con la prestación del servicio público domiciliario - y por tanto frente a ellos es procedente el derecho de petición. En este orden, corresponde a la empresa destinataria de la solicitud demostrar que ésta no recae sobre actos privados de interés público general, evento en el cual el interesado en obtener copias debe acudir a los mecanismos procesales previstos en el Código de Procedimiento Civil o en la normatividad especial según sea el caso.

Para el caso, la empresa no demostró que las actas de sesiones de la junta directiva celebradas durante el año de 1997, cuando su capital era oficial, son documentos reservados o de estricto interés particular ajeno a la prestación del servicio público, por tanto la negativa a atender la petición de copias de dichos documentos vulnera el derecho de petición del solicitante. La Sala confirma el amparo otorgado por el Tribunal. Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Pianetta. Sentencia. Fecha: julio 07 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5166 - Civil.

DEBIDO PROCESO PENAL: Bajo el criterio de dar aplicación al artículo 14 del Código de Procedimiento Penal y de restablecer las cosas al estado predelictual, no pueden desconocerse normas y principios que apuntan a amparar al tercero de buena fe que, actuando de ese modo, ha adquirido un derecho no vinculado en este caso a la conducta presuntamente delictiva del procesado.

"De manera que no porque á la posesión del accionante se enfrentó un título de propiedad anterior que la sometía, (...) ni porque hubiese que dar aplicación irrestricta e indefectible al artículo 14 del Código de Procedimiento Penal aún con desconocimiento de los derechos de terceros de buena fe y del propio entendimiento armónico del derecho positivo, en general, como lo dijo otro de dichos funcionarios, sino por cuanto la decisión de despojar al accionante de la posesión que según ellos tenía sobre el automotor no les competía por ser función propia de la jurisdicción civil, al estar desvinculado ese tercero del ilícito y al mediar así mismo en su favor unas pretensiones de contenido contractual, lo que determina el desconocimiento del 'debido proceso legal' al actor de esta tutela, y lo que explica que las decisiones asumidas por dichos funcionarios constituyan una vía de hecho judicial, como quiera que resultan abiertamente contrarias a los artículos 29, 58 y 83 de la Constitución Política, desconocen los artículos 768, 769 y 947 del Código de Procedimiento Civil y contienen una indebida aplicación del artículo 14 del Código de Procedimiento Penal". Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: julio 14 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5136 - Civil.

22

DEBIDO PROCESO CIVIL: *No puede el juez frente a acuerdos conciliatorios de las partes limitarse a impartirles aprobación, si el convenio presentado disponía de derechos de los que no era titular la parte sino un tercero lo procedente era adoptar las medidas para que se corrigiera la fórmula en lo que fuere necesario para ahí sí, y sólo de subsanarse la anomalía, aprobarlo. El incumplimiento de esta obligación hace que la aprobación del acuerdo ilegal incurriera en el campo de las vías de hecho.*

"(...) el auto aprobatorio de la conciliación (...) emitido por el funcionario aquí vinculado, sin tener en cuenta que (...) implicaba el desconocimiento del derecho de un tercero (...) porque partió del hecho de que la señora Roldán 'dijo figurar como arrendadora', incursiona en el campo de las vías de hecho, por cuanto era su obligación, a más de velar porque el acuerdo de las partes tuviese la virtualidad de solucionar el conflicto entre ellas suscitado y de establecer que él versara sobre derechos respecto de los cuales las partes allí intervinientes pudieron disponer, estaba llamado a enterarse cabalmente sobre qué bienes versaba la conciliación; (...)

No pueden los jueces frente a acuerdos conciliatorios que sobandan el marco fijado por la Constitución Política o la ley, limitarse a impartirles aprobación, pues de poderse detectar su ilegalidad, como aquí aconteció, deben adoptar las medidas para

que las partes corrijan la fórmula en lo que se haga necesario para ahí sí, y sólo de subsanarse la anomalía, aprobarlos; en tanto ello no sea así, la conciliación definida por las partes no podrá merecer acogimiento por el funcionario ante quien ocurrió.» Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: julio 15 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5155 - Civil.

32

SEGURIDAD SOCIAL: Demostrado que la falta de suministro de medicamento solicitado por la accionante no implica un riesgo inminente para su vida, la EPS sólo está obligada a la cobertura señalada tanto en ley 100 de 1993 como en el Decreto 806 de 1998. Por tanto, si el medicamento no forma parte del POS la negativa a suministrarlo no puede considerarse arbitraria, en especial, si el Comité técnico científico estableció que el peticionario no se encuentra en alguna de las circunstancias que establece el artículo 8° del acuerdo 83 del Ministerio de Salud

1. Reiteración no está demostrado que la falta de suministro del medicamento a que se refiere la queja implique un inminente riesgo para la vida del accionante, circunstancia que constituye un obstáculo para la concesión de la tutela, porque ante tales supuestos el derecho implorado a la salud no tiene el alcance de fundamental.»

2. En este orden, la enfermedad de la accionante debe ser atendida por la EPS de conformidad con la cobertura señalada tanto en la Ley 100 de 1993 como en el Decreto 806 de 1998 y, en punto de medicamentos, de acuerdo con el listado de los autorizados por el Acuerdo 83 de 23 de diciembre de 1997. Si el medicamento formulado por el médico tratante no forma parte del POS puede afirmarse que la EPS no está obligada a suministrarlo y que, por tanto, su negativa corresponde a una determinación legítima, que no habilita la operancia de la tutela.

3. Tampoco se encuentra la peticionaria en alguna de las circunstancias que establece el artículo 8° del precitado acuerdo 83 del Ministerio de Salud para obtener el suministro de medicamentos no incluidos en el manual, tal y como lo decidiera el Comité técnico científico. Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: julio 16 de 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5149 - Civil.

36

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: El funcionario accionado incurrió en una vía de hecho al fijar alimentos provisionales con base en un documento que carece de fuerza legal para acreditar el vínculo entre alimentante y alimentario, por no reunir los requisitos establecidos en el decreto 1260 de 1970, artículo 102. Es requisito indispensable para decretar tal medida el que se encuentre plenamente acreditado el parentesco del cual

emerge el deber de asistencia familiar, parentesco cuya constatación no es asunto que la ley haya dejado al parecer individual de cada juez.

"En los procesos de alimentos de menores regulados por el Decreto 2737 de 1989, se establece claramente, en el artículo 148, que el juez podrá ordenar que se suministren alimentos provisionales desde la admisión de la demanda a solicitud de parte o de oficio, si con ésta aparece prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado y de la existencia de la obligación alimentaria, de suerte que (...) ninguna duda existe de que es requisito indispensable para decretar tal medida el que se encuentre plenamente acreditado el parentesco del cual emerge el deber de asistencia familiar que tiene expresión concreta en la obligación señalada, parentesco cuya constatación no es asunto que la ley haya dejado al parecer individual de cada juez.

(...)

Y respecto al valor probatorio de la inscripción en el registro civil, el mismo decreto 1260 de 1970 en su artículo 102 señala que la inscripción en el registro del estado civil será válida siempre que se haga con el lleno de los requisitos de ley, mientras que el artículo 103 ibidem establece que se presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil, y en consecuencia con todo ello, en el artículo 106 se dispone que ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro hacen fe en el proceso ni ante ninguna autoridad, empicado o funcionario público, si no se ha inscrito en la respectiva oficina conforme a lo dispuesto en la presente ordenación. (...) Existe evidencia incontrastable de que el funcionario accionado incurrió en una vía de hecho, no sólo al fijar alimentos provisionales con base en un documento que a la luz de las disposiciones indicadas carece de fuerza legal para acreditar el vínculo entre alimentante y alimentario, sino también al negarse persistentemente a aceptar los medios legales utilizados por el accionante para descalificar el valor probatorio de dicho documento (...)" Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: julio 28 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5183 - Civil.

43

ACTUACION TEMERARIA: No hay identidad jurídica de partes cuando en tutela anterior el apoderado de los aquí accionantes actuó en su propio nombre y no como representante de su poderdantes. / **DEBIDO PROCESO POLICIVO; POSESION:** las decisiones de las autoridades de policía en procesos iniciados para proteger la posesión y tenencia de bienes son provisionales, ya

que conforme al artículo 127 del Código Nacional de Policía, estas medidas se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa. Por tanto, el accionante cuenta aún con medios de defensa judicial idóneos para obtener la protección de sus derechos.

1. "(...) Acreditado en autos que el abogado (...) presentó el año pasado otra acción de tutela contra el inspector accionado y por idénticos hechos y derechos (...) si bien el aludido profesional era a la sazón (...) apoderado de los aquí actores, no presentó la solicitud constitucional como representante judicial de ellos, puesto que no tenía apoderamiento para esos fines, sino que actuó en forma personal, lo cual es tan cierto que solo a él como parte accionante se le notificaron las providencias y decisiones emitidas en esa pretérita acción (...). Así, pese a la coincidencia de hechos y derechos, se observa que los proponentes de las distintas acciones de tutela no son los mismos, vale decir, que no hay una identidad jurídica de partes, de donde aflora que no puede estructurarse la temeridad que el tribunal encontró acreditada (...)"

2. "(...) Si los peticionarios consideran que de acuerdo con la ley tienen un mejor derecho a poseer el bien del que fueron desalojados, han tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias, idóneas para que de nuevo ventilen esos aspectos, pues bien sabido es que las decisiones de las autoridades de policía en procesos como el revisado son provisionales, ya que conforme al artículo 127 del Código Nacional de Policía "Las medidas de policía para proteger la posesión y tenencia de bienes se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa." Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: julio 28 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5193 - Civil. ...

