



GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL
1999

TOMO 9

OCTUBRE
VOLUMEN II

**ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Contiene todas las Providencias proferidas en asuntos
de Constitucionalidad y Tutela por la Corte Constitucional

REPUBLICA DE COLOMBIA

**GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL**

1999

OCTUBRE

TOMO 9

VOLUMEN II

**ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Contiene todas las providencias proferidas en asuntos
de Constitucionalidad y Tutela por la Corte Constitucional

ISSN 1657-2114

PROHIBIDA LA VENTA

CORTE CONSTITUCIONAL

1999

MAGISTRADOS

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Vicepresidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA

Relatora de Constitucionalidad

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Relator de Tutela

SUMARIO
OCTUBRE 1999

	PAGINAS
SENTENCIAS DE TUTELA	
Sentencia T-730 de octubre 1º de 1999	413
Sentencia T-731 de octubre 4 de 1999	425
Sentencia T-732 de octubre 4 de 1999	440
Sentencia T-733 de octubre 4 de 1999	444
Sentencia T-734 de octubre 4 de 1999	450
Sentencia T-735 de octubre 5 de 1999	453
Sentencia T-736 de octubre 5 de 1999	460
Sentencia T-737 de octubre 5 de 1999	468
Sentencia T-738 de octubre 5 de 1999	472
Sentencia T-739 de octubre 5 de 1999	478
Sentencia T-749 de octubre 7 de 1999	489
Sentencia T-750 de octubre 7 de 1999	503
Sentencia T-751 de octubre 7 de 1999	508
Sentencia T-751A de octubre 8 de 1999	514
Sentencia T-752 de octubre 11 de 1999	534
Sentencia T-753 de octubre 11 de 1999	541
Sentencia T-754 de octubre 11 de 1999	554
Sentencia T-755 de octubre 11 de 1999	572
Sentencia T-756 de octubre 12 de 1999	582
Sentencia T-757 de octubre 12 de 1999	588
Sentencia T-758 de octubre 12 de 1999	595
Sentencia T-759 de octubre 12 de 1999	600
Sentencia T-780 de octubre 12 de 1999	613
Sentencia T-787 de octubre 12 de 1999	630

Sentencia T-788 de octubre 13 de 1999	650
Sentencia T-789 de octubre 14 de 1999	658
Sentencia T-790 de octubre 14 de 1999	665
Sentencia T-791 de octubre 14 de 1999	678
Sentencia T-792 de octubre 14 de 1999	680
Sentencia T-793 de octubre 14 de 1999	684
Sentencia T-794 de octubre 14 de 1999	687
Sentencia T-795 de octubre 14 de 1999	694
Sentencia T-796 de octubre 14 de 1999	701
Sentencia T-797 de octubre 14 de 1999	707
Sentencia T-798 de octubre 14 de 1999	715
Sentencia T-799 de octubre 19 de 1999	724
Sentencia T-800 de octubre 19 de 1999	728
Sentencia T-801 de octubre 19 de 1999	735
Sentencia T-802 de octubre 19 de 1999	738
Sentencia T-803 de octubre 19 de 1999	741
Sentencia T-804 de octubre 19 de 1999	745
Sentencia T-805 de octubre 19 de 1999	749
Sentencia T-806 de octubre 19 de 1999	753
Sentencia T-807 de octubre 19 de 1999	756
Sentencia T-808 de octubre 19 de 1999	761
Sentencia T-809 de octubre 19 de 1999	766
Sentencia T-810 de octubre 19 de 1999	769
Sentencia T-811 de octubre 19 de 1999	772
Sentencia T-812 de octubre 19 de 1999	774
Sentencia T-813 de octubre 19 de 1999	778
Sentencia T-814 de octubre 19 de 1999	783
Sentencia T-820 de octubre 21 de 1999	797
Sentencia T-821 de octubre 21 de 1999	809
Sentencia T-822 de octubre 21 de 1999	815
Sentencia T-823 de octubre 21 de 1999	835
Sentencia T-824 de octubre 21 de 1999	859
Sentencia T-826 de octubre 21 de 1999	867
Sentencia T-827 de octubre 21 de 1999	872

	PAGINAS
Sentencia T-828 de octubre 22 de 1999	901
Sentencia T-829 de octubre 25 de 1999	903
Sentencia T-830 de octubre 25 de 1999	907
Sentencia T-831 de octubre 25 de 1999	911
Sentencia T-832 de octubre 25 de 1999	914
Sentencia T-833 de octubre 25 de 1999	917
Sentencia T-834 de octubre 25 de 1999	922
Sentencia T-835 de octubre 28 de 1999	927
Sentencia T-836 de octubre 25 de 1999	931
Sentencia T-837 de octubre 25 de 1999	937
Sentencia T-838 de octubre 25 de 1999	941
Sentencia T-839 de octubre 25 de 1999	943
Sentencia T-840 de octubre 26 de 1999	948
Sentencia T-841 de octubre 26 de 1999	955
Sentencia T-842 de octubre 26 de 1999	964
Sentencia T-848 de octubre 26 de 1999	976
Sentencia T-849 de octubre 27 de 1999	983
Sentencia T-850 de octubre 27 de 1999	993
Sentencia T-851 de octubre 28 de 1999	1003
Sentencia T-852 de octubre 28 de 1999	1012
Sentencia T-853 de octubre 28 de 1999	1017
Sentencia T-854 de octubre 28 de 1999	1020
Sentencia T-855 de octubre 28 de 1999	1023
Sentencia T-856 de octubre 28 de 1999	1027
Sentencia T-857 de octubre 28 de 1999	1030
Sentencia T-858 de octubre 28 de 1999	1034
Sentencia T-859 de octubre 28 de 1999	1037
Sentencia T-860 de octubre 28 de 1999	1040
Sentencia T-861 de octubre 28 de 1999	1045
Sentencia T-862 de octubre 28 de 1999	1052
SENTENCIAS DE UNIFICACION	
Sentencia SU-786 de octubre 13 de 1999	1057
Sentencia SU-819 de octubre 20 de 1999	1069

**SENTENCIAS DE
TUTELA
OCTUBRE 1999**

SENTENCIA No. T-730

octubre 1° de 1999

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD- Protección

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Objeto

Dentro del sistema actual de la seguridad social en salud el objetivo es ampliar la cobertura y no restringirla, de ahí que es obligatorio para los empleadores incluir a sus trabajadores en el sistema, y el Estado no puede permitir la expulsión del sistema de persona alguna. Como corolario, hay que prestar a los afiliados la atención integral en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

DERECHO A LA SALUD DEL TRABAJADOR- Protección por conexidad con la vida y el trabajo

DERECHO A LA SALUD DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA- Protección de actividad doméstica

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAL DE SERVICIO DOMESTICO- Protección

PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION POLITICA- Derecho irrenunciable a la seguridad social en salud

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE PERSONAL DE SERVICIO DOMESTICO- Parentesco con empleador no constituye causal de retiro

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Inconstitucionalidad de anulación de cotizaciones

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE PERSONAL DE SERVICIO DOMESTICO- Cuota que se debe pagar siendo el empleador pariente

Referencia: Expediente T-212999

Acción de tutela instaurada por María Eugenia Arévalo Montenegro contra el I.S.S. Seccional de Neiva

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez 2º Laboral de Neiva dentro de la acción de tutela instaurada por María Eugenia Arévalo Montenegro contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional de Neiva.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

1.1. María Eugenia Arévalo Montenegro principió a trabajar el 20 de junio de 1994, como empleada del servicio doméstico, en la casa de Arnulfo Donoso Rodríguez, quien es su cuñado.

1.2. Presta el servicio los lunes y los jueves y recibe un salario semanal de \$20.000,00.

1.3. El 12 de mayo de 1998 fue afiliada al Instituto de los Seguros Sociales. Cotizaba mensualmente \$30.800,00.

1.4. Fue atendida por motivo de un embarazo en dos oportunidades y sus dos hijas menores también fueron atendidas como beneficiarias. Pero les fueron suspendidos los servicios médicos y por eso se instauró la tutela el 5 de marzo de 1999.

1.5. La razón para la suspensión de los servicios por parte del I.S.S. fue que el Instituto consideró que María Eugenia Arévalo no podría estar afiliada por cuanto, según normatividad preconstitucional, los familiares del empleador dentro del quinto grado de consanguinidad, primero civil y tercero de afinidad no pueden afiliarse a dicho Instituto como trabajadores del servicio doméstico.

1.6. La afectada consideró que con tal suspensión se le violaron los derechos a la vida, a la salud y a la igualdad. Pide que se la afilie nuevamente al sistema y que se le presten los servicios médicos.

1.7. El I.S.S. luego de una prolija investigación, comprobó el parentesco del empleador y su trabajadora, los gastos que se habían hecho por la salud de la mencionada señora, los aportes tanto para salud como para pensión durante diez meses; y mediante Resolución N° 000145 de 11 de marzo de 1999 el I.S.S. (estando aún en curso la tutela), ordenó retirarla del sistema. Como se había atendido a las dos hijas de la trabajadora, se estimó que el valor de la atención había costado \$64.195,00 se declaró que el empleador debería pagar ese valor con sus intereses y lo gastado en María Eugenia Arévalo Montenegro; y al mismo tiempo se ordenó que las semanas cotizadas no serían tenidas en cuenta.

2. PRUEBAS

2.1. Información remitida al Juez de tutela por el Gerente de la Seccional-Administrativo Pensiones Riesgos Laborales, que textualmente expresa:

“Dando respuesta a su oficio número 0334 del 8 de marzo de 1999, comedidamente me permito informarle, que el señor Arnulfo Donoso Rodríguez identificado con la cédula de ciudadanía N° 93.115.130, afilió a la señora María Eugenia Arévalo Montenegro como empleada del servicio doméstico siendo ésta cuñada del presunto patrono contraviniendo de esta manera lo establecido en el literal d) del artículo 5 Decreto 0824 de 1988 que dice “Los

pacientes del patrono o de sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil, no pueden afiliarse como trabajadores del servicio doméstico”.

Por lo anterior, se encuentra en curso un proceso de cobro de servicios médicos y desafiliación retroactiva por tratarse de una afiliación indebida de acuerdo con las normas vigentes, hechos que son ampliamente conocidos por la tutelante a quien se le suspendió el servicio médico mediante oficio N° 011089 del 01089 del 29 de Diciembre de 1998, del cual estamos anexando fotocopia”.

2.2. Copia íntegra (30 folios) de la investigación administrativa que el ISS adelantó y que finalizó con la Resolución 000145 de 11 de marzo de 1999 que en su parte resolutive establece:

“ARTICULO PRIMERO: *Declarar que el señor Arnulfo Donoso Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía 93.115.130 expedida en Espinal, adeuda al ISS la suma de Sesenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Cinco Pesos M. Cte. (\$64.195.00), más los intereses por concepto de servicios médicos incluidos exámenes de laboratorio y optometría recibidos por la señora María Edugenia Arévalo Montenegro, identificado con la cédula de ciudadanía 36.180.905 expedida en Neiva y sus beneficiarios Kerly Yarley Monje Arévalo y Katherin Monje Arévalo.*

ARTICULO SEGUNDO: *El presente valor se cancelará por el señor Arnulfo Donoso Rodríguez, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente resolución.*

ARTICULO TERCERO: *Por la Coordinación de Recaudo y Cartera de la Seccional, se debe efectuar el cobro y el reembolso respectivo, en la eventualidad que no se realice el pago, iníciase proceso en contra del sancionado por la jurisdicción coactiva.*

ARTICULO CUARTO: *Ordenar la desafiliación al Sistema General de Seguridad Social de Salud y Riesgos Profesionales a la señora María Eugenia Arévalo Montenegro.*

ARTICULO QUINTO: *Anular las semanas cotizadas por la señora María Eugenia Arévalo Montenegro, identificada con la cédula de ciudadanía 36.180.905 expedida en Neiva, a partir del 12 de mayo de 1998 con el empleador Arnulfo Donoso Rodríguez, en las contingencias de invalidez, vejez y muerte por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución....*

2.3. Las constancias médicas que prueban atención médica prestada a la trabajadora.

3. SENTENCIA OBJETO DE REVISION

Fue proferida por el Juzgado 2º Laboral de Neiva, el 18 de marzo de 1999. Se declaró improcedente la tutela, entre otras razones por la siguiente:

“Del estudio de las presentes diligencias, se establece que no se está atentando contra la vida de la accionante, por cuanto si bien se ha demostrado su estado de embarazo, el no prestarle los servicios médicos asistenciales, no implica necesariamente atender contra su vida, máxime cuando se trata de un embarazo normal, esto es, sin alto riesgo. El estado de embarazo no es una enfermedad que conlleve a poner en riesgo la vida de la gestante. Igualmente no existe prueba, que la accionante se encuentre en peligro de muerte por habersele desafiliado”.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

COMPETENCIA

Es competente la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso

segundo y 241 numeral noveno de la Constitución en armonía con los artículos 33, 35, y 42 del Decreto No. 2591 de 1991. Además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación.

1. Principios que rigen el sistema de seguridad social en salud

El artículo 48 de la Constitución Política establece que “*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”. La misma norma señala como principios de la seguridad social: la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. Además, “*la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y en la cláusula del Estado Social de Derecho*”¹. Por otro aspecto, la seguridad social es un servicio público, por lo tanto sobre él se proyecta el artículo 365 de la C. P.: “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*”.

Uno de los principios característicos del servicio público es la eficiencia y, específicamente este principio también lo es de la seguridad social. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.

En la sentencia SU-562/99 expresamente se dijo sobre eficiencia y continuidad:

“Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”². Y, a renglón seguido repite: “.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no sólo la eficacia de aquél, sino su continuidad”³. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”⁴. Jean Rivero⁵ reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2º de la C. P. que señala como uno de los fines del Estado “garantizar la efectividad de los principios”. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora

¹ SU-562/99, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

² Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

³ Ib. p. 66

⁴ Ib. p. 67

⁵ Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss

superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la “garantía de la seguridad social” establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P.”

Es decir, el principio de la continuidad (como proyección de la eficacia) debe orientar las decisiones de las entidades encargadas de prestar la seguridad social en salud.

Además de la continuidad, otro de los principios constitucionales es el de la universalidad, o sea que el objetivo del sistema es que todos los habitantes del país disfruten de seguridad social. Poreso mismo, se estableció legalmente el carácter de obligatorio. El artículo 153 de la ley 100 de 1993 dice:

“Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las siguientes:

1. Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad, a todos los habitantes de Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable así como mecanismos para evitar la selección adversa.

2. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.....”