52

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: El numeral 3° del artículo 391 del Código de Procedimiento Civil no puede interpretarse en detrimento de las cautelas que en aplicación del numeral 2° del mismo artículo se hubieren perfeccionado en otros procesos, son las medidas vigentes las que se deben mantener con posterioridad a la sentencia de separación de bienes. / **DEBIDO PROCESO EJECUTIVO:** la sentencia que ordena el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal en proceso de separación no trae consigo la pérdida de competencia del juez que adelante proceso ejecutivo donde alguno de los cónyuges sea demandada. El decreto de remate en este último no puede calificarse como violatorio del derecho al debido proceso.

1. "En relación con la tesis de que el juez cognoscente del proceso ejecutivo pierde su competencia para seguir conociendo del mismo, en virtud del proferimiento de sentencia favorable a la demandante en el de separación de bienes y del adelantamiento

del trámite liquidatorio de la sociedad conyugal, propugnada por la accionante, ha de observarse que constituye un despropósito, de un lado, porque la ley de enjuiciamiento civil que gobierna el trámite de la liquidación, no contempla semejante causal de alteración de la competencia y, de otro, porque el mismo artículo 691 (...), permite que el juez civil remate el bien objeto de la cautela y pague con su producto el crédito del demandante, como también le impone remitir el remanente (...) al juzgado que había embargado previamente el bien en el proceso de nulidad del matrimonio, o de divorcio o, de separaciones de bienes, según el caso, si no hubiera sido sujetado a medida semejante en otras ejecuciones."

2. El artículo 691 en la regla 3ª refiere a "(...) medidas cautelares vigentes en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio o separación de bienes, al momento en que cobre ejecutoria la sentencia que acoja una de tales pretensiones, pues ello conlleva la liquidación de la sociedad conyugal mediante trámite que debe seguirse en el mismo expediente en que se pronuncie el respectivo fallo (artículo 626, *ibidem*).

De donde, si la cautela decretada en tales procesos se levanta con ocasión de haberse perfeccionado una similar en un proceso ejecutivo, en las circunstancias previstas en la regla 2ª ya reseñada, como aquí aconteció, mal podría el juez de familia 'reasumir' (sic) la medida, como lo pregonaba la peticionaria, en el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal.» Magistrado Pimentel Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: julio 28 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5212 - Civil.

58

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Vulnera el derecho el juez que decreta la terminación del proceso sin tener en cuenta que el apoderado del ejecutante no tiene la facultad expresa de recibir sumas de dinero.

1. "(...) al haber ignorado el juzgado que el mandatario judicial solicitante de la terminación del proceso por pago de la obligación, no estaba investido de la facultad de recibir, como clara y objetivamente emergía del informativo, a pesar de que la importancia de la determinación ameritaba parar minutos en ello, contrarió abiertamente el artículo 537 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez solo puede declarar terminado el proceso en esos eventos cuando se le presente '...escrito auténtico proveniente del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir, que acredite el pago de la obligación cobrada y las costas...'

Y es que resulta necesario señalar que esos casos, en que está en juego la extinción del derecho debatido o reclamado en el pro

ceso, el juez debe proceder en forma prudente y razonable a apreciar los elementos de juicio exigidos por la ley para tales efectos, pues de lo contrario desacata las formas propias de cada juicio, esto es, las reglas del debido proceso, cuyos preceptos de orden público se han instituido para la defensa del derecho material." Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: julio 29 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5179 - Civil.

65

DEBIDO PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO DE TUTELA: Si la administración de justicia en ejercicio del derecho de castigar sanciona a un infractor de la ley penal, sus familiares no tienen legitimación para invocar el quebranto de sus propios derechos

"Si (...) la administración de justicia en ejercicio del derecho de castigar (...) sanciona a un infractor de la ley penal, sus familiares no tienen legitimación para invocar el quebranto de sus propios derechos, puesto que la decisión judicial punitiva, como es bien conocido, tiene efectos personales sobre el afectado; sin que tampoco sea de recibo el argumento sobre el consecuente abandono del reo de sus obligaciones familiares, porque en tales supuestos el interés público inherente al orden social resquebrajado con el comportamiento antijurídico juzgado, debe prevalecer sobre esos aspectos, aserto que permite encontrar la frustración del amparo constitucional peticionado." Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: julio 31 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5213 - Civil.

71

INCIDENTE DE DESACATO: El demandante en tutela está facultado para desistir del incidente

"[...] como quiera que el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 consagra la facultad, en favor del demandante en tutela, de desistir de su acción, principio que, se entiende, es aplicable a las demás cuestiones concernientes con este especial medio de defensa, entre ellas lo tocante con el cumplimiento de los fallos que en asuntos de este linaje se proferan, y apreciándose, de otra parte, que el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil autoriza el desistimiento de los recursos interpuestos, y de los incidentes..." por parte de quien los haya promovido, norma aplicable al caso por el mandato del artículo 4° del Decreto 306 de 1992, se concluye que procede la aceptación del desistimiento del incidente presentado por el accionante; decisión que adoptará la Corte acogiendo el principio de economía procesal, al apartarse del criterio relativo a la falta de competencia funcional esgrimido por el a quo, que no comparte por no ser consonante con las previsiones consagradas al efecto por el inciso 2° del citado artículo 344 de la ley de enjuiciamiento civil." Magistrado Ponente Doc-

tor Nicolás Bechara Simancas. Auto. Fecha: agosto 06 de 1998.
Decisión: Acepta Desistimiento. Proceso 5256 - Civil.

75

IMPEDIMENTO EN TUTELA: La convicción íntima del magistrado que se declara impedido se debe considerar como prueba de hechos históricos de los que no ha quedado registro

"Es sabido que la convicción íntima es en la mayoría de los casos la única prueba con que cuenta el juez que debe considerar un impedimento fundamentado en hechos históricos de los que no queda registro, como es el caso de las opiniones verbales, los consejos, etc. Así, el magistrado que se sabe impedido termina siendo el único sabedor de la incidencia de sus ideas y criterios preconcebidos en las resultas del proceso."

En el presente caso, se observa en el expediente que la Superintendencia Bancaria, por la época en que manifiesta el Magistrado que emitió su concepto, conoció, averiguó y conceptuó sobre variados aspectos que tocan con lo que fue objeto de decisión en el fallo objeto de estudio mediante tutela. En consecuencia, se acepta el impedimento. Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Auto. Fecha: agosto 11 de 1998. Decisión: Acepta Impedimento. Proceso 5228 - Civil.

77

DECENIO PROCESO DE SUCESION: El juez que no atiende la petición que solicita se precise la Notaría en la cual se protocolizó el expediente, con base en que el mismo está en poder del abogado de las partes, vulnera el derecho al debido proceso del solicitante. El artículo 611 inciso 2°, numeral 7° del Código de Procedimiento Civil es aplicable, a pesar de ser norma posterior a la sentencia, a efectos de que el juez pueda obtener información requerida por terceros interesados.

La Sala concede la tutela ante la omisión del juez acconado en resolver la solicitud de expedición de copias de un expediente entregado al abogado de las partes para su protocolización "(...) con la orden consecuente para el juzgado (...) proceda a recurrir al profesional en mención, o a sus representados - allí sucesores -, en aras de que informen en qué Notaría se protocolizó el expediente del aludido sucesorio, con miras a que ese hecho sea conocido por el despacho judicial y pueda así dar las informaciones pertinentes a los terceros con eventual interés en ellos, todo de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2°, numeral 7, artículo 611 del Código de Procedimiento Civil, preceptiva que si bien fue introducida por la reforma del Decreto 2282 de 1989 y, por lo tanto, es posterior, de todas maneras debe aplicarse para este caso a efectos de que al peticionario se le pueda dar cabalmente la información que requiere, pues solo así se hacen realidad los postulados constitucionales de primacía y efectividad de

los derechos superiores de la persona.» Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: agosto 18 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5258 - Civil.

79

DEBIDO PROCESO CIVIL: *Vulnera el derecho el juez que en proceso de declaración de bien mostrenco de títulos valores de contenido crediticio ordena a la entidad demandada pagar al ICBF el capital más los intereses capitalizados. Al proferir la condena se dejó a la entidad bancaria sin posibilidad de oponer todas las excepciones que a bien tuviera y no sólo aquellas permitidas cuando el título ejecutivo es una sentencia (artículo 509 del Código de Procedimiento Civil).*

"En relación con la segunda sección de la sentencia proferida por el Tribunal accionado, atinente a la orden al Banco (...) de pagar al ICBF (...) dentro de los cinco días siguientes, la suma de (...), más intereses, debe afirmarse sin ambages que violó el derecho de defensa y contradicción, el debido proceso y la igualdad de las partes, pues con tal decisión el Tribunal desnaturalizó el objeto concreto de la acción declarativa, consistente en obtener que el órgano judicial declare un derecho o relación jurídica; y así se diga que en algunos procesos declarativos puede y debe el juez proferir no sólo la declaración del derecho sino la condena, es lo cierto que en el presente caso el Tribunal sólo podía declarar los bienes como mostrencos y modificar la relación jurídica que pudiere existir en esos bienes, declarando que pertenecían ellos al ICBF (...), proceso que doctrinalmente corresponde al concepto del proceso de declaración constitutiva. Pero al proferir la condena referida dejó al Banco sin posibilidad de oponer todas las excepciones que a bien tuviera y no sólo aquellas permitidas cuando el título ejecutivo es una sentencia (artículo 509 del Código de Procedimiento Civil)." Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: agosto 20 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5228 - Civil.

84

DEBIDO PROCESO EN EL TRAMITE ADMINISTRATIVO DE RECONOCIMIENTO DE INSTITUCION UNIVERSITARIA: *El CESU no vulnera el derecho de la entidad aspirante al reconocimiento cuando establece un procedimiento especial para rendir concepto al Ministerio de Educación no previsto por el Decreto 1212 de 1993*

Del artículo 20 de la ley 30 de 1992 y el Decreto 1212 de 1993, artículos 1° y 2° "(...) se desprende (...) que el legislador asignó al Consejo Nacional de Educación Superior el deber de emitir para ante el Ministro de Educación Nacional el concepto previo y favorable sobre el acreditamiento de los requisitos que la misma ley señala a efecto de que una institución sea reconocida como

universidad, y que, en verdad, en la reglamentación expedida que se contrae a las previsiones del indicado artículo 2º del Decreto 1212 de 1993, no se señaló procedimiento alguno para la emisión de dicho concepto previo.

Con tal base, debe entenderse que, por tanto, las determinaciones adoptadas por el mencionado Consejo en punto a la designación de un ponente y de un par académico entre sus miembros para que presidan la gestión de comprobación de los requisitos, que ellos puedan practicar visitas para la verificación de esas exigencias, o la creación de una 'comisión Académica Consultiva para apoyar al Consejo Nacional (...)', no se muestran, en lo que toca con la acción de tutela que se examina, abiertamente contrarias a Carta Política y a las normas atrás relacionadas(...).

"Si el (...) CESU tiene a su cargo emitir concepto previo y favorable para que pueda otorgarse por el Ministro de Educación Nacional el reconocimiento de una institución universitaria, y si además para que ese concepto pueda ser emitido es necesario que medie un procedimiento de constatación de requisitos, no resulta alejado de la lógica y menos violatorio de derecho fundamental de una universidad que haya solicitado su aprobación oficial, el que dicho Consejo reglamente en su interior cómo ha de cumplir esa misión de verificación que ha de permitirle luego conceptuar en orden a la decisión que ha de adoptar el Ministro de Educación Nacional, porque en desarrollo de esa alta misión institucional no puede ser, así se desprende del espíritu de la ley, un convidado de piedra a quien sólo le corresponde una labor mecánica, ciega o automática." Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: agosto 25 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Corrige Sentencia. Proceso 5239 - Civil.

101

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: 1. El hecho de que una persona se halle afiliada a más de una Entidad Promotora de Salud no determina, por sí solo, la pérdida de la antigüedad acumulada. La EPS sólo podrá desafiliar a quien se encuentre en esta situación una vez agotado el trámite correspondiente. 2. Para los beneficiarios del régimen de los seguros sociales obligatorios, la ley contempla expresamente la posibilidad del reconocimiento y pago, dentro de ciertas limitantes, de los servicios de salud prestados en el exterior. La falta de regulación por la entidad no constituye justa excusa para negar la prestación de estos servicios.

"El hecho de que una persona se halle afiliada a más de una Entidad Promotora de Salud no determina, por sí solo, la pérdida de la antigüedad acumulada, pues el artículo 49 del precitado decreto (806 de 1998) exige a tal fin que dichas entidades cance-

len 'una o varias afiliaciones, dando aplicación a las reglas establecidas para tal efecto en el artículo siguiente, previo aviso al afiliado'.

En consecuencia, es indispensable para los citados efectos, que se produzca un acto de cancelación de la afiliación o afiliaciones múltiples, como también que se dé aviso previo al afiliado, a efectos de que este pueda ejercer sus derechos de defensa frente a dicha determinación.» (paréntesis se anexó al texto) Si tales requisitos no se han cumplido la accionante aún se encuentra afiliada a la EPS, dentro del sistema del Régimen contributivo y "(...) por ende, como se ampara en tal vinculación para solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados, y ha cotizado más de 100 semanas, le corresponderá a dicha empresa y sólo a ella, garantizarle la totalidad del tratamiento requerido con urgencia para conservar la vida de la accionante (...)"

2. "(...) para los beneficiarios del régimen de los seguros sociales obligatorios, la ley contempla expresamente la posibilidad del reconocimiento y pago, dentro de ciertas limitantes, de los servicios de salud prestados en el exterior, en el caso de un 'procedimiento médico que no se practique en el país y que de su aplicación se espere un beneficio significativo para la salud del paciente' [decreto 237 de 1989, modificatorio del artículo 2° del decreto 1307 de 1988]."

La Sala ordena a la EPS que asuma los costos ordinarios que demande el trasplante requerido por la petente. "Para ello podrá tomarse como guía la regulación que al respecto contiene el Decreto 237 de 1989, si es que en verdad 'Salud Colmena' no cuenta con una reglamentación sobre tratamientos en el exterior." Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugelcs. Sentencia. Fecha: agosto 25 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Proceso 5249 - Civil.

109

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: Si una prestación de salud no se encuentra en el POS a cargo de una EPS y en cambio puede estimarse como una obligación de asistencia pública que debe prestar el Estado, Ministerio de Salud, con cargo al Fondo de solidaridad y garantía, en la subcuenta de promoción de salud o lo destinado al efecto, la entidad estaría llamada a repetir contra éste, no como una petición del demandante sino como una consecuencia obligada de los principios de justicia e igualdad.

Si una prestación de salud no se encuentra en el POS a cargo de una EPS y en cambio puede estimarse como una obligación de asistencia pública que debe prestar el Estado, Ministerio de Salud, con cargo al Fondo de solidaridad y garantía, en la subcuenta de promoción de salud o lo destinado al efecto, la entidad estaría llamada a repetir contra éste, no como una peti-

ción del demandante sino como una consecuencia obligada de los principios de justicia e igualdad a que alude la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, de acuerdo con la acreditación y la reglamentación que sea del caso.

Ante la gravedad de la enfermedad del menor, la Sala confirma la tutela que ampara su derecho a la salud y en consecuencia ordena a la EPS que cese su abstención y atienda la recomendación de cambio de tratamiento médico. Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Planetja. Sentencia. Fecha: agosto 27 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5291 - Civil.

119

EPS, SEGURIDAD SOCIAL: *Ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización, so pena de poner no sólo en riesgo la salud de una persona, sino también en peligro su vida, aún frente a una enfermedad definida como catastrófica o ruinosa que demanda atención médica y hospitalaria inmediata.*

La prestación del servicio de salud por parte de las EPS no es ilimitado está sujeto a ciertas restricciones, como la señalada en el artículo 164, inciso 2° de la ley 100 de 1993 y en el decreto 806 de 1998, artículo 61.

Desde luego, la limitación no es absoluta. «En los casos de 'urgencias', el artículo 168 de la citada ley, obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado a prestar los servicios médicos correspondientes, a todas las personas, independientemente de su capacidad de pago, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, según el caso, como así lo ratifica el artículo 62 del susodicho decreto, al decir que la 'atención inicial de urgencia', entre otros eventos, será inmediata, sin que haya lugar al sometimiento de períodos de espera.» Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: agosto 28 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5271 - Civil. ..

125

COMPETENCIA POR FACTOR SUBJETIVO, NULIDAD EN TUTELA: *Hay nulidad en la actuación cuando juez distinto al civil del circuito resuelve la demanda que se dirige, entre otros, contra medios de comunicación; prevalece su competencia respecto de la entidad oficial también accionada.*

"[...] estando claro que el derecho cuya protección aquí se deprecia es el de la información, al comprender la queja entre sus accionados a dos medios de comunicación, uno televisivo y otro escrito, se colige que la competencia para conocer en primera instancia de la solicitud de tutela estaba y está radicada única y exclusivamente en los juzgados civiles del circuito (...) y no en el Tribunal Superior (...).

De otra parte, si bien es cierto que la especial competencia atribuida a los jueces civiles del circuito en la norma que se deja comentada (artículo 37 Decreto 2591 de 1991) no comprende, en el caso *sub lite*, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, se considera que tal eventualidad no es obstáculo para colegir, como se dejó atrás consignado, que el conocimiento en primera instancia de este asunto de tutela corresponde solamente a esa jerarquía de jueces, pues por atracción, dicha autoridad resulta igualmente competente para asumir el trámite y decisión de la presente demanda de amparo, en lo que toca con la mencionada entidad oficial.

Apoyada en las apreciaciones anteriores, la Corte se abstendrá de decidir en el fondo el asunto controvertido, por lo que, en acatamiento del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil y en desarrollo de la causal 2ª del artículo 140 de la misma obra, declarará nulo lo actuado (...) y dispondrá remitir el expediente a los juzgados civiles del circuito de la ciudad para que, previo reparto que deberá efectuar la Oficina Judicial, asuman el conocimiento y tramitación de este caso de tutela.» (paréntesis se anexó al texto) Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Auto. Fecha: agosto 31 de 1998. Decisión: Declara Nulidad. Remite. Proceso 5280 -Civil.

132

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA: Si el agenciado ha sido notificado personalmente de la sentencia de primera instancia, el agente carece de legitimación para impugnarla

"En el trámite constitucional de tutela, el hecho de que el presunto perjudicado por la acción u omisión del Estado o del particular en los casos específicos señalados por la ley, comparezca al proceso, señala la culminación de la actuación del agente, debido a que el interesado lo desplaza, al desaparecer las condiciones señaladas en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Por tanto (el agente) (...) una vez notificada personalmente su hermana de la sentencia del Tribunal y estando en condiciones de promover su propia defensa, como se desprende del memorial presentado, perdió la legitimación para actuar, lo que hace inoperante la impugnación presentada.» (paréntesis se anexó al texto) Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: septiembre 08 de 1998. Decisión: Confirma.

Concede Tutela Parcial. Proceso 5285 -Civil.

135

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO CONTRA ABOGADO: La decisión de rechazar el recurso de apelación contra el auto que abre pliego de cargos al investigado tiene respaldo en el artículo 73 del Decreto 196 de 1971. El recurso de súplica es extraño a los procesos disciplinarios, la acción de tutela es improcedente.

El artículo 202 del Código de Procedimiento Penal no es aplicable cuando se abre pliego de cargos al investigado, el artículo 73 del Decreto 196 de 1971 es norma especial aplicable al trámite disciplinario que investiga la conducta de abogados.