En conclusión, dentro del sistema actual de la seguridad social en salud el objetivo es ampliar la cobertura y no restringirla, de ahí que es obligatorio para los empleadores incluir a sus trabajadores en el sistema, y el Estado no puede permitir la expulsión del sistema de persona alguna. Como corolario, hay que prestar a los afiliados la atención integral en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

2. Especial protección a la salud de la trabajadora embarazada. Operatividad de la tutela.

En la sentencia SU-062/99 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se expresó:

“La Carta Política de 1991 estableció en su artículo 48 que la seguridad social es un derecho irrenunciable catalogado como económico y social, cuya eficacia, por lo tanto, no es directa, sino que su reconocimiento requiere ser regulado por el legislador a quien compete establecer las circunstancias en que debe ser reconocido. Por ello, en principio, no es exigible del Estado por la vía de la acción de tutela, ya que no se reviste de la connotación de derecho fundamental. Sin embargo, la reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha definido que los derechos derivados de la seguridad social adquieren su connotación de fundamentales cuando las circunstancias fácticas hacen que su reconocimiento sea imprescindible para la vigencia de otros derechos estos si, de carácter fundamental.⁶ Adicionalmente, esta misma jurisprudencia ha definido también que el alcance de la seguridad social como derecho fundamental, surge igualmente cuando quien pretende hacerlo valer es una persona que requiere de una especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres cabeza de familia, entre otras.”

Es decir que generalmente se ha protegido el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida. Cuando el derecho a la seguridad social implica protección a la vida, es protegible por tutela. Es un derecho a algo que tienen las personas y por lo mismo se torna irrenunciable⁷.

Pero, también se protege el derecho a la seguridad social en salud en conexión con el derecho al trabajo, últimamente en la SU-562/99 se dijo:

“La doctrina ha considerado que en principio, el derecho a la salud no es un derecho fundamental⁸. La jurisprudencia colombiana, sigue esta orientación, de ahí que la protección tutelar a la salud opera en conexión con el derecho a la vida, luego si hay peligro de que ésta sea afectada entonces cabe la acción de tutela. Con este punto de apoyo garantista la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege muchos casos en relación a la prestación del servicio de salud. (P.ej. SU-480/97, T-489/98, T-669/97, T-287/95, T-385/98, T-018/99, entre otras).

No obstante lo anterior, en el presente fallo hay que analizar uno de los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política: la “garantía a la seguridad social”. Significa lo anterior que específicamente los trabajadores dependientes tienen derecho a la seguridad social en salud y por consiguiente gozan de la protección tutelar con características inconfundibles. Este tema ya había sido analizado por la Corporación al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 209 de la ley 100 de 1993 en la Sentencia C-177/98, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).”

En conclusión se protege mediante tutela el derecho a la salud del trabajador dependiente, en conexión con el derecho a la vida y con el derecho al trabajo.

Y no cabe la renuncia o la exclusión de estos derechos, menos aún cuando se trata de una mujer embarazada porque la protección ya no es solamente por el derecho a la salud sino por el

⁶ Cfr. sentencia SU-111 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Ver T-114/97, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

⁸ Salvo en el caso de los niños que según el art. 44 C.N. es derecho fundamental.

derecho a la maternidad, y no solo es para la mujer sino también para el nasciturus. Se considera que esta protección se basa en los artículos 5, 42, 43, 44 y 53 de la C. P. y también en el artículo 13 *ibidem* porque “la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos”⁹. Luego, no es constitucional que se expulse del sistema de seguridad social en salud a una mujer embarazada, que por mandato constitucional (artículo 43) goza de especial asistencia y protección del Estado.

El hecho de que la trabajadora sea del servicio doméstico no excluye en absoluto la protección antes reseñada. La Corte ha dicho en la C-372/98:

“Empero, si bien es cierto que la familia tiene características singulares que no la asimilan a un patrono corriente, la Corte estima pertinente conciliar la protección que la Constitución brinda al núcleo familiar con las condiciones dignas y justas en que, de conformidad con la misma Carta Política, debe desarrollarse la actividad doméstica.”

No se puede afectar la igualdad y la dignidad del trabajo, sea cual fuere éste, porque se violarán los artículos 13, 25 y 53. Se dijo en la C-051/95:

“El artículo 13 de la Constitución al consagrar la igualdad, comienza por la declaración de que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”. Pero para que la igualdad no se reduzca a un enunciado teórico, sin efectos en la práctica, la norma continúa diciendo que “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...” Y concluye el inciso primero con la prohibición de toda “discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

El inciso segundo de la norma mencionada, establece que el Estado promoverá “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

El que la igualdad deba ser “real y efectiva” permite que la ley, en casos especiales, dé un trato diferente a algunas personas, siempre y cuando ello se justifique. La Corte ha sostenido que cuando las diferencias son razonables y no contradicen normas constitucionales, no puede hablarse de violación del principio establecido en el artículo 13. Al respecto, esta Corporación ha expresado:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero.)

*En tratándose del trabajo, el artículo 53 se refiere a una de las aplicaciones concretas del artículo 13: la **igualdad de oportunidades para los trabajadores**. Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que*

⁹ Ver C-470/97

desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: **a trabajo igual, salario igual**.

En conclusión, la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores.

Según el artículo 25 de la Constitución, “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”. Además, “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Del texto transcrito deben destacarse, en esta sentencia, dos aspectos: el primero, la “especial protección” que el Estado debe otorgar al trabajador. ¿Protección para qué? Para que en relación con él se garanticen “los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Principios entre los cuales cabe destacar el de la igualdad, ya examinado. Derechos, como el que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas. Y deberes, como el de la solidaridad social, en virtud del cual todos estamos obligados a promover el bienestar general, que en alguna forma contribuye al bienestar de cada uno”.

Es importante resaltar que la igualdad es para todas las modalidades del trabajo, luego no queda excluido el servicio doméstico y por consiguiente quienes desempeñen tal labor tienen derecho a la seguridad social.

3. Prevalencia de la Constitución sobre normas de rango inferior: no se puede excluir del sistema de seguridad social a un trabajador dependiente.

Desde el acto legislativo N° 3 de 1911 se estableció en Colombia que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicará aquella. A esto se le dio la denominación de excepción de inconstitucionalidad.

En la actual Constitución, el artículo 4° establece:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Lo anterior implica que si en un caso concreto se aprecia por el juzgador que una norma legal es abiertamente contraria a la Constitución, se inaplica aquella. Es indudable que si una norma preconstitucional permite que se retire del sistema de seguridad social a una persona, esta norma se convierte en inconstitucional (inconstitucionalidad sobreviniente) porque actualmente todos los habitantes de Colombia tienen el derecho irrenunciable a la seguridad social (artículo 48 C.P.) y porque se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (artículo 49 C.P.), con mayor razón si se trata de mujer embarazada. Luego, el literal d) del artículo 5° del decreto 824 de 1988 que dice: “*Los parientes del patrono o de sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil, no pueden afiliarse como trabajadores del servicio doméstico*”, en cuanto la norma signifique exclusión de la seguridad social, no se compagina con la actual Constitución que protege al derecho al trabajo “en todas sus modalidades” (artículo 25 C.P.) y dentro de esa protección figuran entre los principios mínimos fundamentales: la garantía a la seguridad social y la protección especial a la maternidad (art. 53 C.P.). No es pues constitucional afirmar que por ser un empleador y una trabajadora familiares, esta circunstancia sea causa de retiro de la seguridad social.

Hoy no tiene presentación que alguien que aparezca como trabajador del servicio doméstico sea excluido de la seguridad social. Ya esta Corte en la SU-062/99 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) había dicho:

“Estas normas, desde el año de 1988¹⁰, imponen al empleador el deber de afiliar al servicio doméstico al régimen de pensiones, obligación que se ha mantenido en las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y de la Ley 100 de 1993, y cuyo incumplimiento hace responsables a los empleadores, quienes pueden verse obligados a pensionar por su cuenta a los trabajadores no afiliados oportunamente, o a pagar la denominada por la ley “pensión sanción”.

O sea que, el mismo empleador tiene la obligación de afiliar a su empleada del servicio doméstico porque de lo contrario sería el empleador quien respondería por la seguridad social.

Tampoco es constitucional que habiéndose cotizado se ordene anular esas cotizaciones, porque la cotización implica la obligación correlativa de prestar el servicio y, se repite, el derecho a la seguridad social es irrenunciable. Además, sobre el carácter de las cotizaciones ya la Corte dijo que eran contribuciones parafiscales con todas sus consecuencias. En la sentencia C-577/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se dijo:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del Presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del Presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Se colige de lo anterior que si alguien cotizó y ello constituyó una contribución parafiscal, no puede después de recibirse un buen número de cotizaciones venirse a anularlas y a quitarles toda proyección jurídica.

¹⁰ Ley 11 de 1988, art. 1°

4. La cuota que debe pagar una trabajadora del servicio doméstico cuyo empleador es familiar

Se podría argüir que en realidad el literal d) del artículo 5º del decreto 0824 de 1988 lo que impide es afiliarse como trabajador del servicio doméstico a la persona que sea familiar del empleador en los grados antes indicados, pero que la norma no impide que se afilie sin señalarse esa característica.

En esta situación habrá que leer la norma (artículo 5º del decreto 824 de 1998, en su literal d-) bajo la orientación de los principios de solidaridad, eficacia, continuidad y universalidad, propios de la seguridad social, y por consiguiente el mencionado literal d) del artículo 5º del decreto 0824 de 1988, será simplemente una regla para que el I.S.S. pueda reclamar un mayor valor de cuota de afiliación del servicio doméstico, pero el citado artículo no podría tener la connotación de ser causal de exclusión del servicio de seguridad social.

En este orden de ideas, la norma indicada sería simplemente un instrumento para proteger el sistema de seguridad social en el sentido de que no se eluda el pago correcto de la cuota.

Tratándose del servicio doméstico, se tiene que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 dice: “*En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente, salvo lo dispuesto para los trabajadores del servicio doméstico conforme a la Ley 11 de 1988*”.

Es decir, señala una excepción y se remite a los artículos 1º y 2º de la ley 11 de 1988 que señalan:

“ARTICULO 1º. *A partir de la vigencia de la presente Ley, el trabajador del servicio doméstico que devengue una remuneración en dinero inferior al salario mínimo legal vigente, cotizará para el Seguro Social sobre la base de dicha remuneración.*

Parágrafo. *En ningún caso el porcentaje de cotización podrá aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente.*

ARTICULO 2º. *El reconocimiento de las prestaciones de salud y la liquidación y reconocimiento de las prestaciones económicas para los trabajadores del servicio doméstico que tengan que cotizar en los términos señalados en el artículo 1º de esta Ley, se efectuará de conformidad con lo establecido en los reglamentos generales del Seguro Social obligatorio.*

Ninguna pensión que por razón de esta Ley se reconozca, podrá ser inferior al salario mínimo legal más alto vigente.”

Son pues estas las normas en lo tocante al servicio doméstico, con el señalamiento de una presunción del mínimo. Lo anterior significa que, en principio, se tendría hoy como base para la liquidación del trabajador del servicio doméstico que no percibe el salario mínimo legal, el 50% de dicho salario mínimo, o sea \$118.230 porque el salario mínimo es de \$236.460,00.

Pero si al literal d- del artículo 5º del decreto 824 de 1988, que desarrolló la ley 11 de 1988, se le da connotación de protección al sistema, para impedir un fraude (hacer figurar a un familiar como trabajador del servicio doméstico para pagar sólo el 50% de la cotización), entonces se concluye que en el caso especial del trabajador del servicio doméstico que es familiar de su empleador, no es posible aplicar el artículo 1º de la ley 11 de 1988, sino que se deben aplicar las

normas generales: en ningún caso la base de cotización puede ser inferior al salario mínimo legal, en razón de que se trata de trabajadores dependientes, salvo que la prueba demuestra lo contrario: que fueran trabajadores independientes, en cuyo caso la cotización será según el artículo 19 de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones pertinentes.

CASO CONCRETO

Salta a la vista en el presente caso la acuciosidad del Instituto de los Seguros Sociales para retirar del sistema a una señora embarazada y su descuido por el respeto a las normas constitucionales. Se basó el I.S.S. en una regla que, de tener aplicación, su ámbito no va más allá de cifras de cotización. Pero nunca podía trascender hasta la violación de principios constitucionales.

En el caso concreto no solamente se retiró a una señora del servicio de seguridad social sino que se borró el tiempo durante el cual estuvo afiliada. Estaba ella cotizando, luego debe ser reintegrada al sistema y deben valer las semanas que cotizó. Es decir, las decisiones de la Resolución 000145 de 1999 proferida por el I.S.S., donde en primer lugar se excluyó de la seguridad social a una trabajadora del servicio doméstico, que estaba embarazada, y en segundo lugar se anularon las cotizaciones recibidas, es una actuación contraria a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Cabe por lo tanto la acción de tutela por violación a los derechos a la vida, al trabajo, a la salud, a la maternidad y a la igualdad, seguridad social y deben darse órdenes de protección para que la accionante pueda continuar accediendo al servicio de salud que pide mediante tutela.

Otra cosa es que para continuar en el sistema debe pagar lo debido. Y como en el presente caso hay prueba suficiente de que sí era una trabajadora dependiente, entonces, la cotización, en aras de la seguridad del sistema debe ser la general, o sea que la base sería de un salario mínimo legal, por ser familiar del empleador, que si no lo fuera, sería el 50%. Y, si se llegara a demostrar que no es trabajadora dependiente sino independiente, entonces, el porcentaje sería el que a éstos últimos corresponde.

Y, como la acción de tutela en el presente caso se instauró para la protección de derechos fundamentales, haciéndose hincapié en la seguridad social, se infiere que a partir de la solicitud de tutela hay que cotizar lo indicado anteriormente para continuar gozando de la prestación de los servicios que el I.S.S. ofrece.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia del 18 de marzo de 1999 proferida por el Juzgado 2° Laboral de Neiva y en su lugar **CONCEDER** la tutela instaurada por la señora María Eugenia Arévalo Montenegro, por violación a los derechos a la igualdad, la maternidad, a la vida y el trabajo en conexión estos dos últimos con los derechos a la salud y la seguridad social. En consecuencia, queda sin valor alguno la totalidad de la Resolución 000145 de 11 de marzo de 1999 citada en la parte motiva de este fallo y se **ORDENA** al I.S.S. prestar el servicio de salud y mantener dentro del sistema a la peticionaria María Eugenia Arévalo Montenegro; con el condicionamiento, en cuanto al monto del aporte, señalado en la parte motiva de este fallo.

T-730/99

Segundo. Por Secretaría, librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-731

octubre 4 de 1999

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA-Restablecimiento pleno del derecho amenazado o vulnerado/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ**- Integración lista de elegibles

SISTEMA DE CARRERA- Mérito como elemento esencial

DERECHO A LA IGUALDAD EN ACCESO A CARRERA DOCENTE- Prerrogativa por ser oriundo de región

DERECHO A LA IGUALDAD EN ACCESO A CARRERA DOCENTE- Puntaje adicional por prestación de servicios en zona rural

Referencia: Expediente T-159793.