El recurso de súplica es extraño al procedimiento que se aplica en la jurisdicción disciplinaria, tratándose de investigaciones a abogados y funcionarios judiciales, a tanto que al no estar previsto en el Decreto 196 de 1971, se aplica por remisión del artículo 90 de tal estatuto, el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal que consagra el recurso de hecho. Así al ser manifiestamente improcedente la súplica, su interposición implica dilación manifiesta del proceso, por lo que bien podía rechazarse de plano como hizo el funcionario accionado, esto en aplicación analógica del artículo 38-2 del Código de Procedimiento Civil. Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: septiembre 08 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5316 - Civil.

140

DERECHO A LA EDUCACION: Si el establecimiento educativo aceptó la renovación de la matrícula a pesar del incumplimiento de obligaciones pecuniarias del estudiante, vulnera el derecho cuando transcurrido parte del año lectivo decide cancelarla

"[...] si bien los reglamentos dicen que el colegio (...) es un establecimiento privado sin ánimo de lucro, que se sostiene con el recaudo de las pensiones, lo cierto es que, de un lado, el accionado exoneró la aplicación en el asunto de interés económico privado, que ahora no puede retractarse sin consentimiento del beneficiario; y, del otro, porque la actitud de impedir a las alumnas (...) el ingreso al mencionado centro educativo para proseguir sus clases en el presente año lectivo no obedece a ninguna sanción y, en caso de estimarlo así, habría de considerarse adoptado con violación del derecho al debido proceso." Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Pianetta. Sentencia. Fecha: septiembre 08 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5335 - Civil.

147

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: No es procedente la tutela para obtener la terminación del proceso con base en una decisión penal que, desconociendo el restringido alcance del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, dispone la cancelación del cheque que es base de cobro coactivo ante la autoridad accionada

El artículo 61 del Código de Procedimiento Penal es una norma eminentemente sancionatoria "(...) y, por ende, de interpretación restringida, su aplicación debe sujetarse a los únicos eventos que ella expresamente consagra y que, consecuentemente, para el caso de los títulos valores, la cancelación que autoriza

sólo puede recaer en cuanto el registro de aquellos 'sujetos a esa formalidad', característica que no es predicable de los cheques.. Siguese, entonces, que con base en tal precepto, no podía la respectiva autoridad penal disponer, como lo hizo, la cancelación del cheque materia de la cobranza ejecutiva y, menos, que ese asunto judicial terminara, circunstancia que por sí hace imposible atender la queja de la actora en tutela para que se provea sobre la terminación del proceso ejecutivo en cuestión y sobre el destrabamiento cautelar de sus bienes, ni siquiera entendida la demanda de amparo como mecanismo transitorio, más cuando aquí no aparece acreditada la causación para ella de un perjuicio irremediable, tal y como lo exige el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991." Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: septiembre 09 de 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5279 -Civil.

153

DEBIDO PROCESO DE CONCORDATO: Ante el incumplimiento de un concordato anterior a la expedición de la ley 222 de 1995 la normatividad aplicable es la del Decreto 350 de 1989 por tanto, la entidad accionada debería haber iniciado un incidente en el cual las partes gozarán de su derecho de defensa y prueba, su omisión genera la vulneración amparada

"(...) cuando el numeral 1° del citado artículo 237 de la ley 222 de 1995 dice que esta ley se aplica inmediatamente, no se refiere a todo el fenómeno del incumplimiento concordatario y al efecto de la terminación, sino que solamente se refiere a esta última consecuencia. Pues dice el mencionado precepto que debe aplicarse inmediatamente la ley 222 'cuando fracase o se incumpla el concordato, en cuyo evento, en vez de quiebra se adelantará la liquidación obligatoria'. Por el contrario, dicho precepto no ordena su aplicación al fenómeno mismo del fracaso, ni a su incumplimiento, ni mucho menos a su procedimiento, sino simplemente a la consecuencia, esto es, a que no haya 'la quiebra del régimen anterior', sino la 'liquidación obligatoria' del régimen actual.

Por ello, siendo aplicable el Decreto 350 de 1989 el trámite de 'incumplimiento de un concordato anterior es el de un incidente, en el cual las partes gozan de su derecho de defensa y prueba, razón por la cual su omisión debe generar la vulneración amparada." Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Pianetta. Sentencia. Fecha: septiembre 09 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5317 -Civil.

160

LEGITIMACION POR ACTIVA: El socio no está legitimado para presentar acciones de tutela en nombre de la sociedad/**RECURSO DE CASACION:** la Corte no puede, sin incurrir en un desajuste, cam-

dictar la acusación, elaborar un cargo adecuado, o simplemente casar la sentencia por considerarla inadecuada o estimarla ilegal, asumiendo poderes que, no sólo no le otorga la ley, sino que esta le prohíbe arrogarse. La pretensión del accionante de tutela en este sentido es improcedente.

1. "(...) la sociedad es persona distinta de sus socios individualmente considerados (artículos 2079, inciso 2º, Código Civil y 98, inciso 2º Código de Comercio), que actúa por medio de sus representantes, (...) que mientras la sociedad no se liquide, ninguno de los socios, o el socio único, por cuya razón aquella se haya disuelto, puede considerar propio derecho o interés alguno de la sociedad, y que en caso extremo, por actos u omisiones de los administradores de la sociedad, un socio - que se considere perjudicado por tal comportamiento - podría actuar paralelamente o en vez de aquellos administradores, pero no *iure proprio*, sino *iure societario*, es decir, no para sí, sino para la sociedad.

Lo anterior para resaltar que, no tiene asidero pensar que el (...) (accionante) aún en el supuesto de que fuera 'propietario único de los derechos comerciales de la sociedad (...)', esté legitimado para incoar acción de tutela a causa de vulneración o amenaza de derechos fundamentales suyos por obra de sentencias judiciales dictadas en un proceso en que él no fue parte, sino que lo fue la sociedad de que dice haber sido siempre (...) representante, y en el que, por lo demás dio poder en tal condición."

2. El recurrente en casación debe tener "(...) un cuidado especial y un esmero lógico que rebasa el simple esclarecimiento de una violación de norma sustancial o de derecho fundamental o de comisión de una 'vía de hecho', como actuación suficiente para permitirle y aun imponerle al tribunal de casación que, si llega a considerar que el agravio es enorme, proceda a casar la sentencia recurrida y dictar la de reemplazo, como guardián supremo de legalidad. No es ese el sentido de la casación, y no es ese su régimen.

3. (...) al desechar los cargos por haber sido mal propuestos, esto es, por haber incurrido el casacionista en un desenfoque, al no haber correspondido su ataque a la argumentación o secuencia lógica del Tribunal, lo que hizo la Corte fue ejercer sus funciones de juez de casación, dentro del ámbito cierto de sus poderes y sujetándose, como no podía menos de hacerlo, a la disciplina normativa del recurso. La Corte no podía salirse del cerco que la recurrente le trazó con sus cargos, y si esos cargos no permitían la casación, la Corte no podía, sin incurrir en un desafuero, cambiar la acusación, elaborar un cargo adecuado, o simplemente casar la sentencia por considerarla inadecuada o estimarla ilegal, asumiendo poderes que, no sólo no le otorga la

ley, sino que esta le prohíbe arrogarse." Magistrado Ponente Doctor Fernando Hincstrosa Forero (Conjuez). Sentencia. Fecha: septiembre 11 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5238 -Civil.

168

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: Es improcedente la acción de tutela cuando, por incumplimiento de la carga prevista en el artículo 424 parágrafo 2° numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no pudo interponer los recursos procedentes contra la sentencia que no tuvo en cuenta la contestación de la demanda, a pesar del pago inicial de cánones

"[...] si (...) la parte demandada dio oportuna respuesta a la demanda y presentó la prueba del pago de las rentas cuya mora se le imputó en la demanda y las causadas hasta la fecha de presentar el escrito respectivo (...) es evidente que con dicho proceder adquirió el derecho a que su réplica y las excepciones propuestas para enervar las pretensiones de la actora fuesen tenidas en cuenta y se les imprimiese el trámite de ley, pues la posterior inobservancia de la carga impuesta por el parágrafo 2° numeral 3° del precepto premencionado, traía por consecuencia la desatención de las peticiones que formularsen encontrándose en dicha situación. sanción que en manera alguna podía extenderse a actos procesales realizados antes de incurrir en dicha omisión, condiciones en las cuales es irrefragable que el accionado incurrió en el desafuero que le enrostran los accionantes, pues sin justificación legal (...) no tuvo en cuenta su oposición [...]"

Sin embargo, no puede perderse de vista que para enmendar el desatino cometido por el juzgador, la parte afectada contaba con diversos mecanismos al interior del proceso, cuya utilización le habría permitido obtener el restablecimiento de sus derechos (...) mecanismos que si no utilizó, (...) fue por no haber dado cumplimiento a la carga impuesta por el artículo 424 parágrafo 2° numeral 3° y por contera carecer del derecho a que fuesen admitidos.

En las condiciones descritas, no se remite a duda la improcedencia de la acción incoada, pues si los recursos puestos al alcance de los demandados para ser restituidos en sus derechos no pudieron ser utilizados, fue por su propia conducta omisiva (...) luego no pueden acudir a la tutela para remediar los efectos nocivos de su propia incuria (...)" Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: septiembre 14 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5346 - Civil. ...