Acción de tutela instaurada por María Cristina Junca Bermúdez contra la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Educación Distritales de Santafé de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por María Cristina Junca Bermúdez contra la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Educación de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Manifiesta la demandante, quien es licenciada en educación, que se presentó al concurso de méritos convocado por la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Educación de Santafé de Bogotá D.C., mediante el Decreto 638 de 1997, con el fin de proveer treinta y siete vacantes de docentes en el área de Ciencias Sociales existentes en la capital.

El concurso tuvo tres etapas de evaluación que fueron las siguientes: primera, un examen de conocimientos; segunda, una entrevista y tercera, la evaluación de la hoja de vida de cada

T-731/99

aspirante, de las cuales se obtendría el puntaje total de los participantes y se proveerían las mencionadas treinta y siete vacantes, en estricto orden de méritos, de acuerdo con la lista de elegibles que sería oportunamente publicada.

La demandante fue calificada en el concurso de la siguiente manera: en el examen de conocimientos obtuvo 42 puntos; en la entrevista 16 y en la hoja de vida 5, para un total de 63 puntos que le permitieron ocupar el puesto número 144 en la lista de elegibles y que, como eran 37 las vacantes a proveer, no le alcanzaron para ser nombrada como docente en Ciencias Sociales del Distrito.

El puntaje asignado a la hoja de vida dependía de estos factores: cinco puntos por haber completado cinco años de experiencia en la actividad docente; otros cinco por haber nacido en Santafé de Bogotá D.C. y diez más por haber desempeñado dicha función en zona rural.

La demandante solamente cumplió con el primer factor descrito, en razón de lo cual su hoja de vida fue calificada con cinco puntos de los veinte posibles. Considera que los dos últimos factores de calificación son discriminatorios porque hacen una diferenciación inconstitucional, en tanto que no es objetiva y razonable, pues permiten que entren en juego para el objeto del concurso, criterios diferentes de la preparación académica y de la experiencia docente que, a su juicio, son los únicos que deben tenerse en cuenta para la asignación de estos cargos públicos cuando son sometidos a concurso, aparte de que el lugar de nacimiento y el sitio de desempeño de la actividad docente, son circunstancias que no dependen de la persona que aspira a ocupar alguna de las vacantes sometidas a concurso; luego, dice la peticionaria, no pueden ser tenidas en cuenta cuando se pretende calificar la trayectoria y preparación del docente.

2. Decisión objeto de revisión.

En sentencia del 7 de abril de 1999, el Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C. denegó el amparo solicitado, por considerar que si los factores calificados como discriminatorios forman parte de una norma jurídica, su control de constitucionalidad no puede ocurrir en sede de tutela, sino en el ámbito de una acción distinta. De otro lado, sostuvo el *a quo* que al cumplir estrictamente con la normatividad sobre concursos, las autoridades demandadas no podían vulnerar derecho fundamental alguno de los participantes.

3. Declaración de nulidad.

Antes de que fuera expedida la decisión reseñada, el expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Tres, mediante auto del 25 de marzo de 1998, lo cual condujo al pronunciamiento de la Sala Segunda de Revisión de la Corte, quien, por auto del 15 de marzo de 1999 y con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda expedido por el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad, autoridad judicial a quien ordenó la Sala "*rehacer la actuación surtida*" a partir de ese momento, al encontrar demostrado que dentro del trámite de la acción de tutela, no se informó de ella ni se notificaron a terceros con evidente interés en el resultado de la misma, las decisiones adoptadas y que podían afectar sus derechos.

En cumplimiento de dicha orden, el *a quo* reprodujo una decisión anterior en sentido contrario a las pretensiones de la demandante, la cual fue nuevamente seleccionada para revisión, esta vez por la Sala de Selección Número Siete y mediante auto del 12 de julio de 1999, en razón de lo cual procede esta Sala de Revisión a pronunciarse sobre el asunto de la referencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones reseñadas, de conformidad con los artículos 86 y 241-9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del decreto 2591 de 1991.

2. El asunto.

Se trata de reiterar la amplia jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional frente al tema de los concursos públicos de méritos para el acceso a empleos estatales, especialmente en lo relativo a los criterios de selección que deben ser aplicados en ellos, con el fin de no lesionar, principalmente, los derechos de los aspirantes a la igualdad (artículo 13) y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de acceso a cargos y funciones públicas (artículo 40-7°). Dicho análisis irá precedido de una breve consideración sobre el principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela, aplicada al caso bajo estudio.

3. El principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela.

Al respecto, en un pronunciamiento anterior¹ la Sala Novena de Revisión expuso lo siguiente:

“Consiste fundamentalmente en que esta acción, dado el alto interés que persigue, procede solamente cuando el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial de sus derechos constitucionales fundamentales, o cuando, aun existiendo uno, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así lo estableció el Constituyente para dejar en manos de todos los jueces de la República la defensa de los derechos más elementales de las personas, integrando así la Jurisdicción Constitucional, sin que se altere la organización de la Rama Judicial del país y sin derogar los procedimientos ordinarios establecidos por la ley para ejercer normalmente dicha protección. Por eso, se ha dicho con acierto que la tutela no es solamente un mecanismo subsidiario, sino también excepcional, en consideración a que los medios de defensa ordinarios siguen operando a pesar de su existencia.

Sin embargo, cuando la persona lesionada en alguno de sus derechos fundamentales se encuentra al borde de sufrir un perjuicio irremediable y el mecanismo ordinario para su defensa no es capaz de evitarlo, procede de manera transitoria la acción, de la manera descrita en precedencia, o aun de manera definitiva, cuando ese mecanismo ordinario no es lo suficientemente eficaz o no es idóneo para restablecer al titular del derecho en el goce pleno del mismo.

Es precisamente lo que ocurre en casos como el presente, en los cuales podría sugerirse al demandante que acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a demandar el acto por medio del cual se integró la lista de elegibles y rechazar por improcedente, con tal argumento, la acción de tutela. Sin embargo, ya en ocasiones anteriores esta Corporación ha examinado la eficacia de las acciones contencioso administrativas que podrían instaurarse con el fin mencionado y ha llegado a la conclusión de que ellas no son lo suficientemente eficaces en relación con el restablecimiento pleno del derecho amenazado o violado, pues

¹ Sentencia T-158 de 1999, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

ellas tan solo llevarían a su titular a las siguientes posibilidades: a la obtención de una indemnización o a la orden de reelaboración de la lista de elegibles.

La primera posibilidad supone las dificultades jurídicas y prácticas para establecer el monto del daño y el valor de su reparación, pues muy difícilmente se logra demostrar la existencia de perjuicios materiales y morales por la simple no inclusión en una lista de elegibles, además que la sola indemnización no es suficiente reparación frente a la posibilidad de ejercer un cargo o una función pública que es, como arriba quedó expuesto, un derecho constitucional fundamental. Aceptar que la indemnización restablece efectivamente el derecho, sería tanto como aceptar la renuncia a un derecho fundamental, los cuales precisamente se caracterizan por no ser enajenables, dado su carácter inherente a la persona humana.

La segunda posibilidad, ha dicho la Corte, ‘carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa’².

En síntesis, las acciones contencioso administrativas que las personas lesionadas en sus derechos por la integración de una lista de elegibles podrían intentar, no desplazan a la acción de tutela en el cometido de restablecerlos, en vista de que el otro mecanismo de defensa debe tener, analizado el caso concreto, la misma efectividad de ella para tornarla improcedente”.

4. El criterio de selección que debe regir los concursos públicos de méritos.

En la misma sentencia transcrita, se sostuvo sobre el particular lo siguiente:

“Como ocurre con los cupos en las universidades públicas, las vacantes en empleos estatales también son, guardadas proporciones, bienes públicos escasos a los que aspira una gran cantidad de personas, comparada con el reducido número de cargos a proveer.

De allí que el Constituyente haya dispuesto en el artículo 125 que ‘los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera’, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Estableciendo dicha regla general, se pretende que los procesos de selección conduzcan al mejoramiento de la función pública y que ésta efectivamente cumpla con los principios señalados en el artículo 209 de la Carta.

Y si se pretende mejorar la calidad de la función pública seleccionando a los mejores para desempeñarla, pues sin lugar a dudas el criterio que debe reinar en los procesos de selección para establecer quiénes deben acceder a ella y quiénes no, solo puede ser el criterio del mérito de los aspirantes, compuesto por factores tales como la preparación, la experiencia, el conocimiento sobre la labor a desempeñar, etc.

² Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencias T-256 de 1995, T-333 y T-507 de 1998, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. Al respecto, ver Sala Plena, sentencias SU-133 y SU-136 de 1998, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Sala Octava de Revisión, sentencia T-388 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz. Sala Primera de Revisión, sentencia T-783 de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Introducir factores que no se avienen a la finalidad buscada por el concurso, resulta contrario al principio de igualdad proclamado en el Preámbulo y en el artículo 13 de la Constitución Política; tales serían, por ejemplo, la filiación política del aspirante, su lugar de origen, etcétera, factores que no hacen ni mejores ni peores a unos aspirantes frente a los demás, en términos de contribución al buen desempeño de la función pública.

En este orden de ideas, independientemente de la forma que el funcionario o entidad nominadora utilice para evaluar el mérito de los aspirantes, lo cierto es que a los cargos a proveer deben ingresar quienes hayan superado las pruebas y, en caso de haberse integrado una lista de elegibles en orden estricto de méritos, los nombramientos deben ocurrir siguiendo ese orden y se discrimina a quienes habiéndose sometido en todo a los términos del concurso, ven cómo se hacen nombramientos incumpliendo el orden establecido en la lista de elegibles o, en el peor de los casos, cuando se nombran personas haciendo caso omiso de la misma.

Ahora bien, es común que en los procesos de selección existan criterios de diferenciación, cuya aplicación se refleja en el resultado obtenido por los participantes, tales como el incremento del puntaje en las pruebas de conocimientos por razón de la experiencia, bien sea académica o práctica, que supone una calificación que, por así decirlo, no se refleja en las pruebas de que se compone el concurso, sino que son circunstancias personales del aspirante.

Factores de diferenciación como el anteriormente señalado, de todas maneras se avienen al criterio del mérito, pues indudablemente lo que se hará en el concurso es demostrar la trayectoria que se ha tenido en determinada labor y esto sí tiene que ver y se ajusta a la finalidad buscada por los concursos para proveer empleos públicos, pues tampoco cabe duda de que la experiencia es un mérito que contribuye a mejorar a la persona en el desempeño de una labor. No hay discriminación, entonces, cuando se incrementa el puntaje obtenido por un aspirante en razón de tener una experiencia de cinco años, por ejemplo, frente a quien no la tiene y por ello no recibe incremento alguno, ya que no hay discriminación en el trato diferente razonable y objetivamente justificado³”.

5. El caso concreto.

María Cristina Junca Bermúdez concursó para ser profesora de Ciencias Sociales en uno de los colegios pertenecientes al Distrito Capital, cuya convocatoria obedeció a los parámetros establecidos en el decreto 638 de 1997, expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C., disposición que, a su vez, desarrolló las pautas dispuestas por el Gobierno nacional en la resolución 20974 de 1989, expedida por el Ministerio de Educación.

Tal resolución, en su artículo primero, ordena la provisión por concurso abierto de los cargos de servicio docente nacional y nacionalizado, en los niveles educativos de pre escolar, básica primaria, secundaria, media vocacional y directivos docentes. En su artículo tercero, establece cuatro criterios de evaluación que son los siguientes: una prueba escrita con un valor del 60% sobre el total del puntaje a acumular; la realización de una entrevista, reservada a quienes obtengan el puntaje mínimo en la prueba escrita y que constituye el 20% del puntaje definitivo del concurso; y, finalmente, el estudio de la hoja de vida de los aspirantes, teniendo en cuenta los siguientes elementos y porcentajes: a) si el aspirante es oriundo del municipio para el cual

³ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión, sentencia T-441 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

concurra, por este simple hecho, tiene derecho a un 5% sobre el puntaje total; b) si acredita experiencia docente de cinco o más años otro 5% y c) si se ha desempeñado como docente en zona rural, dice la resolución, obtendrá el 10% restante de la calificación.

Téngase en cuenta que la calificación dada al mérito de los aspirantes en este ítem es muy reducida, pues su origen se califica con el mismo valor que se califica la experiencia en la labor educativa y, por si fuera poco, se califica con el doble de lo que se valora el mérito profesional, la circunstancia de haberse desempeñado en zona rural. Entonces, aquí no solamente se han introducido factores extraños al mérito de los participantes, sino que un factor muy importante en la calificación del mérito como es la experiencia docente, se valora con un ínfimo 5% del total del puntaje a obtener, incluso por debajo de otro que nada tiene que ver con el mérito, como es el haber prestado los servicios en zona rural (10%).

Con respecto a este último punto -haber prestado los servicios en zona rural-, es necesario hacer la misma precisión hecha en la sentencia T-158 de 1999 antes transcrita:

“La Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-441 de 1998, determinó que es posible establecer el origen de los aspirantes a cupos en universidades estatales como un factor de diferenciación, atendiendo a que en las regiones más apartadas y pobres del país, el acceso al conocimiento se dificulta y, por ende, no solamente es constitucional, sino necesario que a quienes provienen de dichas regiones les sea proporcionada cierta facilidad para ingresar, con el fin de nivelar la anotada desventaja. Evidentemente, es un trato diferente, pero razonable y objetivamente justificado, pues tratarlos a ellos y a quienes no provienen de regiones pobres y apartadas del país en la misma forma sería discriminatorio, toda vez que se estaría proporcionando un tratamiento similar a personas que no se encuentran en las mismas condiciones.

No sucede lo mismo en el caso de los educadores que son favorecidos por el hecho de haber desempeñado su labor en zona rural, pues tal favorecimiento no puede entenderse como una nivelación para su preparación profesional, sino como una recompensa al hecho cierto de haber sufrido el difícil acceso, posiblemente la incomodidad y la escasez que supone el tener que desplazarse y trabajar en zonas alejadas de los cascos urbanos. Entre otras razones, porque la experiencia docente adquirida en zona rural y en zona urbana es la misma. Luego, este favorecimiento rompe con el criterio del mérito que debe reinar en los concursos de elección de los servidores públicos y, por ende, es discriminatorio, tanto como el factor de origen de los aspirantes que, se repite, ninguna incidencia tienen en el mérito profesional.

En principio, podría afirmarse que no es contrario a la Constitución el que se premie a quien ha desempeñado con dificultad un servicio público, como es el caso de los educadores que deben desplazarse a zonas rurales relativamente apartadas de los centros urbanos. No obstante, esta situación no puede ser considerada como un parámetro de calificación en el contexto de un concurso para la provisión de cargos públicos, ya que no es mérito cuya adquisición dependa de la voluntad o esfuerzo de los concursantes, como lo manifestó el demandante. Si realmente ha de existir una recompensa para aquellos que cumplan la labor educativa en las zonas rurales, ésta, definitivamente, debe darse en un escenario distinto al de la provisión de empleos estatales, so pena de convertirse en un factor de discriminación. Este mismo criterio fue aplicado por la Corte Constitucional en sentencia C-022 de 1996⁴,

⁴ Con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz.

al declarar inexecutable el artículo 40, literal b, a excepción del párrafo, de la Ley 48 de 1993, que otorgaba un puntaje adicional a los aspirantes a obtener cupos universitarios, cuando éstos hubieren prestado el servicio militar”.

En el caso objeto de revisión, la demandante obtuvo una calificación de cinco puntos en la evaluación de su hoja de vida porque no se desempeñó como docente en zona rural y porque no nació en Santafé de Bogotá D.C. Si su hoja de vida se hubiera calificado sin tener en cuenta dichos factores, inconstitucionales según lo dicho en precedencia, hubiera obtenido un lugar superior al 144 que ocupa en la lista de elegibles.

Si la evaluación de la hoja de vida en el concurso de marras fue inconstitucional porque introdujo dos criterios de diferenciación extraños al mérito, para resolver el caso concreto es necesario soslayarlos con el fin de determinar qué puesto hubiera ocupado la demandante, en consideración a que algunos de quienes ocuparon escaños superiores al suyo en la lista de elegibles, también hubieran podido ascender de no haber sido por la circunstancia anotada en precedencia. Para ello, se determinará la calificación total obtenida por todos los aspirantes hasta el puesto 144 de la lista de elegibles, inclusive, pero teniendo como calificación de la hoja de vida para todos ellos, tan solo el 5% por experiencia docente igual o superior a cinco años y no el 10% por haberse desempeñado en zona rural, ni el otro 5% por haber nacido en Santafé de Bogotá D.C.

Así, tenemos que la lista de elegibles, hasta el puesto ocupado por la demandante -que es lo que aquí interesa-, se conformó de la siguiente manera, teniendo en cuenta que los empates entre los aspirantes ya fueron resueltos por la entidad nominadora, por aplicación de la resolución 20974 de 1989 (artículo 8):

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
1°	Lizarazo Aparacio Gloria Amparo	51	15	15	81
2°	Herreño Hernández Angel	50	20	10	80
3°	Torres Carrillo Darley	54	19	5	78
4°	Rodríguez Olarte Mauricio	50	18	10	78
5°	Díaz Ortiz Consuelo	48	19	10	77
6°	Garzón de Gutiérrez Gloria	41	15	20	76
7°	González Muñoz Juan de la Cruz	37	19	20	76
8°	Clavijo Rodríguez Antonio	48	17	10	75
9°	Héctor Alexis Lombana Bustos	45	20	10	75
10	Méndez Gómez María Teresa	38	16	20	74
11	Alvarado Alfonso María Isabel	46	17	10	73
12	González Abril Mario	36	17	20	73
13	Yolanda Angulo de Aristizábal	52	15	5	72
14	Jiménez Ardila Carlos Antonio	47	20	5	72
15	Arias Avila María Angélica	45	17	10	72
16	Piñeros Rosas Ruth Stella	43	19	10	72

T-731/99

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
17	Reina Morales Claudia	43	19	10	72
18	Peñuela Rodríguez Germán	41	16	15	72
19	Monroy Cruz César Augusto	49	17	5	71
20	Estupiñán Meneses Marlon	48	18	5	71
21	Penagos Moreno Jairo Eduardo	44	17	10	71
22	Arenas Fonseca Germán Alberto	42	19	10	71
23	Castillo Montero Oscar Eduardo	41	20	10	71
24	Gómez Moreno Gliceo	37	14	20	71
25	Tapias Torres Martha Cecilia	51	14	5	70
26	Posada Doncel Luis Eugenio	45	15	10	70
27	Silva Acero María del Carmen	43	17	10	70
28	Gutiérrez Gutiérrez Ariosto	43	17	10	70
29	Dora Edith Orjuela Molano	41	19	10	70
30	Mora Rodríguez Italo Alfonso	50	14	5	69
31	Acosta Agudelo Leonor	50	14	5	69
32	Rodríguez López Carlos Augusto	48	16	5	69
33	Pérez García María Jesús	47	17	5	69
34	Vontrahl Ramírez Alexandra	45	19	5	69
35	González Rengifo Amalia	44	15	10	69
36	Penagos Cortés Dora Inés	44	15	10	69
37	Molano Rincón Pedro Alfonso	43	16	10	69
38	Vargas Morales Luis C.	42	17	10	69
39	Barrantes Clavijo Ana	25	17	10	69
40	Giraldo Velásquez Ruth Mery	40	14	15	69
41	Callejas Ramírez María Stella	39	20	10	69
42	Gómez Rivera John	50	13	5	68
43	Ballén Edgar Antonio	47	16	5	68
44	Morales Roa Denis Helberth	45	13	10	68
45	Flauteros Gómez Clara Josefina	43	20	5	68
46	Ramírez Salcedo María Diana	43	20	5	68
47	Sierra Jaime Francisco Javier	43	15	10	68
48	Martínez Barbosa Henry	40	18	10	68
49	Castañeda Sánchez Nubia	40	18	10	68
50	Chávez Marles Rodrigo	40	13	15	68

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
51	Ruiz Latorre Germán Arturo	47	15	5	67
52	Moncada Tinoco Fanny Edith	46	16	5	67
53	Luz Mireya Rodríguez Espitia	44	18	5	67
54	Parra Obando Luis Eduardo	44	18	5	67
55	Diana Patricia Fajardo Garavito	44	13	10	67
56	González Melo Hamlet Santiago	42	20	5	67
57	Buitrago H. Angel Antonio	42	20	5	67
58	Villarraga Parra Juan Bernardo	42	20	5	67
59	Rudy Martínez Forero	42	15	10	67
60	Fajardo Garavito Claudia Inés	41	16	10	67
61	Elizabeth Russi Martín	40	17	10	67
62	Arévalo Guevara María de Jesús	40	17	10	67
63	Fernández Acero Blanca	38	19	10	67
64	Daza Saavedra María del Carmen	38	14	15	67
65	Giraldo Gaviria Yolanda	38	14	15	67
66	Herrada Cárdenas Yaneth	51	10	5	66
67	Pinzón Gil Carlos Alberto	48	13	5	66
68	Susana Amparo Cañas Vélez	47	14	5	66
69	Castellanos Almonacid Marlén	46	15	5	66
70	Sánchez Bautista Angélica	46	15	5	66
71	Quintero Cusarias Octavio A.	45	16	5	66
72	Isaías González Casas	44	17	5	66
73	Gutiérrez Daza Jesús	43	18	5	66
74	Deisy Montes Hernández	43	18	5	66
75	Pinzón Arias Argemiro	42	19	5	66
76	Ordóñez Carrascal Ana Beatriz	42	19	5	66
77	Sayly Duque	42	19	5	66
78	Pedro José Riaño	42	19	5	66
79	Arteaga Bravo Alvaro M.	42	14	10	66
80	Rincón Delgado María Yolanda	42	14	10	66
81	Aldana León Wilson	41	15	10	66
82	Vega Martínez Carmen Edith	40	16	10	66
83	Aristizábal Triana William	39	17	10	66

T-731/99

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
84	Cañas Vélez Beatriz	39	17	10	66
85	Arias Parra María Amparo	39	17	10	66
86	Duque Linares Inés	38	18	10	66
87	Manosalva Malaver Víctor Hugo	46	14	5	65
88	Campo Sánchez Ruth Marina	46	14	5	65
89	Wilson Acosta Valdeleón	46	14	5	65
90	Rodríguez de Ramírez Ana	45	15	5	65
91	Vega Pinilla Patricia	45	15	5	65
92	Pablo Emilio Rocha Parra	44	16	5	65
93	Matamoros Castiblanco Eduardo	44	16	5	65
94	Triana Villa Sandra Patricia	44	11	10	65
95	Rodríguez Ospina Armando E.	43	17	5	65
96	Domínguez Londoño Leda	42	18	5	65
97	Quintero Guerrero Martha	42	13	10	65
98	Rozo Mahecha Sandra Patricia	42	13	10	65
99	Espinoza Vargas Carlos	41	19	5	65
100	Janeth Valbuena	41	19	5	65
101	Novoa Jaimes Julio	41	14	10	65
102	Gómez Pedro Ignacio	41	15	10	65
103	Santamaría Pineda William	40	15	10	65
104	Chamorro Delgado Saúl	40	10	15	65
105	Clara Stella Patarroyo	39	16	10	65
106	Luis Hernando Tarazona Ardila	38	17	10	65
107	Ocampo Castaño William Fernando	37	18	10	65
108	Cañón Vargas Luz Stella	36	14	15	65
109	Mlina Delgado Diana Patricia	45	14	5	64
110	Buitrago Castiblanco Manuel D.	44	10	10	64
111	Villarraga Valencia Nancy	43	16	5	64
112	González Salgado C. Alberto	43	16	5	64
113	Corredor Ortiz Adriana	43	16	5	64
114	Vélez Penagos Claudia	43	16	5	64
115	Heredia Marroquín Sandra	43	16	5	64
116	Rodríguez Ortiz Julio H.	43	16	5	64
117	Varela Muñoz Josué Francisco	42	17	5	64

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
118	Tomás Sánchez Amaya	42	17	5	64
119	Hernández Neira Alejandro	42	17	5	64
120	Quintero Montaña Fernando	42	12	10	64
121	Gloria Teresa Triana Carvajal	42	12	10	64
122	Gamba Romero Ana Pureza	41	18	5	64
123	Garzón Rubio Diego Orlando	41	18	5	64
124	Mendoza Romero Nidia Constanza	41	18	5	64
125	Rosalba Solórzano Orjuela	41	13	10	64
126	Bustamante Galindo Clara	40	19	5	64
127	Mayorga González Martha Luz	40	19	5	64
128	Eslava García Sandra Socorro	40	14	10	64
129	Ginna Maritza Salvador Perdomo	39	20	5	64
130	Prieto V. Luis Orlando	38	16	10	64
131	Fonseca Marín William Alfonso	38	16	10	64
132	Rodríguez Chacón Zenaida	38	16	10	64
133	Hurtado Márquez María Cristina	37	17	10	64
134 ^o	Pineda Montoya Héctor	36	18	10	64
135	Suárez Suárez María Janeth	45	13	5	63
136	Romero Bernal Dalia S.	45	13	5	63
137	Moriano Rubio Blanca Nelly	45	13	5	63
138	González Capera María Yolanda	43	15	5	63
139	Hernández Padilla Jairo	43	15	5	63
140	Funeme Arias Martha Liliana	43	15	5	63
141	Rodríguez Pérez Yesid	43	10	10	63
142	Ortíz Alvarez Maura Ingrid	42	16	5	63
143	Sanabria Carrillo Rigoberto	42	16	5	63
144	Junca Bermúdez María Cristina	42	16	5	63

Y al inaplicar los dos factores discriminatorios de la evaluación de la hoja de vida, calificándola tan solo con cinco puntos de los veinte posibles, de acuerdo con lo arriba expuesto, el orden se altera para quedar de la siguiente manera:

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
1 ^o	Torres Carrillo Darley	54	19	5	78
2 ^o	Herreño Hernández Angel	50	20	5	75
3 ^o	Rodríguez Olarte Mauricio	50	18	5	73

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
4	Díaz Ortíz Consuelo	48	19	5	72
5	Yolanda Angulo de Aristizábal	52	15	5	72
6º	Jiménez Ardila Carlos Antonio	47	20	5	72
7	Lizarazo Aparacio Gloria Amparo	51	15	5	71
8	Monroy Cruz César Augusto	49	17	5	71
9	Estupiñán Meneses Marlon	48	18	5	71
10	Clavijo Rodríguez Antonio	48	17	5	70
11	Héctor Alexis Lombana Bustos	45	20	5	70
12	Tapias Torres Martha Cecilia	51	14	5	70
13	Mora Rodríguez Italo Alfonso	50	14	5	69
14	Acosta Agudelo Leonor	50	14	5	69
15	Rodríguez López Carlos Augusto	48	16	5	69
16	Pérez García María Jesús	47	17	5	69
17	Vontrahl Ramírez Alexandra	45	19	5	69
18	Alvarado Alfonso María Isabel	46	17	5	68
19	Gómez Rivera John	50	13	5	68
20	Ballén Edgar Antonio	47	16	5	68
21	Flauteros Gómez Clara Josefina	43	20	5	68
22	Ramírez Salcedo María Diana	43	20	5	68
23	Arias Avila María Angélica	45	17	5	67
24	Piñeros Rosas Ruth Stella	43	19	5	67
25	Reina Morales Claudia	43	19	5	67
26	Ruiz Latorre Germán Arturo	47	15	5	67
27	Moncada Tinoco Fanny Edith	46	16	5	67
28	Luz Mireya Rodríguez Espitia	44	18	5	67
29	Parra Obando Luis Eduardo	44	18	5	67
30	González Melo Hamlet Santiago	42	20	5	67
31	Buitrago H. Angel Antonio	42	20	5	67
32	Villarraga Parra Juan Bernardo	42	20	5	67
33	Penagos Moreno Jairo Eduardo	44	17	5	66
34	Arenas Fonseca Germán Alberto	42	19	5	66
35	Castillo Montero Oscar Eduardo	41	20	5	66
36	Herrada Cárdenas Yaneth	51	10	5	66
37	Pinzón Gil Carlos Alberto	48	13	5	66
38	Susana Amparo Cañas Vélez	47	14	5	66

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
39	Castellanos Almonacid Marlén	46	15	5	66
40	Sánchez Bautista Angélica	46	15	5	66
41	Quintero Cusarias Octavio A.	45	16	5	66
42	Isaías González Casas	44	17	5	66
43	Gutiérrez Daza Jesús	43	18	5	66
44	Deisy Montes Hernández	43	18	5	66
45	Pinzón Arias Argemiro	42	19	5	66
46	Ordóñez Carrascal Ana Beatríz	42	19	5	66
47	Sayly Duque	42	19	5	66
48	Pedro José Riaño	42	19	5	66
49	Posada Doncel Luis Eugenio	45	15	5	65
50	Silva Acero María del Carmen	43	17	5	65
51	GutiérrezGutiérrezAriosto	43	17	5	65
52	Dora Edith Orjuela Molano	41	19	5	65
53	Manosalva Malaver Víctor Hugo	46	14	5	65
54	Campo Sánchez Ruth Marina	46	14	5	65
55	Wilson Acosta Valdeleón	46	14	5	65
56	Rodríguez de Ramírez Ana	45	15	5	65
57	Vega Pinilla Patricia	45	15	5	65
58	Pablo Emilio Rocha Parra	44	16	5	65
59	Matamoros Castiblanco Eduardo	44	16	5	65
60	Rodríguez Ospina Armando E.	43	17	5	65
61	Domínguez Londoño Leda	42	18	5	65
62	Espinoza Vargas Carlos	41	19	5	65
63	Janeth Valbuena	41	19	5	65
64	González Rengifo Amalia	44	15	5	64
65	Penagos Cortés Dora Inés	44	15	5	64
66	Molano Rincón Pedro Alfonso	43	16	5	64
67	Vargas Morales Luis C.	42	17	5	64
68	Barrantes Clavijo Ana	25	17	5	64
69	Callejas Ramírez María Stella	39	20	5	64
70	Molina Delgado Diana Patricia	45	14	5	64
71	Villarraga Valencia Nancy	43	16	5	64
72	González Salgado C. Alberto	43	16	5	64