180

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: No es procedente mediante tutela solicitar que se adopte para el caso del accionante

la decisión errónea proferida en otro proceso; el error judicial no constituye fuente de derechos, ni puede erigirse en fundamento para la comisión de nuevos desaciertos

El accionante no puede fundamentar sus aspiraciones en "(...) la circunstancia de haberse reconocido dicho beneficio [auxilio de vehículo] a (...) trabajador de la misma empresa, en las sentencias (...) pronunciadas por el Juzgado (...) Laboral del Circuito (...) y el Tribunal Superior del Distrito (...) dentro del proceso ordinario laboral en el cual fungió como demandante, sin tener derecho a él, pues no puede perderse de vista que de conformidad con el principio establecido por el artículo 17 del Código Civil "...las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas" y por ello a los jueces les está vedado "...proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria", luego la decisión tomada dentro del proceso promovido por dicho trabajador carecía de fuerza vinculante en la definición del asunto *sub judice*, menos aún si con ella se reconoció un derecho a quien no podía beneficiarse de él, pues el error judicial no constituye fuente de derechos, ni puede erigirse en fundamento para la comisión de nuevos desaciertos." Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: septiembre 15 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5318 -Civil.

186

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA: la acción que pretende la orden a un notario para que eleve contrato a escritura pública debe presentarse por todas las intervinientes en el negocio jurídico; es incompleta la legitimación cuando la tutela se presenta sólo por una de las partes.

Si el objeto de la petición de amparo es obtener la orden para que el Notario permita que se eleve un contrato a escritura pública "(...) la tutela, al igual que dicho negocio jurídico, requiere la voluntad expresa y unánime de todos los partícipes en el pretendido acto, (...) de tal manera que al no haberse propuesto esta acción por todos los interesados se genera una legitimación incompleta, sin que sea admisible el patrocinio de los intereses de los aquí ausentes por parte de los accionantes, toda vez que no está acreditado que los primeros se encuentren imposibilitados para promover su propia defensa." La Sala confirma la decisión desestimatoria de las pretensiones. Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: septiembre 16 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5302 -Civil.

191

DEBIDO PROCESO CIVIL: el proceso ejecutivo es el medio de defensa al que puede acudir el interesado en obtener el cumplimiento de la obligación de suscribir escritura pública y entregar inmue-

ble, adquirida en audiencia de conciliación, ni la acción de tutela ni el proceso de entrega son procedentes.

"(...) bien sabido es que la conciliación en los juicios declarativos apareja la terminación del proceso, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo (artículo 101 Ley 446 de 1998, antes artículos 101, parágrafo 3 Código de Procedimiento Civil, 4 y 6 Decreto 2651 de 1991), de tal manera que en caso de renuencia de una de las partes en cumplir voluntariamente con lo acordado, es lógico que deba acudir de nuevo a la administración de justicia para la satisfacción de las prestaciones incumplidas; situación que es distinta en los trámites ejecutivos donde el proceso solo termina cuando se cumpla la obligación tal como quedó conciliado (artículo 102 Ley 446 de 1998 antes 7 Decreto 2651 de 1991).» El accionante cuenta con medios de defensa para obtener el cumplimiento de lo acordado en audiencia de conciliación, sin embargo, tratándose de la obligación de cancelar escritura de compraventa con la consecuente restitución o entrega material "(...) no es pertinente adelantar un proceso de entrega material del inmueble en forma independiente (...) con base en el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil, por ser claro, conforme al mismo artículo 501 *ibidem*. (...) que se puede acumular a la pretensión de suscripción del respectivo documento, la entrega del bien (...)". Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: septiembre 21 de 1998.

Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5319 -Civil.....

196

COMPETENCIA TERRITORIAL EN TUTELA, CONFLICTO DE COMPETENCIA: en cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de estas entidades, sin consideración al sitio donde se hubiere expedido el acto administrativo

Reiteración: "(...) dada la razón de ser de la referida acción, en cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de estas entidades, sin consideración al sitio donde se hubiere expedido el acto administrativo que dio origen a la supuesta amenaza o vulneración de los mencionados derechos, sin que pueda afirmarse que en tales casos deba coincidir ese lugar con aquel en que aquella realmente se haya concretado, o que para impetrar la acción de tutela el accionante deba trasladarse a la ciudad donde esté radicada la sede principal del accionado." Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Auto. Fecha: septiembre 21 de 1998. Decisión: Dirime Conflicto. Proceso 5383 -Civil.....

202

DERECHO AL TRABAJO, PERJUICIO IRREMEDIAL: la desvinculación laboral producida por una reestructuración administrativa, no tiene la connotación capaz para generar una situación de daño grave o irreparable / MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL.

MECANISMO TRANSITORIO: La procedencia del amparo como mecanismo transitorio a pesar de existir medios de defensa judicial (Corte Constitucional SU 039 DE 1997) está supeditada a la existencia de perjuicios irreparables. La demora de los procesos laborales no es argumento válido para desestimar este medio de defensa judicial.

1. "(...) Si bien es cierto que la doctrina constitucional en el fallo SU 039 de 1997 admitió que la tutela procede como mecanismo transitorio aun cuando el interesado dispenga de la acción contencioso administrativa, o aún a pesar de que la suspensión provisional se le haya negado en el respectivo proceso, tratase de un concepto que no debe entenderse en forma amplia, sino restringida a los casos en que las medidas protectoras de los derechos fundamentales por el juez constitucional aseguren su goce y vigencia frente a vulneraciones o amenazas que requieran una solución de '...extrema urgencia, para evitar perjuicios o situaciones irreparables'; porque de acuerdo con la misma Corte Constitucional, esta acción no es para sustituir los otros medios de defensa judicial, ni es objetivo de la justicia constitucional tomar el lugar de las demás jurisdicciones a través de una extensión ilimitada de la tutela, de tal suerte que no es de recibo el argumento atinente a la demora de los procesos laborales, ya que admitir '...una fundamentación de este tenor implicaría en la práctica el desconocimiento tanto de la existencia de otros mecanismos judiciales como de las demás jurisdicciones.' (Sentencia T-119 de 1997)" (paréntesis se anexó al texto)

2. "(...) la desvinculación laboral producida objetivamente por una reestructuración administrativa, no tiene la connotación capaz para generar una situación de daño grave o irreparable, actual o inminente, de los derechos superiores que deba ser solucionada con las medidas urgentes o impostergables propias de esta herramienta procesal." Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: septiembre 22 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5355 -Civil.

205

CADUCIDAD ADMINISTRATIVA, DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION: Los causahabientes tienen derecho a impugnar el acto que decreta la caducidad administrativa en contratos celebrados por el de cujus con la administración. Vulnera el derecho la autoridad accionada que no dio trámite a los recursos interpuestos por aquellos.

"En el contrato de arrendamiento al cual se refieren los actos administrativos controvertidos por el actor, se facultó al arrendador para declarar la caducidad administrativa del mismo, en-

tre otras causas, por la muerte del arrendatario (...). Sin embargo, de dicha prerrogativa, cuyo ejercicio efectivamente aparece la terminación del convenio y la imposibilidad de continuarlo con sus sucesores, por no existir acuerdo sobre el particular, no puede seguirse, como lo pretende el accionado, la inexistencia de persona que pueda reclamar contra tal determinación, pues no puede perderse de vista que los herederos del arrendatario, le suceden jurídicamente y ocupan su lugar como titular de derechos y sujeto de obligaciones, en tanto sean transmisibles, condición en la cual están facultados para ejercer los derechos que le correspondían en el trámite administrativo adelantado para hacer efectiva dicha potestad, como interponer los recursos legalmente admisibles, por no estar cobijados por la intransmisibilidad que pretende atribuirles el accionado, menos aun cuando a la declaración de caducidad administrativa del contrato van aunados unos efectos de carácter patrimonial (sanción del 10% del valor del contrato), de los cuales van a ser llamados a responder, en el evento de no hacerse efectivos con la garantía constituida por el causante, precisamente como sucesores de éste en las prestaciones resultantes a su cargo como consecuencia de la terminación del pacto.

Así las cosas, es irrefragable que la ausencia del requisito exigido por el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo alusivo al interés que debe asistir al recurrente, esgrimida por el accionado como puntal del rechazo de los recursos interpuestos por el actor, resulta arbitraria, carente de fundamento y por ende lesiona su derecho fundamental al debido proceso, pues merced a ella le cercena sin justificación la prerrogativa de ejercer la legítima defensa de los derechos que correspondían a quien sucede, en la actuación administrativa referida, al impedirle utilizar los medios puestos a su alcance para el efecto indicado. Magistrado Ponente: Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: septiembre 22 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5356 -Civil.

211

DERECHO A LA PROPIEDAD, DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: El tercero que adquiere un inmueble con posterioridad a la medida cautelar de registro de la demanda no puede plantear el desconocimiento de su derecho a la propiedad si la sentencia que se produce en el proceso registrado le es desfavorable

"(...) no es de recibo el argumento del inconforme en cuanto a que perdió su propiedad sin ser oído y vencido en juicio, puesto que la inscripción en el registro público inmobiliario tiene efectos de publicidad frente a terceros, como genéricamente lo consagra el artículo 44 del Decreto 1250 de 1970, entre otros y especialmente lo prevé el (...) artículo 690 del Código de Procedi-

miento Civil para los casos de inscripción de la demanda, de suerte que es inexcusable invocar desconocimiento de las anotaciones allí realizadas, por cuanto no consultar debidamente las correspondientes matrículas inmobiliarias antes de llevar a cabo negociaciones sobre bienes sujetos a registro, constituye culpa (artículo 63 Código Civil) que no puede invocarse en provecho propio, según el principio universalmente aceptado.» La actuación del juzgado de familia que mantuvo la decisión de cancelar los registros posteriores a la inscripción de la demanda no se muestra caprichosa o arbitraria. Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: septiembre 28 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5380 - Civil.