Puesto	Nombre	Examen	Entrevista	H.vida	Total
73	Corredor Ortíz Adriana	43	16	5	64
74	Vélez Penagos Claudia	43	16	5	64
75	Heredia Marroquín Sandra	43	16	5	64
76	Rodríguez Ortiz Julio H.	43	16	5	64
77	Varela Muñoz Josué Francisco	42	17	5	64
78	Tomás Sánchez Amaya	42	17	5	64
79	Hernández Neira Alejandro	42	17	5	64
80	Gamba Romero Ana Pureza	41	18	5	64
81	Garzón Rubio Diego Orlando	41	18	5	64
82	Mendoza Romero Nidia Constanza	41	18	5	64
83	Bustarnante Galindo Clara	40	19	5	64
84	Mayorga González Martha Luz	40	19	5	64
85	Ginna Maritza Salvador Perdomo	39	20	5	64
86	Morales Roa Denis Helberth	45	13	5	63
87	Sierra Jaime Francisco Javier	43	15	5	63
88	Martínez Barbosa Henry	40	18	5	63
89	Castañeda Sánchez Nubia	40	18	5	63
90	Suárez Suárez María Janeth	45	13	5	63
91	Romero Bernal Dalia S.	45	13	5	63
92	Moriano Rubio Blanca Nelly	45	13	5	63
93	González Capera María Yolanda	43	15	5	63
94	Hernández Padilla Jairo	43	15	5	63
95	Funeme Arias Martha Liliana	43	15	5	63
96	Ortiz Alvarez Maura Ingrid	42	16	5	63
97	Sanabria Carrillo Rigoberto	42	16	5	63
98	Junca Bermúdez María Cristina	42	16	5	63

De lo anterior se concluye que aplicando criterios constitucionales de selección en el concurso convocado por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C., la demandante alcanzó el lugar número 98 en la lista de elegibles, lo cual conduce a pensar que la Alcaldía Distrital y su Secretaría de Educación no vulneraron los derechos constitucionales fundamentales por ella invocados, en vista de que eran tan solo 37 las vacantes a proveer y el resultado obtenido por la demandante lejos la puso de alcanzar alguno de tales puestos.

En esta oportunidad la Sala examinó el caso de la peticionaria inaplicando parcialmente por inconstitucionales tanto el numeral 4° del artículo 3 de la Resolución 20974 de 1989, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, como el numeral 1° del artículo 8 de la Decreto 638 de 1997,

expedido por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C. y que reprodujo al anterior. Sin embargo y como no hay lugar al amparo de los derechos invocados, el fallo objeto de revisión será confirmado, pero única y exclusivamente por las razones consignadas en esta providencia, pues el criterio del *a quo* es equivocado y contrario a lo sentado por la Sala en el numeral tercero de estas consideraciones.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., el 9 de abril de 1999, en el sentido de negar la solicitud de amparo hecha por María Cristina Junca Bermúdez contra la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Educación Distritales de Santafé de Bogotá D.C., pero única y exclusivamente por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-732

octubre 4 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional

SUBORDINACION LABORAL- Trabajador respecto de empresa en concordato

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales/**DERECHO A LA VIDA DIGNA DEL TRABAJADOR**- Pago oportuno de salarios/**DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR**- Pago oportuno de salarios

La Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo judicial extraordinario procedente para el efectivo pago de acreencias laborales, sólo en situaciones excepcionales, una de ellas, cuando con el no pago puntual y completo del salario, única fuente de ingreso económico de una persona y de su familia, afecta sus condiciones mínimas de vida digna. El no pago de los salarios al actor, indiscutiblemente ha violado no sólo el derecho al trabajo, sino que también ha afectado su ritmo de vida y el de la salud en conexidad con la vida, puesto que la salud de su esposa se ha visto amenazada ante la falta de un ingreso que le proporcione un bienestar de vida aceptable, de acuerdo con las necesidades de alimentación y salud.

CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO- Asunción servicio de salud por empleador debido a mora en pago de aportes

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Asunción servicio de salud mientras se produce pago de aportes

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-238778

Acción de tutela instaurada por Julio Hernán Montoya Sánchez contra la empresa Comercial Moderna S.A. -en concordato-

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Primero Laboral del Circuito de Ibagué, dentro de la acción de tutela instaurada por Julio Hernán Montoya Sánchez contra la empresa Comercial Moderna S.A., -en concordato-

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Manifiesta el demandante que se encuentra vinculado como trabajador a la empresa Comercial Moderna S.A. -en concordato-. Como contraprestación a su labor en dicha empresa, el actor no ha recibido los salarios correspondientes a la primera quincena de abril, las dos quincenas de mayo, y el mes de junio. Por otra parte, señala que si bien la entidad le descuenta de su salario lo correspondiente a los aportes a salud, ésta no los cancela puntualmente al Seguro Social desde el año 1996.

Visto lo anterior, el demandante ha debido recurrir a prÉstamos para atender necesidades tan urgentes como los gastos médicos de su esposa quien se encuentra en estado de gestación, así como también para poder cumplir con las obligaciones educativas para con su hijo.

Ante tal situación, solicita se ordene a la empresa Comercial Moderna S.A., -en concordato-, apropiar los recursos necesarios para que le sean canceladas todas las acreencias laborales ya reseñadas.

2. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 13 de julio de 1999, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, resolvió negar la tutela. Consideró que el demandante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial. Además, tampoco es procedente como mecanismo transitorio, pues no se demostró el carácter de mínimo vital y móvil que tiene el salario dejado de percibir, así como tampoco el perjuicio irremediable que se estaría causando.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Procedencia de la tutela contra particulares respecto de los cuales existe subordinación.

Como lo ha indicado la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 42 del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela como mecanismo judicial excepcional, resulta procedente contra particulares, en aquellos casos en los cuales se evidencie un estado de subordinación o indefensión del actor frente a la parte demandada.¹

En el caso objeto de análisis, el actor se encuentra ciertamente en estado de subordinación pues está vinculado como trabajador a la empresa Comercial Moderna S.A. - en concordato -. Por lo tanto, la tutela resulta procedente.

2. La acción de tutela como mecanismo excepcional para el pago de acreencias laborales. Afectación del mínimo vital.

La Corte Constitucional ha indicado en reiterada jurisprudencia, que la acción de tutela es un mecanismo judicial extraordinario procedente para el efectivo pago de acreencias laborales, sólo en situaciones excepcionales, una de ellas, cuando con el no pago puntual y completo del salario, única fuente de ingreso económico de una persona y de su familia, afecta sus condiciones

¹ Cfr. sentencia T-172 de 1997, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

mínimas de vida digna.² El no pago de los salarios al actor, indiscutiblemente ha violado no sólo el derecho al trabajo, sino que también ha afectado su ritmo de vida y el de la salud en conexidad con la vida, puesto que la salud de su esposa se ha visto amenazada ante la falta de un ingreso que le proporcione un bienestar de vida aceptable, de acuerdo con las necesidades de alimentación y salud.

La Sala de Revisión aclara que el hecho de que la empresa se encuentre en un proceso concordatario³, no la libera del deber de cumplir con las obligaciones previamente contraídas, y con mayor razón, tratándose de acreencias laborales que tienen prioridad frente a cualquier otro tipo de obligaciones.

3. Reiteración de jurisprudencia respecto del no pago de aportes a salud y pensión por parte del empleador.

Igualmente, en constante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que en aquellos casos en los cuales los derechos a la salud y seguridad social se encuentren directamente ligados con derechos fundamentales como la vida digna y la integridad personal⁴ resulta procedente la acción de tutela.

En decisión tomada recientemente, la Sala Plena de esta Corporación, unificó la jurisprudencia⁵ en el caso de la mora en el pago de los aportes a salud⁶, rescatando su doctrina según la cual, cuando el empleador no paga los aportes de salud a las empresas que prestan dichos servicios, debe asumir directamente los riesgos que se presenten con su actuar omisivo y negligente; está obligado en consecuencia, a prestar el servicio de salud durante el tiempo que perdure la mora. Lo anterior, por cuanto los trabajadores no pueden verse afectados negativamente por la actitud descuidada de su empleador.

A pesar de que en el expediente no se encuentra comprobado que exista riesgo inminente y actual contra la salud del peticionario y su familia, el patrono deberá asumir en su integridad los costos que en materia de salud requiera el actor, mientras se hacen los pagos a la respectiva E .P.S., la cual no obstante lo anterior deberá prestar los servicios médicos necesarios para la seguridad social del trabajador y su familia en tanto se producen los pagos, pudiendo repetir por tal concepto contra el empleador e imponerle las sanciones a que haya lugar.

III DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

² Cfr. sentencias T-484 y T-528 de 1997, T-031, T-071, T-075, T-106, T-242, T-297 y SU-430 de 1998, entre otras.

³ Cfr. sentencias T-323 de 1996, T-458 de 1997, T-307 y T-658 de 1998, T-005, T-014, T-025 y T-075 de 1999 entre muchas otras.

⁴ Cfr. sentencia SU-562 de 1999, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Sentencia SU-562 de agosto 4 de 1999, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Cfr. sentencias T-606 de 1996, T-072, T-171, T-202, T-299 y T-398 de 1997, T-307 de 1998, T-484 y T-665 de 1999 entre otras.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida el 13 de julio de 1999 por el Juzgado Primero Laboral de Ibagué que negó la presente acción de tutela.

Segundo. **TUTELAR** el derecho fundamental al trabajo. Para su protección **ORDENAR** a la empresa Comercial Moderna S.A., -en concordato- que en un plazo máximo de un mes, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a cancelar al actor, los salarios y aportes de salud adeudados siempre y cuando el flujo de caja lo permita. Si éste fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones que permitan a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo de lo ordenado.

Para garantizar que las acreencias laborales asumidas por la empresa demandada encuentren real y efectivo respaldo económico, la Superintendencia de Sociedades deberá verificar el cumplimiento de lo aquí ordenado.

Tercero. **ORDENAR** a la Empresa Comercial Moderna S.A. que asuma el cubrimiento total en salud que requiera el actor y sus beneficiarios, mientras se pone al día en el pago de las cotizaciones a la correspondiente E.P.S.

Cuarto. Si transcurrido el plazo que se otorga en la presente sentencia, la sociedad demandada no cumple con el pago de las sumas referidas, la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el actor puede hacerse parte en el proceso concursal que se adelanta a la empresa Comercial Moderna S.A., con el fin de obtener el pago de los aportes que por concepto de salud del demandante no le hayan sido cancelados. Lo anterior, sin perjuicio de que preste los servicios necesarios para la seguridad social del trabajador mientras los pagos se producen.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-733

octubre 4 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales/**DERECHO A LA VIDA DIGNA DEL TRABAJADOR**- Pago oportuno de salarios/**DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR**- Pago oportuno de salarios

Esta Corporación ha señalado que la tutela, como mecanismo judicial extraordinario resulta viable para la cancelación de acreencias laborales, cuando el pago oportuno y completo de los salarios se convierte, como en este caso, en el único ingreso familiar que permite llevar una vida en condiciones dignas y justas. Además, el no pago de los salarios durante un periodo prolongado de tiempo, hace presumir la afectación del mínimo vital de los perjudicados. Por lo anterior, quienes se encuentran en dicha situación ven afectadas sus condiciones mas elementales de vida digna, y ven alterados, en igual medida, otros derechos fundamentales.

CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO- Pago preferente de salarios

CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO- Asunción servicio de salud por empleador debido a mora en pago de aportes

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Asunción servicio de salud mientras se produce pago de aportes

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-239232

Acción de tutela contra la empresa Industria Colombiana de Bordados **ICOBORDADOS**, por la presunta violación del derecho fundamental al trabajo.

Actores: Olga Vera Horta, Luz Marina Cruz Velásquez, Myriam Alturo Páez, José Arnulfo Garzón Fula, Ana Delia Gil Bernal, José Antonio Bolívar Prieto, Francisco Valbuena Botello, Emma Hilda Ruiz E., María Elisa Pachón de Villamil, Cristóbal Calderón Matiz, Pablo Emilio Flórez Cortés, Elsy Morales Lozano, María Ana Betilda Mendoza A., Gladys Alturo de Z., Germán Muñoz, Pedro Jesús Suárez Pinto, Teresita de Jesús Piñeros Herrera, Jaime Gerardo Pineda, Carlos Alberto Cruz, José Ignacio Ruiz Echeverry, Luis Alfonso Rodríguez Garay, Jorge Eduardo Moreno Rodríguez, Luz Marina Sierra Alcedra, Cecilia Rosa Rusinque, Jeremías Martínez Largo, Gloria Elena Durán Blanco, Albertina López Martínez, María Elisa Barón Benavides, Carmen Rosa Pérez Herrera, Gilma Rondón, Amparo Torrijos Gutiérrez, Myriam Sánchez, Clara Inés Nieto Medina, Hortensia C. de Barón, Blanca Inés López, Martha Ruth Herrera Cubillos, María del

Carmen Muñoz Monroy, Zulma Sánchez Velásquez, Aracely Herrera Gutiérrez, Martha Elena Ríos Pulgarín, Myriam Guzmán Castro, Blanca Lilia Vargas Arias, Mariela Luque Garzón, Jorge Enrique Rodríguez Mora, Myriam Custodia Romero de Márquez, María Olga Parra Ortiz, María Alcira Mahecha, Alirio Sarmiento Muñoz, Blanca Nubia Mendoza Pacheco, Gustavo Fuentes Gómez, Aliria Serna de Ortiz, Luis Ignacio Walteros C., Héctor Manuel León Beltrán, Daniel Guerrero Guerrero, Marleny Parra Díaz, Luz Marina Parra Rozo, Jorge Eliécer Ortega Moreno, María Belén Mora Barreto, Adalina Pérez Tofancy, Aura Lilia Camargo Valderrama, Plinio Flórez, Omaira Giraldo Alvarez, Luz Marina Moreno, Bárbara Aurora Posada Angarita, Lilia Pardo de Ibáñez, Claudia Alborno de Prada, Hernando Sánchez Huertas, Flor Alba Bejarano, Amaida Figueredo, María Estela Márquez, Myriam Salazar, Gustavo Jiménez, Beatriz Matiz Gómez, Luz María Mendivelso, Celia Rangel Rueda, Rosalba González Monroy, Juan de Jesús Donoso Díaz, Celia Buitrago Díaz, Guillermo Pinzón Vega, Emma Aura Liévano García, Myriam Alape Yate, Alicia Cruz de Rodríguez, Jairo Navarro, Natividad Pérez Scarpetta, Ana Isabel Osorio Rodríguez, José Gabriel Vargas Ochoa, Domingo Gutiérrez Martínez, Luis López Pérez, Luis Alejandro Meléndez Torres, Miguel Antonio Figueredo Figueredo, José Ignacio Guerrero Moreno, Luis Arturo Ramírez Muñoz, Gerardo Quiroga Téllez, Luis Eduardo Vigoya Gómez, María Cristina Cruz de Garibello, Ana Dely Ortiz Ortiz, María Delia Hernández Duarte y Jesús Elena Rodríguez Mora.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional compuesta por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Once de Familia de Santafé de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Olga Vera Horta y otros, contra la empresa Industria Colombiana de Bordados ICOBORDADOS - en concordato-

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Los demandantes señalan que la Industria Colombiana de Bordados S.A. "ICOBORDADOS", empresa para la cual laboran, no les ha cancelado sus salarios desde el 1° de abril del año en curso. Anotan que la empresa viene incumpliendo sus obligaciones laborales, dejando de pagar los salarios de manera puntual y omitiendo hacer los aportes a salud y pensión, aún cuando los descuentos sobre el salario se hicieron hasta último momento. Con esta conducta la empresa vulnera los derechos fundamentales a la vida, al trabajo y a la seguridad social.

Ante tal situación, solicitan se ordene a la empresa ICOBORDADOS S.A., -en concordato - que cancele, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, los salarios dejados de pagar desde el 31 de marzo del presente año, así como los aportes obreros - patronales por concepto de salud y pensión.

2. Decisión de instancia.

El Juzgado Once de Familia de Santafé de Bogotá, mediante providencia del treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), concedió el amparo solicitado sólo respecto de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, y procedió a negarla respecto del

derecho al trabajo. Señaló el juzgado de instancia que el no pago de los aportes a la salud, atenta contra los derechos a la salud y a la vida, pues la falta de atención médica puede ocasionar un desenlace fatal. Sin embargo, en lo relacionado con el pago de los salarios adeudados, no resulta viable la acción de tutela, pues los actores tienen otra vía de defensa judicial, y deberán someterse a los resultados del proceso liquidatorio, con la tranquilidad de que, de acuerdo con la prelación de créditos señalada por el Código Civil, los laborales son de primera clase. Por lo anterior, la entidad deberá quedar a paz y salvo con la respectiva entidad promotora de salud y en relación con cada uno de los demandantes en la presente tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Procedencia excepcional de la tutela para el pago de acreencias laborales. Afectación del mínimo vital.

A pesar de que la tutela está dirigida contra un particular, se acepta su procedencia de acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, pues los demandantes se encuentran en estado de subordinación respecto de quien les debe pagar los salarios correspondientes.

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la tutela, como mecanismo judicial extraordinario resulta viable para la cancelación de acreencias laborales, cuando el pago oportuno y completo de los salarios se convierte, como en este caso, en el único ingreso familiar que permite llevar una vida en condiciones dignas y justas.¹ Además, el no pago de los salarios durante un periodo prolongado de tiempo, hace presumir la afectación del mínimo vital de los perjudicados.² Por lo anterior, quienes se encuentran en dicha situación ven afectadas sus condiciones más elementales de vida digna, y ven alterados, en igual medida, otros derechos fundamentales.

El caso objeto de revisión, es similar al tratado por esta misma Sala en la sentencia T-550 del 29 de julio de 1999, en la cual se admitió efectivamente, que a la actora, trabajadora de ICORBORDADOS se le había violado su derecho fundamental al trabajo por afectación a su mínimo vital. En el presente proceso, la situación que atraviesan los demandantes resulta bastante difícil, en la medida en que vienen incumpliendo sus obligaciones más importantes como el pago de arrendamientos, de los créditos para la compra de alimentos y otros bienes de consumo. Además de carecer de otra fuente de ingreso económico, de haber agotado los pocos recursos que les fueron prestados, muchos de ellos han sido señalados en los sectores donde residen como personas impedidas para cumplir con sus obligaciones, lo cual ha agravado su ya compleja situación económica, pues no sólo se ve afectada su precaria condición de vida, sino comprometida su capacidad para lograr y asumir nuevos compromisos económicos. Por lo tanto, resulta evidente, que las condiciones mínimas para mantener una vida en condiciones dignas y justas, se han visto deterioradas drásticamente ante el no pago de sus salarios, por ello surge la protección excepcional de la tutela.

Advierte también la Sala que el hecho de que la empresa demandada se encuentre en proceso concordatario³, no la exime de cumplir con sus obligaciones, y más aún, tratándose de acreencias laborales que tienen prioridad frente a otro tipo de créditos.

¹ Cfr. sentencias T-484 y T-528 de 1997, T-031, T-071, T-075, T-106, T-242, T-297 y SU-430 de 1998, entre otras.

² Cfr. sentencias T-259 y T-606 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

³ T-323 de 1996, T-458 de 1997, T-307 y T-658 de 1998, T-005, T-014, T-025 y T-075 de 1999.

2. Reiteración jurisprudencial en relación con el no pago de aportes a salud y pensión por parte del empleador.

La Corte Constitucional, ha señalado en su inmensa jurisprudencia que la acción de tutela surge como el mecanismo judicial adecuado para la protección efectiva de los derechos fundamentales a la salud, y a la seguridad social, en los eventos en los cuales dichos derechos se encuentren vinculados directamente a otros de carácter fundamental como la vida digna y la integridad personal.⁴

En reiterada jurisprudencia proferida por esta Corporación,⁵ y más recientemente en sentencia de unificación⁶ se ha señalado que cuando el empleador no cancela los aportes a las correspondientes empresas de salud y a las administradoras de fondos de pensiones, es él mismo quien debe asumir los riesgos que con tal omisión se generan, de tal forma, que corre con la prestación del servicio de salud y asume la carga pensional que surja, pues el trabajador no puede verse afectado negativamente por la actitud negligente de su empleador.

A pesar de que en el expediente no se encuentra comprobado que exista riesgo inminente y actual contra la salud de las personas que interponen las tutelas, el patrono deberá asumir en su integridad los costos que en materia de salud requieran eventualmente sus empleados, mientras se hacen los pagos a las respectivas E.P.S, quienes sin perjuicio de lo anterior, deberán prestar los servicios necesarios para la seguridad social de los trabajadores y de sus familias mientras los pagos se producen, pudiendo repetir por tal concepto contra el patrono e imponerle las sanciones a que haya lugar.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Once de Familia de Santafé de Bogotá del catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), y en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la vida, dignidad y el trabajo de los señores Olga Vera Horta, Luz Marina Cruz Velásquez, Myriam Alturo Páez, José Arnulfo Garzón Fula, Ana Delia Gil Bernal, José Antonio Bolívar Prieto, Francisco Valbuena Botello, Emma Hilda Ruiz E., María Elisa Pachón de Villamil, Cristóbal Calderón Matiz, Pablo Emilio Flórez Cortés, Elsy Morales Lozano, María Ana Betilda Mendoza A., Gladys Alturo de Z., Germán Muñoz, Pedro Jesús Suárez Pinto, Teresita de Jesús Piñeros Herrera, Jaime Gerardo Pineda, Carlos Alberto Cruz, José Ignacio Ruiz Echeverry, Luis Alfonso Rodríguez Garay, Jorge Eduardo Moreno Rodríguez, Luz Marina Sierra Alcedra, Cecilia Rosa Rusinque, Jeremías Martínez Largo, Gloria Elena Durán Blanco, Albertina López Martínez, María Elisa Barón Benavides, Carmen Rosa Pérez Herrera, Gilma Rondón, Amparo Torrijos Gutiérrez, Myriam Sánchez, Clara Inés Nieto Medina, Hortensia

⁴ Cfr. sentencia SU-562 de 1999, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Cfr. sentencias T-606 de 1996, T-072, T-171, T-202, T-299 y T-398 de 1997, T-307 de 1998, T-484 y T-665 de 1999 entre otras.

⁶ Sentencia SU-562 de agosto 4 de 1999, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

C. de Barón, Blanca Inés López, Martha Ruth Herrera Cubillos, María del Carmen Muñoz Monroy, Zulma Sánchez Velásquez, Aracely Herrera Gutiérrez, Martha Elena Ríos Pulgarín, Myriam Guzmán Castro, Blanca Lilia Vargas Arias, Mariela Luque Garzón, Jorge Enrique Rodríguez Mora, Myriam Custodia Romero de Márquez, María Olga Parra Ortiz, María Alcira Mahecha, Alirio sarmiento Muñoz, Blanca Nubia Mendoza Pacheco, Gustavo Fuentes Gómez, Aliria Serna de Ortíz, Luis Ignacio Walteros C., Héctor Manuel León Beltrán, Daniel Guerrero Guerrero, Marleny Parra Díaz, Luz Marina Parra Rozo, Jorge Eliécer Ortega Moreno, María Belén Mora Barreto, Adalina Pérez Tofancy, Aura Lilia Camargo Valderrama, Plinio Flórez, Omaira Giraldo Alvarez, Luz Marina Moreno, Bárbara Aurora Posada Angarita, Lilia Pardo de Ibáñez, Claudia Albornoz de Prada, Hernando Sánchez Huertas, Flor Alba Bejarano, Amaida Figueredo, María Estela Márquez, Myriam Salazar, Gustavo Jiménez, Beatriz Matiz Gómez, Luz María Mendivelso, Celia Rangel Rueda, Rosalba González Monroy, Juan de Jesús Donoso Díaz, Celia Buitrago Díaz, Guillermo Pinzón Vega, Emma Aura Liévano García, Myriam Alape Yate, Alicia Cruz de Rodríguez, Jairo Navarro, Natividad Pérez Scarpetta, Ana Isabel Osorio Rodríguez, José Gabriel Vargas Ochoa, Domingo Gutiérrez Martínez, Luis López Pérez, Luis Alejandro Meléndez Torres, Miguel Antonio Figueredo Figueredo, José Ignacio Guerrero Moreno, Luis Arturo Ramírez Muñoz, Gerardo Quiroga Téllez, Luis Eduardo Vigoya Gómez, María Cristina Cruz de Garibello, Ana Dely Ortiz Ortiz, María Delia Hernández Duarte y Jesús Elena Rodríguez Mora.

Segundo. **ORDENAR** al señor Liquidador de la empresa Industria Colombiana de Bordados ICOBORDADOS - en concordato -, que en el término de dos meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a cancelar de manera completa todos los salarios y aportes a salud, pendientes y adeudados a los actores siempre y cuando el flujo de caja lo permita. Si este fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar y culminar las gestiones que permitan obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo de lo ordenado.

Para garantizar que las acreencias laborales asumidas por la empresa demandada encuentren real y efectivo respaldo económico, la Superintendencia de Sociedades verificará el cumplimiento de lo aquí ordenado.

Tercero. **ORDENAR** a la Industria Colombiana de Bordados ICOBORDADOS, el cubrimiento total de la atención en salud que requieran los demandantes y sus beneficiarios, mientras se pone al día en el pago de las cotizaciones a las correspondientes E.P.S.

Cuarto. Si transcurrido el plazo que se otorga en la presente sentencia, la sociedad demandada no cumple con el pago de las sumas referidas, el ISS y las restantes E.P.S., en las cuales se encuentran afiliados los accionantes pueden hacerse parte en el proceso concursal que se adelanta a la empresa Industria Colombiana de Bordados ICOBORDADOS - en concordato -, con el fin de obtener el pago de los aportes que por concepto de salud y pensiones de sus trabajadores no les hayan sido cancelados.

Todo lo anterior, sin perjuicio de que el I.S.S., y las restantes E.P.S., presten los servicios necesarios a los trabajadores y sus familias mientras los pagos se producen, pudiendo repetir por tal concepto contra el patrono e imponerle las sanciones a que haya lugar.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente
JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

⁸ Sentencia T-225 de 1993, M.P. dr. Vladimiro Naranjo Mesa

SENTENCIA T-734

octubre 4 de 1999

DERECHO DE PETICIÓN Y DEBIDO PROCESO EN VIA GUBERNATIVA-Resolución oportuna de recurso de apelación

Esta Corporación ha establecido a través de su jurisprudencia que la inobservancia de los términos para resolver de manera oportuna los recursos interpuestos contra los actos administrativos, viola de manera directa los derechos fundamentales al debido proceso y de petición, pues el peticionario está en su derecho de recibir una respuesta oportuna al recurso por él presentado en tiempo. Con su comportamiento tardío, la administración pone en entre dicho los principios de eficacia y celeridad, los cuales son propios de la función pública.

DERECHO DE PETICIÓN FRENTE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Resolución oportuna de recurso de apelación

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-240455

Acción de tutela interpuesta por Orlando López Lemus contra los Seguros Sociales, Seccional Tunja.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Señala el actor Orlando López Lemus, que su esposa falleció el 24 de noviembre de 1994, encontrándose en ese momento afiliada al Seguro Social, Seccional Sogamoso. El 20 de septiembre de 1996 se presentó ante el I.S.S. Seccional Tunja, en su condición de cónyuge superstite y en calidad de representante legal de sus dos hijas menores de edad, a fin de reclamar la prestación correspondiente. Sin embargo, la entidad demandada, mediante resolución del 16 de junio de 1998 negó el reconocimiento de la sustitución pensional solicitada. En vista de lo anterior, el tutelante, mediante apoderado judicial interpuso los recursos correspondientes contra la resolución que le negó la prestación solicitada. Recurrida la mencionada resolución, esta fue confirmada.

Apelada dicha decisión ante la Gerencia Nacional del Seguro Social, han transcurrido más de seis (6) meses sin que se haya recibido respuesta alguna. Por ello considera el accionante violados sus derechos al debido proceso y de petición. Solicita se ordene a la Gerencia Nacional del Seguro Social dar respuesta a su petición en el menor tiempo posible.

2. Decisiones que se revisan.

Mediante sentencia del 21 de julio de 1999, el Tribunal Administrativo de Boyacá, negó la tutela. Consideró que no hay violación del derecho fundamental al debido proceso, pues como lo señala el mismo actor y como se desprende de los documentos obrantes en el expediente, su petición se encuentra en éste momento surtiendo el trámite ordinario señalado por la ley.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación ha establecido a través de su jurisprudencia que la inobservancia de los términos para resolver de manera oportuna los recursos interpuestos contra los actos administrativos, viola de manera directa los derechos fundamentales al debido proceso y de petición¹, pues el peticionario está en su derecho de recibir una respuesta oportuna al recurso por él presentado en tiempo.