217

DEBIDO PROCESO CIVIL: La decisión que niega al rematante el reconocimiento de gastos como servicios públicos y administración del inmueble adjudicado no vulnera el derecho por cuanto no existe disposición legal que autorice reconocerlos

1. La decisión que niega al rematante el reconocimiento de gastos como servicios públicos y administración del inmueble adjudicado no es injurídica por cuanto, no existe disposición legal que autorice reconocerlos "[...] y ello encuentra explicación en el hecho de que estando secuestrado el bien, es al secuestre a quien corresponde entenderse con la administración del mismo y quien, de haber sufragado alguno, deberá rendir las cuentas respectivas al terminar su función, a efectos de que el juez les imprima el trámite necesario para su aprobación (artículos 683 y 689 Código de Procedimiento Civil); y, de otro lado, porque en relación con la misma, interpuso el recurso de reposición el que fue tramitado y decidido en debida forma. Luego, por tales aspectos la decisión no comporta vía de hecho alguna vulneratoria del derecho al debido proceso.(...)"

En la providencia objeto de tutela se explica el por qué en otros casos se tomaron decisiones distintas. "Por ende, tampoco de allí surge la vulneración del derecho a la igualdad; desde luego, a otra conclusión se llegaría si respecto del mismo acto de remate y en relación con una pluralidad de bienes subastados por distintas personas, sólo se reembolsaran, sin fundamento válido, gastos en favor de algunos de ellos y no de otros, cuando todos tenían el mismo derecho.» Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: octubre 01 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5385 - Civil.

222

DERECHO DE PETICION: No se puede pretender que en tutela se obligue a la autoridad accionada a certificar hechos respecto de los cuales carece de soporte documental/**REGIMEN PENSIONAL:** Cuando los archivos de tiempo de servicio o de salario de un tra-

hajaador hayan desaparecido o los existentes no sean suficientes, es admisible acudir a cualquier otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente (artículo 264 inciso 2° del Código Sustantivo del Trabajo), la acción de tutela es un mecanismo residual no sustitutivo.

1. "(...) existir una causa justificativa para que la respuesta se restringiera a lo certificado sin que ella colmara integralmente las expectativas del peticionario.

Mal puede, entonces, pretenderse que en sede de tutela se obligue al sujeto pasivo de la acción, a que actúe irresponsablemente certificando lo que no puede, por carecer del soporte documental respectivo. Si en contrario procediera podría incurrir en violación de la ley, y a tanto no puede llegarse para satisfacer el derecho fundamental de petición pues, como insistentemente lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la respuesta positiva no es cuestión que comprenda tal prerrogativa."

2. "(...) si como se afirma por la entidad accionada, el petente, al parecer, se hallaba afiliado a la Caja Nacional de Previsión, cuando tomó posesión del cargo para el que fue nombrado, allí debe recurrir en procura de obtener la tan anhelada información. Ahora, si tampoco pudiera obtenerla en dicha entidad, tendría expedita la vía indicada en el artículo 264 inciso 2° del Código Sustantivo del Trabajo, norma que, en defecto de una especial, podría aplicarse analógicamente, dado que a más de imponerles el deber de conservar sus archivos a las empresas obligadas al pago de pensión de jubilación, para hacer más expedita la prueba de tiempo de servicios y del salario a las personas en trance de disfrutar de aquella prestación social, establece "...Cuando los archivos hayan desaparecido o cuando no sea posible probar con ellos el tiempo de servicio o el salario, es admisible para probarlos cualquiera otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente, a solicitud del interesado y con intervención de la empresa respectiva". Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: octubre 01 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5393 -Civil.

227

SERVICIO PÚBLICO: desconoce el derecho la entidad que exige para la reinstalación del servicio público la cancelación no sólo de los tres primeros meses de mora sino de aquellas en que la empresa no suspendió el servicio conforme lo impone el artículo 140 de la ley 142 de 1994. Se concede el amparo como mecanismo transitorio y se dispone la reinstalación del servicio una vez el accionante cancele los tres primeros meses de mora y sus cargos

Cuando la Empresa prestadora de un servicio público desatende la responsabilidad que le impone el inciso segundo del artículo 140 de la ley 142 de 1994 vulnera los parámetros del derecho a la prestación del servicio público domiciliario amparado por la Carta Política. La norma consagra una regla de equilibrio contractual entre la Empresa y los usuarios (o suscriptores y responsables subsidiarios), de un lado, para que ésta obtenga y satisfaga el derecho al cobro oportuno; y del otro, para garantizar a los usuarios el derecho a obtener igualmente la prestación del servicio correspondiente. «Luego, se trata igualmente de una regla en beneficio de los propietarios - no usuarios del servicio - del inmueble, que a pesar de catalogarse como deudor solidario (artículo 130, inciso 2° ley 142 de 1994), también tienen derecho a que el servicio del cual se benefician los usuarios sean suspendidos a las tres (3) facturaciones (artículo 140 *ibidem*), a fin de no resultar afectado por el suministro voluntario adicional de la Empresa. De allí que si esta norma imperativa obliga a la Empresa a proceder a la asunción de los riesgos de no pago posterior, si bien no le impide suspender posterior y tardamente el servicio prestado en forma condescendiente y tolerada sin pago del mismo; no es menos cierto que en manera alguna puede alegar su demora o desidia, para exigir en la reinstalación de los servicios no solo el pago de las tres facturas iniciales sino también las demás posteriores. Porque estas últimas obedecen a una omisión de la suspensión imputable solo a la Empresa, cuya alegación, al ser injustificada, parece constituir en principio un abuso de su posición dominante en el contrato, prohibido expresamente por la ley (artículo 133, 23, ley 142 de 1994) (...) y por tanto, de las prescripciones constitucionales. Por ello, en tal evento debe ampararse al propietario en su derecho (...) (y disponer) la reinstalación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, cancelando únicamente la deuda causada durante las tres facturaciones iniciales, con los gastos de reinstalación o reconexión (artículos 142 y 140, (...)) y los recargos durante ese período (artículo 96 *ibidem*), en vista de que las restantes facturas obedecen a una omisión de la Empresa en su deber imperativo de suspensión. Sin embargo, dicho amparo solamente puede ser transitorio por un periodo de cuatro meses, mientras que el interesado promueva ante la jurisdicción contencioso administrativa las acciones y peticiones cautelares con relación a la existencia y cobro de las deudas correspondientes a las restantes facturas, y dicha autoridad adopte las decisiones provisionales o definitivas del caso, las que por tanto prevalecerán (artículo 8° Decreto 2591 de 1991).» Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Pianetta. Sentencia. Fecha: octubre 06 de 1998. Decisión: Revo-

ca. Concede Tutela. Proceso 5439 -Civil.

DERIDO PROCESO POLICIVO: La actuación del Inspector de Policía y de la Gobernación tendiente a proteger la tenencia de los predios agrarios tiene respaldo en las facultades otorgadas en el decreto 727 de 1992 sin perjuicio de la acción que se adelanta ante el juez especializado por tanto, el trámite policivo objeto de tutela no vulnera el derecho al debido proceso.

"Si bien es cierto que el decreto 2303 de 1989 asigna competencia a los jueces agrarios y en su defecto a los jueces civiles del circuito, para conocer de los asuntos relativos a conflictos agrícolas, entre ellos los relacionados con los lanzamientos por ocupación de hecho, también es cierto que el decreto 727 de 1992 reglamentario del anterior, faculta a las personas que explotan económicamente un predio agrario, para acudir al alcalde o al funcionario en quien éste haya delegado, para adelantar los trámites tendientes a proteger la tenencia de los predios agrarios, respecto de los cuales se hubiese privado total o parcialmente de la tenencia, sin perjuicio de la acción que realice ante el juez para que efectúe el lanzamiento por ocupación de hecho.

Por lo tanto, en el presente caso, la actuación tanto del Inspector de Policía como la del Gobernador del Departamento, descansan sobre la normatividad antes mencionada, y la decisión por aquel proferida cuenta con la debida fundamentación, lo que aleja cualquier viso de arbitrariedad o capricho, por lo que se confirmará el fallo impugnado". Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: octubre 16 de 1998. Decisión: Con firma. No Tutela. Proceso 5437 -Civil.

239

DERECHO A VIVIENDA: El disfrute del derecho a la vivienda previsto en la Constitución y la Convención de los Derechos del Niño no debe aparejar necesariamente la propiedad sobre la misma, o la facultad de usufructuar una morada específica, ubicada dentro de cierto ámbito socioeconómico, ya que ninguna norma positiva lo consagra de ese preciso modo.

Sin desconocer "(...) la importante y esencial función que cumple la vivienda en la vida humana y todas las implicaciones que ella tiene, pues es allí donde puede darse el entorno idóneo para el hogar, que es un instrumento cardinal para la satisfacción de muchas de las necesidades primarias del ser humano; lo que sobremanera interesa para la formación integral de los menores, toda vez que ellos, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12/91, deben gozar de un nivel de vida adecuado, que incluye 'la vivienda'; amén de que dentro de los recursos que hacen parte de los alimentos, a términos del precepto 133 del Código de Menor, está la 'habitación'.

Sin embargo, aún entendiendo el derecho a la vivienda desde esta perspectiva, no puede sostenerse que su disfrute debe aparejar necesariamente la propiedad sobre la misma, o la facultad de usufructuar una morada específica, ubicada dentro de cierto ámbito socioeconómico, ya que ninguna norma positiva lo consagra de ese preciso modo; debiéndose entender, entonces, que la facultad de poder disfrutar de una vivienda digna, independientemente del rango que pueda dársele a este atributo, no hace relación a un sitio concreto y dentro de determinado nivel social, sino a la posibilidad de tener el abrigo material necesario para tales efectos.

Teniendo en cuenta lo anteriormente sentado, encuéntrase que es exorbitante la petición de los menores accionantes para que el juez constitucional imponga una especie de limitación al dominio o condición de inalienabilidad al inmueble que ellos ocupan actualmente como vivienda, que se halla inventariado como activo dentro de la liquidación de la sociedad conyugal de sus progenitores [...]"