Con su comportamiento tardío, la administración pone en entredicho los principios de eficacia y celeridad, contenidos en el artículo 209 de la C.P. los cuales son propios de la función pública.

Visto lo anterior, esta Corporación ha señalado² que la autoridad administrativa argumentando el silencio administrativo negativo, no puede abstenerse de dar respuesta, pues con dicha conducta vulnera el núcleo esencial del derecho de petición, el cual debe originar una respuesta clara, pronta y sustancial con relación a lo solicitado. La Corte ha manifestado de manera reiterada que el silencio es la principal prueba de la evidente violación del derecho fundamental de petición³.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. En su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos de petición y debido proceso al señor Orlando López Lemus.

Segundo. **ORDENAR** al I.S.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, responda el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 03109 de junio 16 de 1998.

¹ Cfr. sentencias T-294, T-454 de 1997, T-240, T-281, T-291, T-306, T-365 de 1998, T-344 y T-811 de 1999.

² Sentencias T-011 de 1998, T-663, T-369, T-069 de 1997, T-148 de 1996, T-213 de 1996, T-241 de 1996, T-700 de 1996.

³ Cfr. Sentencias T-242 de 1993 y T-369 de 1997

T-734/99

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-735

octubre 5 de 1999

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL- Mérito como elemento esencial/**CARRERA JUDICIAL**- Nombramiento atendiendo lista de elegibles y en estricto orden de resultados

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDONEO E INEFICAZ- Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto en concurso para carrera

ACCION DE TUTELA- Reclamación en todo momento

Reiteración de Jurisprudencia.

Referencia: Expediente T-225290.

Acción de tutela instaurada por María Inés Blanco Turizo contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por María Inés Blanco Turizo contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

La demandante dice que concursó para ser nombrada magistrada en alguno de los Consejos Seccionales de la Judicatura existentes en el país y que, agotadas todas las etapas del concurso, obtuvo el lugar número 54 en el Registro Nacional de Elegibles, integrado para dichos cargos por resolución 071 del 19 de febrero de 1998, pero que, después de escoger como opción de sede los Consejos Seccionales de la Judicatura de Norte de Santander (en primera opción) y del Tolima (en segunda opción), fue ubicada en el tercer puesto dentro de la lista de candidatos a ser nombrados en la primera de las corporaciones mencionadas, con 700.71 puntos. No obstante,

agrega, fueron nombrados como magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander “*los doctores Olga Mercedes Mantilla Forero, quien obtuvo 546.18 puntos y ocupó el puesto 119 en orden descendente de puntaje a nivel nacional y Edgar Enrique Bernal Jáuregui, quien obtuvo 535.95 puntos y ocupó el puesto 124 en orden descendente de puntaje a nivel nacional*”, candidatos que obtuvieron los lugares noveno y décimo de la lista integrada para esa seccional.

Considera que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, al no tener en cuenta su nombre para la designación en el cargo mencionado, vulneró los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, este último en la modalidad de acceso a cargos y funciones públicos, pues desconoció el mérito alcanzado en el concurso como único criterio de selección para la provisión de los cargos, ya que en ellos fueron designadas personas que obtuvieron puntajes y, por ende, lugares inferiores al suyo en la lista de candidatos.

2. Decisiones objeto de revisión.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C. y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia rechazaron por improcedente la acción de tutela para los derechos invocados, con el argumento de que la demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como es el proceso contencioso administrativo ante la jurisdicción especializada correspondiente, no la Constitucional, mediante las acciones dispuestas en el código de la materia.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones reseñadas, de conformidad con los artículos 86 y 241-9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del decreto 2591 de 1991.

2. El asunto.

Reiterar la jurisprudencia constitucional relativa a la forma en que deben ser elegidos los funcionarios judiciales para ser inscritos en la carrera.

3. El nombramiento en carrera de los funcionarios judiciales debe atender al orden establecido en la respectiva lista de candidatos.

Actualmente se encuentra unificada la jurisprudencia constitucional en este sentido, que ha sido invariable desde la sentencia C-040 de 1995¹, hasta la más reciente sobre este asunto, la SU-257 de 1999², pasando por las sentencias también de Sala Plena C-037 de 1996³, SU-133, SU-134, SU-135 y SU-136 de 1998 y SU-086 de 1999⁴.

En efecto, en los pronunciamientos citados esta Corporación ha sostenido la tesis de que, sean empleados o funcionarios judiciales, su designación debe obedecer al mérito alcanzado en el concurso celebrado para acceder a la carrera judicial, representado en el resultado obtenido y, por ende, en el lugar ocupado bien en la lista de elegibles, ora en la lista de candidatos, las cuales,

¹ Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

² Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

³ Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara, respectivamente.

para efecto de nombramientos, en nada se diferencian⁵. De manera que si a los cargos objeto de concurso acceden personas que no obtuvieron los mejores resultados en él, con ello la entidad nominadora viola los derechos en esta acción de tutela invocados, en cabeza de quienes alcanzaron los mejores resultados y, por consiguiente, los mejores lugares en la lista de elegibles o candidatos.

4. Las acciones contencioso administrativas no son eficaces para restablecer los derechos de quienes, teniendo derecho por haber ocupado lugares privilegiados en el concurso, no son designados en los cargos objeto del mismo.

En la jurisprudencia constitucional esta discusión también ha llegado a su fin, pues en los pronunciamientos de tutela citados se evaluó la efectividad tanto de la acción electoral que en casos como el presente puede entablarse, como la de nulidad y restablecimiento del derecho, llegando la Corte a la conclusión de que:

“Para los propósitos de hacer efectivos los enunciados derechos fundamentales de manera oportuna y cierta, y para asegurar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución, no es la acción electoral -que puede intentarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- el medio judicial idóneo con efectividad suficiente para desplazar a la acción de tutela. Se trata, desde luego, de una acción pública que puede ser intentada por cualquier ciudadano, pero que no tiende a reparar de manera directa y con la oportunidad necesaria los derechos fundamentales de quienes han participado en el concurso”⁶.

Y en cuanto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

“El procedimiento administrativo complejo a que da lugar el concurso, comprende una serie de etapas (convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección), conformadas por actos jurídicos y materiales que tienden a una finalidad, como es la conformación de una lista de elegibles, con base en la cual se produce el nombramiento en período de prueba.

El acto de la administración que establece la lista de elegibles constituye un acto administrativo, porque la administración, hace una evaluación fáctica y jurídica, emite un juicio y produce consecuentemente una decisión, la cual es generadora de derechos y creadora de una situación jurídica particular, en el sentido de que las personas incluidas en dicha lista tienen una expectativa real de ser nombradas en el correspondiente empleo. Indudablemente, la elaboración de dicha lista constituye un acto preparatorio de otro, como es el nombramiento en período de prueba de la persona seleccionada, pero ello no le resta a aquél su entidad jurídica propia e independiente de éste.

Con respecto a las personas no incluidas en la lista por no haber obtenido el puntaje correspondiente a juicio de la administración, según las bases del concurso, se genera igualmente una situación jurídica particular y concreta aunque negativa, en el sentido de que la determinación de la lista de elegibles conlleva la decisión desfavorable a ser tenidas en cuenta para la provisión del empleo; a las personas que han sido ubicadas en dicha lista en un lugar que no corresponde, conforme a los resultados reales y atendidas las bases del

⁵ Cfr. Sobre todo la sentencia C-037 de 1996, Sala Plena, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-086 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

concurso, también se les crea una situación jurídica de la misma índole, porque se les limita, restringe o se les anula la posibilidad de ser nombradas en el empleo que debe ser provisto.

Desde un punto de vista meramente formal, es obvio que contra el acto en cuestión los afectados pueden intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; pero a juicio de la Sala este medio alternativo de defensa judicial no es idóneo y eficaz, por las siguientes razones:

- La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

- La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?.

Hipóticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el

concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de elegibles.

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, mas aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-256 del 6 de junio de 1995. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell)⁷.

5. El caso concreto.

La Sala observa que, efectivamente, quienes ahora ostentan la dignidad de magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander por disposición de la autoridad demandada, no tenían mejor derecho a ser nombrados en comparación con la demandante, pues estaban por debajo suyo en el Registro Nacional de Elegibles y también en la lista de candidatos a esa seccional, de manera que, atendiendo estrictamente al criterio del mérito en los términos arriba descritos, hubo una vulneración clara de los derechos invocados por la demandante que, como también antes se anotó, no cuentan con una acción judicial distinta a la de tutela para obtener una protección eficaz.

El juez de primera instancia dio oportunidad a los actuales magistrados de que, como terceros con interés dentro del proceso, ejercieran su derecho de defensa y participaran en él, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 29 de la Constitución Política, quienes en un memorial conjunto manifestaron, en síntesis, que no se debía conceder el amparo solicitado por las siguientes razones: 1.- porque ellos habían sido designados de manera legítima y actualmente gozan de estabilidad en el empleo; 2.- porque la demandante cuenta con las acciones descritas en el Código Contencioso Administrativo para obtener una protección eficaz de los derechos invocados; 3.- porque la demandante había dejado pasar un año y cinco meses antes de demandar, y ello es contrario a la principal finalidad de la acción de tutela, cual es "la protección

⁷ *Ibidem* y Sala Plena, sentencias SU-133, 134, 135 y 136 de 1998, y SU-257 de 1999.

inmediata de los derechos"; y 4.- porque los intervinientes habían renunciado a otros cargos en la Rama Judicial, uno de ellos, incluso, inscrito en carrera (el doctor Edgar Enrique Bernal Jauregui como juez Segundo Promiscuo de Familia de Arauca), de manera que sus derechos laborales no pueden depender del capricho o las conveniencias de la accionante.

Al respecto, la Sala considera que no tienen razón los intervinientes en sus alegaciones por lo siguiente: 1.- porque si el nombramiento de los funcionarios judiciales debe atender, única y exclusivamente, al mérito demostrado en el concurso, pues no hay legitimidad de una designación que desconoce abiertamente dicho criterio de selección, circunstancia demostrada en este caso con el hecho de que actualmente ocupan el cargo de magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, no quienes obtuvieron los primeros lugares en la lista, sino quienes ocuparon los puestos noveno y décimo. ¿Cómo pretender derivar legitimidad y estabilidad de un hecho ilegítimo y discriminatorio?

2.- En cuanto a la eficacia de las acciones descritas en el Código Contencioso Administrativo, la Sala reitera lo dicho en el numeral 4 de estas consideraciones en sentido contrario a lo pretendido por los intervinientes y puntualiza que la acción de tutela es procedente en casos como el presente, por ser el único mecanismo efectivo de defensa de los derechos invocados.

3.- Sobre la supuesta demora en que incurrió la demandante en ejercer esta acción, de manera que los hechos aquí analizados se consumaron y, por ende, no puede conseguirse la finalidad esencial de la acción de tutela consistente en la realización inmediata de las garantías constitucionales fundamentales, la Sala observa que, por encima de dicha consideración, se encuentra el mandato expreso contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, según el cual *"toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar...la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales"* (subraya no original), disposición que impide a los jueces de la República no atender una solicitud de tutela con semejante argumento. De otro lado, el texto de la norma que define el hecho consumado es el único que resta razón a los alegatos de los intervinientes: *"si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado..."*⁸ (subraya no original) y, como podrá observarse en la parte resolutive de esta sentencia, los derechos de la demandante están lejos de la imposibilidad de ser restablecidos.

4.- El posible perjuicio generado a los intervinientes no con esta decisión, pues aquí solamente se protegerá un derecho conculcado, sino con la actuación de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, no corresponde evaluarlo al juez de tutela, ya que ello sí corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En fin, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura debió nombrar a la demandante antes que a los actuales magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, doctores Olga Mercedes Mantilla Forero y Edgar Enrique Bernal Jauregui, y, al preferirlos, no obstante el poco mérito que ostentaron comparado con el de la demandante, vulneró efectivamente los derechos invocados por ésta. Entonces, tal y como se ha dispuesto en los pronunciamientos que ahora se reitera, se ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento

⁸ Decreto 2591 de 1991, artículo 24.

en que se entere del contenido de la presente providencia, nombre a la doctora María Inés Blanco Turizo como magistrada del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, en lugar del doctor Edgar Enrique Bernal Jauregui, quien, de los terceros intervinientes en el presente proceso, es el que menos mérito tiene para ocupar dicho cargo.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 18 de mayo de 1999 y, en su lugar, tutelar los derechos constitucionales fundamentales de María Inés Blanco Turizo a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de acceso a cargos y funciones públicos.

Segundo. **ORDENAR** a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, nombre en el cargo de magistrada del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander a María Inés Blanco Turizo, en lugar de Edgar Enrique Bernal Jauregui, quien deberá ser tenido en cuenta para futuros nombramientos, con sujeción estricta al mérito obtenido en el concurso, representado en el lugar que ocupa en la lista de candidatos correspondiente.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-736

octubre 5 de 1999

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-
Carácter fundamental

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-
Procedencia excepcional de tutela

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Elementos fácticos que deben demostrarse

MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO FIJO- Protección

ACCION DE TUTELA- Subsidiariedad

PERJUICIO IRREMEDIABLE- Elementos

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Definición de existencia y cuantía de obligaciones en
dinero

Referencia: Expediente T-215.825

Peticionaria: Gloria Nohemí Aranguren Botía

Procedencia: Juzgado 44 Civil Municipal de Santafé de Bogotá

Tema: Estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C. cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Vladimiro Naranjo Mesa - presidente de la Sala -, Alfredo Beltrán Sierra y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-215.825, adelantado por Gloria Nohemí Aranguren Botía contra Junta de Fábrica Iglesia Presbiteriana Colegio Americano de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número cinco de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La señora Gloria Nohemí Aranguren Botía, solicita al juez de tutela proteger los derechos fundamentales de petición, de protección especial a la maternidad, de igualdad entre los sexos y al trabajo, presuntamente vulnerados por la Junta de Fábrica Iglesia Presbiteriana Colegio Americano de Bogotá (en adelante “el Colegio”). Los hechos que fundamentan la demanda son los siguientes:

2. Hechos de la demanda

Relata la accionante que durante cuatro años seguidos (1995, 1996, 1997 y 1998) laboró para el Colegio como docente de la sección de bachillerato, bajo la modalidad de contrato a término fijo. Cada año se suscribió un contrato por el término del período académico correspondiente. El día 9 de septiembre de 1998, la accionante informó por escrito a la rectora del Colegio que se hallaba en estado de embarazo, y el 30 de octubre siguiente recibió una comunicación en la cual su empleador le informaba que su contrato de trabajo terminaría el 15 de diciembre del mismo año. Ante esta situación, el 19 de enero solicitó verbalmente ser reintegrada al Colegio, petición que le fue denegada. La peticionaria entonces hizo llegar al Colegio el concepto proferido por el Ministerio del Trabajo, concepto según el cual, con fundamento en la jurisprudencia sentada por esta Corporación, debe concluirse que el despido por vencimiento del plazo de una mujer embarazada vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo, no puede considerarse como justo si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral, la materia del trabajo y si el trabajador ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones.