2. Reiteración "la Corte no deja pasar por alto la oportunidad para requerir a los ex cónyuges accionados (...) con el fin de que depongan las intransigencias personales, con miras a que de manera conjunta y armónica regulen todos los aspectos relacionados con el cuidado y sostenimiento económico de sus vástagos comunes, incluyendo lo relacionado con la vivienda de los mismos, ya que así lo reclaman la convivencia pacífica y los intereses superiores de éstos (...)" Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: octubre 23 de 1998.

Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5477 -Civil.

244

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA. DERECHO AL TRABAJO: vulnera el derecho la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad cuando no se exponen los motivos que justifican la decisión

Si la accionante estaba vinculada al Juzgado en provisionalidad, en un cargo que no es de libre nombramiento y remoción. "(...) ella no podía ser removida sino en la medida en que éste fuera a proveerse con una persona que hubiese superado todas las etapas del proceso de selección, o por una causa justificada, que bien puede ser una sanción disciplinaria, previo agotamiento del proceso respectivo, porque como se anotó todos los empleados de la Rama Judicial tienen derecho a permanecer en sus cargos mientras observen buena conducta, reporten un rendimiento satisfactorio, no lleguen a la edad de retiro forzoso, y no sobrevenga respecto de ellos alguna circunstancia prevista por la ley como causal de retiro, salvo, claro está, tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción.

Consecuentemente al no haberse plasmado en el decreto que declaró su insubsistencia los motivos que llevaron a la administración a adoptar esa decisión, es claro que la actora quedó en un estado de indefensión que amerita la concesión del amparo deprecado, pues si bien es cierto (...) dispone de otros medios de defensa judicial, éstos no cobran eficacia sino en la medida en que se publiquen de una manera clara las circunstancias fácticas que originaron la decisión en cuestión, porque sólo a través de su conocimiento son susceptibles de contradicción.

(...)

En virtud de lo discurrido se confirmará el fallo de primer grado, en cuanto amparó el derecho del debido proceso de la accionante, pero se revocará en lo referente a la declaratoria sin valor ni efecto del Decreto (...) emanado del Juzgado accionado, porque dicha declaración es del resorte de la jurisdicción contencioso administrativa. En su lugar se ordenará a la juez demandada que expida un acto administrativo motivado sobre el asunto en cuestión." Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: noviembre 04 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Proceso 5508 -Civil.

251

DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION: diferencia con el concepto de arbitrariedad.

"(...) el ordenamiento jurídico habilita a la administración en posición preeminente para actuar en ejercicio de potestades discrecionales, es decir atribuyéndole cierta libertad de apreciación decisiva frente a las circunstancias concurrentes en cada situación específica, libertad cuyo ejercicio no debe proscribirse a la ligera, confundiendo la discrecionalidad legítima con la arbitrariedad constitucionalmente prohibida. Lo primero encuentra cobertura adecuada en motivaciones suficientes, discutibles o no, pero congruentes en todo caso con la Constitución y el sistema de principios y valores que ella consagra, uno de ellos el que reconoce la prevalencia del interés general, mientras que lo segundo, censurable como arbitrario, o no tiene justificación respetable ninguna pues se trata simplemente de la conocida '*sit pro ratione voluntas*', o la que ofrece en apariencia permite descubrir, sin necesidad de acudir a elaboradas argumentaciones, su carácter en realidad indefinible y opuesto a la finalidad que justifica el otorgamiento de aquella potestad, circunstancias estas de visible anormalidad que no se presentan en la especie en estudio pues la solución elegida, consistente en sugerir al oficial de policía aquí accionante, amparándose en motivos legales, la reconsideración de su solicitud de retiro, amén de guardar armonía con los hechos que constituyen presupuesto de tal elección, resulta proporcionada a los fines perseguidos como

claramente lo explica el escrito de impugnación y no entraña la actitud evasiva que el Tribunal toma por demostrada pues obedeció a la aplicación objetiva de una disposición de jerarquía legal precisa y expresa, lo que de suyo excluye la concesión del amparo solicitado." Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: noviembre 10 de 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5525 -Civil. 258

DOCUMENTO PÚBLICO, DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: los sujetos procesales no pueden tener acceso a los proyectos de providencias por no tener éstos la calidad de documentos públicos

"Los proyectos de providencia, trátense de autos o sentencias, no ostentan la calidad de documentos públicos en tanto respecto de ellos falta obviamente el propósito de ser otorgados como tal, pues apenas alcanzan a ser lo que son: borradores de trabajo, y consecuentemente no corresponde a uno de aquellos a que se refiere el artículo 74 de la Constitución Política, sin que a los mismos se pueda tener acceso por los sujetos procesales" Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: noviembre 12 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Condena. Proceso 5526 -Civil. 263

DEBIDO PROCESO CIVIL: La interrupción del proceso para notificar a los herederos de la demandada no puede ser obstáculo para afectar los derechos de un tercero ajeno a la relación procesal en curso que solicita el levantamiento de una medida cautelar que le perjudica. La actitud omisiva del juez desconoce los derechos del tercero aquí accionante. La Sala pone en conocimiento de la autoridad competente la omisión en que incurrió el juez.

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: noviembre 17 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Copias. Proceso 5556 -Civil. 268

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCIÓN: La decisión judicial de no escuchar a los demandados que están en mora de cancelar los cánones adeudados, incluso después de proferida la sentencia, no constituye vicio de hecho

La Sala considera que la prohibición de escuchar a los demandados hasta tanto no cancelen el valor de los cánones adeudados, continúa vigente (después de proferida la sentencia), pues no tiene sentido que sin haber sido restituido el bien objeto del litigio, se permitiera a aquellos en perjuicio del demandante, presentar alegaciones que dilaten innecesariamente el final de la actuación. Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: noviembre 20 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5566 - Civil. 272

DEBIDO PROCESO: Es improcedente la tutela cuando no se han empleado y agotado los mecanismos defensivos que se ofrecen dentro de las actuaciones correspondientes, puesto que la razonabilidad de su proposición exige que, además de la falta de otro medio judicial de protección, se haya dado al supuesto agresor de los derechos superiores la oportunidad de rectificar los yerros que se le endilgan.

"[...] aunque el carácter subsidiario de la acción de tutela se pre-gona frente a la existencia de otro 'medio de defensa judicial', de todas maneras también cabe considerarla improcedente cuando no se han empleado y agotado los mecanismos defensivos que se ofrecen dentro de las actuaciones correspondientes, puesto que la razonabilidad de su proposición exige que, además de la falta de otro medio judicial de protección, se haya dado al supuesto agresor de los derechos superiores la oportunidad de rectificar los yerros que se le endilgan; lo que con mayor fuerza se predica respecto de los procesos disciplinarios, donde, como lo ha reiterado la doctrina de esta corporación (...), las eventuales fallas deben tratar de enmendarse primeramente a través de los dispositivos de protección que consagra el Código Disciplinario único (L.200/95), estatuto que orientó dichos trámites hacia el esquema garantista y de audiencia bilateral propio de los procedimientos judiciales, ya que de manera similar a éstos instituyó las notificaciones y comunicaciones (artículos 79, 83 y ss), recursos de instancia y alzada (artículos 96 y ss), sistema de nulidades (artículos 131 y ss), entre otras cosas.

En ese orden de ideas, se ratifica la improcedencia de la petición constitucional, porque precisamente en ejercicio de esas herramientas de auto-corrección de Irregularidades, el accionante interpuso el recurso de apelación contra la decisión sancionatoria de primera instancia, el cual si bien no es un medio de defensa judicial, como erradamente lo sostuvo el tribunal, si constituye una forma de protección al interior de la actuación que debe ser surtida sin la interferencia del juez de tutela." Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: diciembre 01 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5565 - Civil.

277

DEBIDO PROCESO CIVIL: No hay vulneración al derecho cuando el juez accionado contabiliza los términos para el pago de expensas necesarios en el trámite del recurso de apelación con fundamento en el artículo 356 incisos 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil

La manera de computar los términos para el pago de expensas necesarios a efecto de obtener la expedición de copias para tramitar el recurso de apelación no se contabiliza con base en el

artículo 120 del Código de Procedimiento Civil. Por imperativo de los ordinales 1° y 2° del artículo 10 del Código Civil, la disposición aplicable al caso planteado es el artículo 356 Incisos 4 y 5 íbidem, pues a más de ser posterior al prectado artículo 120, regula de manera especial lo concerniente con el recurso de apelación en los efectos devolutivo y diferido (la impugnación de que aquí se trata fue concedida en el efecto diferido de conformidad con el artículo 687 Num. 8 *in fine*). Luego, al no haberse aportado en ese lapso las expensas necesarias para la compulsación de las copias, la decisión adoptada por el juzgado al declarar desierto el recurso no desconoce el derecho del accionante. Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: diciembre 04 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5651 -Civil.

283

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍAS EN SALUD, SEGURIDAD SOCIAL: El reaseguro a que se refiere la ley 100 de 1993 en su artículo 162 parágrafo 4° no puede emplearse cuando se trata de reasegurar los valores que para la atención de enfermedades de 'alto costo' sean de cargo del afiliado, o del beneficiario o, como en este caso, del Estado, la Sala no respalda el argumento planteado en este sentido por el Ministerio de Salud.

En los eventos en que está en peligro la vida del paciente y éste no puede pagar la parte del valor del tratamiento equivalente al porcentaje de semanas de cotización que le falten para completar dichos periodos, la EPS accionada puede solicitar al Estado colombiano, Ministerio de Salud, a través del fondo o cuenta correspondiente, el reembolso de los gastos en que incurra por suministrar el tratamiento ordenado en esas eventualidades, en la parte no cubierta por el POS, y siempre que se den los requisitos legales para esos efectos, pues ello tiene manantial en la obligación de asistencia social que corresponde al Estado en materia de salud.

"Criterio frente al cual no son de recibo los argumentos del Ministerio de Salud en cuanto que el valor de procedimientos o medicamentos para enfermedades de alto costo no cubiertas por el (...) POS, corresponde asumirlo a la respectiva Entidad Promotora de Salud con cargo al reaseguro a que se refiere la Ley 100 de 1993 en su artículo 162, parágrafo 4°, puesto que como ya lo dejó sentado la Sala, ese reaseguro tiene aplicación para los casos en que, conforme a las normas legales que rigen el POS, los gastos de tales eventualidades sí corresponde asumirlos a la EPS, en todo o en parte, de tal suerte que resulta contrario a derecho entender que las señaladas empresas están habilitadas para reasegurar los valores que para la atención de enfermedades de 'alto costo' sean de cargo del afiliado, o

del beneficiario o, como en este caso, del Estado... y que la empresa aseguradora deba cubrir obligaciones de cargo exclusivo del último." Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: diciembre 07 de 1998.

Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5641 -Civil.

288

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: La pérdida de antigüedad acumulada por incurrir en la conducta descrita en el artículo 58 del decreto 806 de 1998 se refiere sólo al afiliado no puede hacerse extensiva al beneficiario. En consecuencia, es errado el entender dado por la EPS a la norma.

La parte introductiva del artículo 64 del Decreto 806 de 1998 fija la pérdida "(...) de la antigüedad acumulada en ella prevista (...) para los afiliados, sin que, por tanto, pueda confundirse con estos a los beneficiarios. En verdad, según el sentir de la Sala, fue el querer del legislador que los motivos previstos en los literales que componen el precepto, excepción hecha del literal a) del mismo, ocasionaran la pérdida de la antigüedad acumulada pero sólo respecto de los afiliados" (...). Siendo ello así, se concluye que fue errado por parte de (...) EPS entender que ante la violación del artículo 58 del tantas veces invocado Decreto 806 del año en curso por parte de (...) (la accionante), su señora madre, como beneficiaria de aquella perdió igualmente la antigüedad que tenía acumulada y, por lo mismo, que al figurar como beneficiaria (...) no contaba en su favor con las semanas cotizadas en el periodo que, a su vez, fue beneficiaria del POS por cuenta de aquella.

"Se sigue de lo anterior, que computado el tiempo transcurrido desde el 2 de noviembre de 1996, fecha de vinculación a la (...) EPS (...) (de la madre de la accionante) como beneficiaria del POS, a la actualidad, apreciándose que no hubo en verdad interrupción en su vinculación por el traslado que se verificó el 23 de octubre último, momento a partir del cual aparece como beneficiaria de (...) (otra hija), se obtiene un total de semanas cotizadas que supera el mínimo de cien (100) semanas que, como ya se vio, se requiere para la atención de enfermedades de alto costo, como la que padece.

Corolario de lo anterior es que (...) se reúnen a cabalidad los requisitos establecidos en la reglamentación legal reguladora del POS para merecer que la empresa accionada le preste la atención médica hospitalaria que requiere y para que ella asuma en su totalidad los costos que ese servicio cause." Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: diciembre 14 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5713 -Civil.

294

DEBIDO PROCESO CIVIL: Vulnera el derecho al juez que altera el efecto legal en que fue concedido un recurso de apelación. No se puede, pues, acudir a eventuales ocurrencias futuras para alterar el tenor literal de normas procesales claras y explícitas.

"(...) en el trámite en estudio se presentó una solicitud de nulidad que con suficientes argumentos fue negada en dos oportunidades por el Juzgado de conocimiento en decisión contra la cual se presentó el recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo, lo que implica, según los términos del artículo 354, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, que '...no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso'. En este entendido mal puede el juzgador, sin incurrir en extremo desacerto indicativo de arbitrariedad al no ser posible catalogarlo como racional derivación de la ley, aducir como sustento de su proceder argumentos de 'prudencia' para alterar el efecto legal en que fue concedido el recurso, dándole en forma inconsulta el carácter de diferido en los términos del inciso 3º del mismo artículo o, como lo sugiere el Tribunal, el suspensivo, desfigurando de paso, por obra de su propia voluntad personal, el sistema previsto en el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil para regular el efecto de los recursos de apelación respecto de providencias que declaran o niegan nulidades procesales.

No se puede, pues, acudir a eventuales ocurrencias futuras para alterar el tenor literal de normas procesales claras y explícitas y así, al acomodo de los juzgadores, aplicarlas o dejarlas de aplicar indistintamente cuando, en su concepto, se presente un 'caso excepcional' de variado origen que aconseje obrar de este modo. La eficacia suspensiva de actuaciones de previo y especial pronunciamiento en el ámbito del proceso civil, la señala la ley, y, por ende, no queda al arbitrio de los funcionarios disponer las cosas de manera distinta atendiéndose a simples conjeturas o suposiciones, convirtiendo en letra muerta disposiciones como las contenidas en los artículos 354 y 137 Num. 4º del Código de Procedimiento Civil." Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: diciembre 15 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5697 - Civil.

304

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: Vulnera el derecho al juez que exige la designación de partidor en sucesorio donde hay heredero único/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL:** análisis de la improcedencia del recurso de queja y del amparo de pobreza, como medios eficaces de defensa.

1. De la simple lectura del auto por medio del cual el juzgado accionado exige que en el sucesorio donde hay heredero único se designe partidor, se pone en evidencia que "(...) lo así decidi-

do, amén de no hallar, ni de lejos, un soporte legal, se estrella hasta con la más rudimentaria de las lógicas.

Y todo porque existe norma específica que ordena, para las sucesiones de heredero único, presentar la adjudicación de los bienes relictos (artículo 615 del Código de Procedimiento Civil), sin que en dicha preceptiva se descubra excepción alguna. Por suerte que en este caso, en donde, como se dijo, no existe más que una sola heredera reconocida, su apoderado está plenamente facultado por la ley para presentar directamente la mentada adjudicación.

Ahora. Aquello de que cabe designar partidor por ser el heredero único un menor de edad, para lo cual se aduce que sólo así se le brinda la protección que manda el artículo 13 de la Constitución Política, pasa apenas por argumento necio. Pues no se barunta de qué manera queda más protegido el incapaz, si es que el partidor que se llegare a designar no puede hacer cosa distinta a la de adjudicarle todo lo que compone el caudal relictivo inventariado."

2. "(...) reprochar al accionante por no haber interpuesto el recurso de queja ante la denegación del de apelación, es absolutamente injusto, pues la simple inspección del caso indica lo inocuo que le hubiera resultado, dado que en verdad la decisión judicial fustigada no está enlistada como apelable, ni en el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil ni en norma especial, aceptar el planteamiento del tribunal sería, entonces, estimular la práctica perniciosa de que a los recursos se ha de acudir a ultranza, así y todo sean infundados, olvidando de paso que los juzgadores por el contrario están en el deber de controlar la temeridad en el empleo de los mismos."

3. "Y asegurar que el otro medio que hubiera podido utilizarse es el de solicitar el amparo de pobreza, es suponer que en el accionante concurren todas las circunstancias que autorizan fenómeno semejante, con el agravante de que no ser así estariase instando al perjurio, por supuesto que quien acuda a él debe manifestar tal ocurrencia bajo la gravedad del juramento (artículo 161 del Código de Procedimiento Civil). Y en últimas, no se descubre que de proceder tal figura, resulte más eficaz que la tutela misma." Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: diciembre 15 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5699 -Civil.

310

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: No vulnera el derecho el ejercicio de la facultad oficiosa del juez para decretar la práctica del examen de DNA a pesar de existir prueba pericial sobre marcadores genéticos

"(...) las facultades officiosas del juez están encaminadas (...) a la obtención de la verdad como presupuesto vertebral de la sentencia, a hacer efectivo el principio de igualdad de las partes, protegiendo, además, a terceros de maniobras engañosas de las partes. Luego son visiblemente desatinadas las recriminaciones de los accionantes que se fundan en que el Juzgado (...) carecía de facultades para modificar la prueba pericial que inicialmente había ordenado, pues es lo cierto que, haciendo uso de las facultades inquisitivas que la ley puso a su disposición, y atendiendo la recomendación de la institución oficial que debía practicar la experticia, optó por ordenar el examen de DNA., cuya confiabilidad es, a ojos vistas, superior a la prueba de marcadores genéticos que podría realizarse entre los demandantes y los herederos del presunto padre, incumbiéndole, en todo caso, a los peritos determinar el nivel de seguridad y confiabilidad del examen y al juez valorarla, aspectos estos que no pueden ser cuestionados, en manera alguna, por la vía de tutela.

(...)

Así, pues, como las pruebas ordenadas contribuyen de manera significativa al esclarecimiento de la verdad, la consolidación de la justicia y la protección eficaz de los derechos fundamentales de las partes, toda vez que, si de los demandantes se trata, se hace tangible el derecho superior a establecer sus orígenes, al paso que los demandados adquieren la garantía de recibir una decisión que, apuntalada en demostraciones científicas serias y concluyentes, esté más allá de las dudas que generan los fallos fundados simplemente en las meras inferencias del legislador, deberán atenderse, asunto que por sí solo, no irrespeta o desconoce los derechos invocados por los accionantes.

Con lo dicho no se ignora en manera alguna, que el hombre, en todos los tiempos, ha experimentado un particular respeto por los restos humanos, quizás porque ellos le inspiran un profundo sentimiento piadoso en el cual se confunden sus reflexiones sobre los misterios de su propia existencia, sentimiento tan hondamente arraigado a su ser que, inclusive, los ordenamientos jurídicos se preocupen por su defensa, tipificando como delito el vilipendio del cadáver, tal como lo hace el artículo 297 del Código Penal Colombiano." Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: diciembre 16 de 1998.

Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5696 - Civil.....



LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE ESTA

«GACETA JUDICIAL SALA CIVIL Y AGRARIA, SEGUNDO SEMESTRE 1998 - TOTELAS»

Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN SEPTIEMBRE DE 2000.

IUSTITIA ET LITTERAE