Posteriormente, el día 21 de marzo de 1999, la accionante y el Colegio acudieron a una audiencia de conciliación en el centro de conciliación del Consultorio Jurídico de la Universidad Javeriana, sin que hubiera podido llegarse a ningún acuerdo entre las partes.

La actora anexó a la demanda todas las pruebas de los hechos que se acaban de relatar. El Juzgado consideró necesario inadmitir la demanda hasta tanto la actora no hiciera claridad respecto de los derechos fundamentales que estimaba vulnerados, cosa que ella cumplió cabalmente, por lo cual la demanda fue admitida.

Con fundamento en los hechos anteriormente relatados, la peticionaria solicita al juez constitucional ordenar el pago de la indemnización a que considera tiene derecho por haberse desconocido su estado de embarazo.

3. Contestación de la demanda

La señora Sonia Inés Betancour de Cortés, actuando como representante legal del Colegio, dio respuesta a la demanda de tutela oponiéndose a las pretensiones de la actora, con fundamento en los siguientes argumentos:

La accionada puso especial relieve en que la actora había sido vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo. Aduce que “en virtud del principio de libre contratación, en cada período lectivo se determina la conformación del cuerpo de profesores, con relativa anticipación”. De esta manera, algunos docentes son llamados a proseguir en la entidad, pero otros no, como en el caso de la tutelante. A su parecer, el aviso de embarazo dado por la trabajadora, “en modo alguno obliga al Colegio a mantener vigente la relación contractual rota”.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Pruebas recaudadas por el juez de instancia.

En declaración juramentada rendida ante el Juzgado de instancia, la rectora del Colegio accionado, a solicitud del mencionado Despacho, ratificó la ocurrencia de los hechos relatados por la tutelante en la demanda, aclaró que se le habían cancelado los salarios y prestaciones a que tenía derecho a la finalización del contrato por vencimiento del término y, a la pregunta relativa a si la trabajadora cumplía a cabalidad con las obligaciones que le competían en calidad de maestra de la institución, respondió que sí cumplía las funciones normales que le correspondían y que no había sido sancionada, ni se le había abierto ninguna investigación disciplinaria.

2. Fallo de única instancia.

El Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Santafé de Bogotá, en fallo proferido el 5 de abril de 1999, consideró que no existía ninguna vulneración al derecho de petición de la actora, toda vez que su solicitud de reintegro había sido respondida negativamente por el Colegio.

De otra parte, estimó que la acción de tutela se debía utilizar únicamente cuando el sistema jurídico no tuviera previsto otro mecanismo judicial de protección, y que en lo relativo al pago de la indemnización reclamada por la accionante, ella contaba con la vía ordinaria laboral. Con fundamento en lo anterior, denegó la acción.

3. Pruebas recaudadas por la Corte Constitucional

1. Por Auto de 11 de agosto de 1999, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, considerando que para mejor proveer se hacía necesario practicar una prueba, resolvió citar a la actora para que bajo la gravedad de juramento rindiera declaración ante el Despacho del magistrado sustanciador. La respectiva diligencia tuvo lugar el día 17 de agosto de 1999 en el Despacho de la doctora Cristina Pardo Schlesinger, magistrada auxiliar, delegada por la Sala para practicarla.

Interrogada por el Despacho respecto de su actual situación personal y laboral, la actora informó que había dado a luz un niño, para entonces de tres meses y medio de edad y que a la fecha estaba desempleada. En respuesta a las preguntas que se le formularan, tendientes a establecer el compromiso actual de su mínimo vital de subsistencia, la interrogada respondió que era casada, que convivía con su marido, padre del niño, quien trabajaba como asalariado y veía por ella y el menor. Que no tenían más hijos ni personas a cargo, y que el salario que devengaba su cónyuge, aproximadamente setecientos mil pesos (\$700.000), alcanzaba para cubrir las necesidades básicas de la familia. Informó, adicionalmente, que ella y su hijo eran beneficiarios de su esposo, y como tales contaban con seguridad social en salud a través del plan obligatorio prestado por la empresa "FAMISANAR".

Interrogada adicionalmente sobre su interés en ser reintegrada a la plaza laboral que ocupaba, respondió que no tenía tal interés y que lo que buscaba era la indemnización por despido injustificado.

2. De igual manera, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, mediante auto del 23 de agosto de 1999, consideró que para mejor proveer era necesario citar a la señora Sonia Inés Betancour de Cortés, rectora y representante legal del Colegio, a fin de interrogarla bajo juramento. La correspondiente diligencia se llevó a cabo el día martes 31 de agosto siguiente, en el despacho de la doctora Cristina Pardo Schlesinger, magistrada auxiliar, quien igualmente fue comisionada por el referido auto para llevar a cabo el interrogatorio mencionado.

Interrogada por el Despacho respecto de los motivos por los cuales el Colegio había dado por terminado el contrato de trabajo de la demandante, la representante legal del Colegio contestó que en modo alguno tales motivos tenían que ver con el estado de embarazo de la actora. Informó que a pesar de que la evaluación de labores de la demandante había obtenido una calificación correspondiente a un cumplimiento “normal”, este no era tan alto como lo exigían las proyecciones del Colegio para el año de 1999, situación que originó la determinación de no renovar el contrato. Idéntica determinación se presentó respecto de otros nueve docentes, por las mismas razones. Indicó que el Colegio adelantaba un proceso de reestructuración de las áreas académicas, y que el perfil de la demandada no se ajustaba a las proyecciones del Colegio. Agregó, finalmente, que en años anteriores el Colegio había renovado el contrato de trabajo a término fijo de otras maestras que para el momento de expiración del mismo estaban embarazadas.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. Antecedentes jurisprudenciales

En oportunidades anteriores, la Corte Constitucional se ha pronunciado en torno de los derechos al trabajo, a la maternidad y a la igualdad de mujeres embarazadas. Al respecto ha sentado con claridad una posición según la cual dichas mujeres gozan de una estabilidad laboral reforzada. En este sentido, en la Sentencia C-470 de 1997¹ afirmó:

“La Corte considera que, la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”

Sobre el mismo tema, la jurisprudencia ha definido los siguientes puntos:

- a) Que la protección al trabajo de la mujer embarazada origina un derecho de rango constitucional fundamental, defendible, en ciertas circunstancias, mediante la acción de tutela;
- b) Que para la procedencia de la acción de tutela motivada por el despido de una mujer embarazada, deben darse ciertas circunstancias, adicionales al compromiso del mínimo vital;
- c) Que, en términos generales, y también en el caso de las mujeres en período de gestación, el vencimiento del plazo del contrato a término fijo no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral.

- En cuanto a lo primero, en reiterados pronunciamientos la Corte ha sostenido que la protección laboral especial a la mujer embarazada, es un derecho de rango constitucional fundamental. Así, en la citada Sentencia C-470 de 1997, consideró que la protección a la mujer

¹ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

que se encontraba en la referida situación tenía un claro fundamento constitucional, “a saber, la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts. 5º, 13, 42, 43 y 44)”. De igual manera, en pronunciamiento contenido en la Sentencia T-373 de 1998², indicó que “la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa de embarazo”. En el mismo sentido, la Sentencia T-426 de 1998³, afirmó, en relación con el despido de la mujer encinta, que se presentaba “una manifestación clara de transgresión de los derechos a la igualdad y al trabajo, los cuales son derechos fundamentales.”

Conforme con lo anterior, la jurisprudencia ha admitido que la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo con una mujer en período de gestación, origina la violación de derechos fundamentales cuya protección es factible, en ciertas circunstancias, mediante la acción de tutela. En efecto, sobre el particular expresó que aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, tal regla tiene una excepción que se presenta en el caso del despido de la mujer que está en estado de embarazo, circunstancia en la cual la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se busca proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido.⁴

- En cuanto a lo segundo, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, en los casos referidos, requiere, ha dicho también la Corporación, la evaluación por parte del juez de la presencia de todas las siguientes circunstancias adicionales y concomitantes:

“Pues bien, la comprobación fáctica que efectuará el juez constitucional debe evidenciar los siguientes elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada, a saber: a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo); b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley; c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. En este sentido el Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo; d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública. e) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer”.

- En cuanto a lo tercero, es decir a terminación del contrato a término fijo con fundamento en la expiración del plazo convenido, la Corte Constitucional ha precisado que de manera general, es decir sin referencia expresa al caso de las mujeres embarazadas, la terminación por esta razón

² Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

³ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁴ Cf. Sentencia T-426 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Sobre los elementos que deben demostrarse para que proceda la acción de tutela, puede verse el fundamento jurídico No. 13 de la sentencia T-373 de 1998.

no siempre puede considerarse justa causa de finalización de la relación laboral. Así, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 46 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corporación consideró que:

“el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato, sólo así se garantizará, de una parte la efectividad del principio de estabilidad, en cuanto ‘expectativa cierta y fundada’ del trabajador de mantener su empleo, si de su parte ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley, y de otra la realización del principio, también consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que señala la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.”⁶

La anterior jurisprudencia fue reiterada en la Sentencia T- 426 de 1998 varias veces citada, en donde haciendo referencia expresa al caso de las mujeres embarazadas vinculadas laboralmente mediante contrato a término fijo, se afirmó lo siguiente:

“Así pues, el arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral, pues si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas, la materia del trabajo y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones, ‘a éste se le deberá garantizar su renovación’⁷. Por lo tanto, para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo.”

3. El caso concreto

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales al caso *sub judice*, tenemos que para que la Corte pueda conceder la protección solicitada por la actora, la cual se concedería como mecanismo transitorio dada la existencia de otro mecanismo de protección judicial, debe constatar la presencia de todas las siguientes circunstancias:

1-Que el despido se haya producido durante el tiempo del embarazo o durante el período de lactancia.

2-Que el patrono haya conocido el estado de gravidez de la actora previamente al despido.

3-Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por que a pesar de la expiración del plazo del contrato, subsisten las causas del mismo y el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones laborales por parte de la trabajadora.

4-Que no medie autorización del inspector del trabajo.

5-Que el despido comprometa el mínimo vital de la madre o de su hijo.

Del acervo probatorio obrante en el expediente, puede concluirse que están presentes todas las circunstancias anteriores, excepto la del compromiso del mínimo vital de subsistencia de la actora; adicionalmente, no se avizora que el embarazo haya sido el motivo de despido de la

⁶ Sentencia C-016 de 1998. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

⁷ *Ibidem*.

trabajadora. En efecto, según ella misma lo informara al Despacho del magistrado sustanciador, actualmente tiene satisfechas sus necesidades mínimas, incluso las relacionadas con la atención de su salud y las de su hijo. Y por lo que concierne al motivo determinante de la decisión de no renovar el contrato convenido a término fijo, es claro que el Colegio optó por esta alternativa por motivos distintos a la consideración del estado de gravidez de la actora, cuales fueron la reestructuración que había emprendido, dentro de la cual el perfil de la maestra no se acomodaba a las “proyecciones” del Colegio.

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra Constitución Política, es, como innumerables veces lo ha dejado sentado la jurisprudencia de esta Corporación, una acción residual o subsidiaria, que no está llamada a proceder como mecanismo alterno o sustituto de las vías ordinarias de protección de los derechos. No obstante, ella resulta procedente, aun en presencia de otros mecanismos de acción judicial, cuando quiera que de no concederse el amparo solicitado se irrogaría un perjuicio irremediable al actor. En efecto, el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política, a la letra expresa: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

La norma constitucional anterior, tiene su desarrollo reglamentario en el art. 8o. del decreto 2591 de 1991, que a su vez expresa:

“La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

“En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela”.

“Si no la instaura, cesarán los efectos de éste”.

En lo que concierne a la calificación del perjuicio irremediable que justifica la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, esta Corporación ha reiterado innumerables veces que para constatar su presencia es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal

irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.¹⁸

Así las cosas, demostrado como está que actualmente la actora no se encuentra en una situación fáctica que comprometa su mínimo vital de subsistencia, lo cual haría procedente la acción de tutela para conjurar la realización efectiva de un perjuicio irremediable, la Corte encuentra que los derechos que busca que le sean reconocidos por esta vía judicial (indemnización de perjuicios por despido injustificado), pueden ser obtenidas a través de los mecanismos judiciales ordinarios.

Adicionalmente, la manifestación hecha por la demandante en el sentido de no buscar el reintegro sino la indemnización de perjuicios, corrobora la necesidad de acudir a las vías judiciales ordinarias, toda vez que, de manera general, la acción de tutela no es la vía judicial idónea para definir la existencia y cuantía de obligaciones de pagar sumas de dinero, ni para ordenar el pago de las mismas, sino para la protección inmediata de derechos fundamentales. Sólo excepcionalmente, cuando existe el compromiso del mínimo vital del accionante, se ha admitido la procedencia de la mencionada acción con el objetivo referido, como sucede en el caso de suspensión en el pago de pensiones legales previamente reconocidas por acto administrativo, que al dejar de cancelarse ponen en riesgo la subsistencia del beneficiario.

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

RESUELVE

Primero. **CONFIRMAR**, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo, la Sentencia proferida el 5 de abril de 1999 por el Juzgado 44 Civil Municipal del Santafé de Bogotá.

Segundo. Súrtase el trámite previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Sustanciador

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

¹ Sentencia T-225 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

SENTENCIA T-737

octubre 5 de 1999

ESTABLECIMIENTO HOSPITALARIO- Situación económica o presupuestal no es óbice para desconocer obligaciones laborales/**DERECHO A LA SUBSISTENCIA DIGNA**- Situación económica o presupuestal del empleador no es óbice para desconocer obligaciones laborales

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Pago oportuno de salarios atrasados

DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR- Pago oportuno de salarios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T- 239863 y T- 239872 Acumulados

Acción de tutela instaurada por Ruby Rodríguez Gutiérrez y Melba Bonilla de Muñoz, contra el Gerente del Hospital San Juan de Dios de Cali.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., a los cinco días (5) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Alvaro Tafur Galvis y Carlos Gaviria Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgados Primero y Décimo Civil del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Ruby Rodríguez Gutiérrez y Melba Bonilla de Muñoz, contra el Gerente del Hospital San Juan de Dios de Cali.

LANTECEDENTES

1. Hechos.

Las accionantes Ruby Gutiérrez Rodríguez y Melba Bonilla de Muñoz, en su condición de auxiliares de enfermería del hospital San Juan de Dios de Cali, manifiestan que la acción de tutela presentada obedece a la mora e incumplimiento que ha presentado la administración de este ente de salud, al no cancelarles la prima de servicios y los salarios que les adeudan desde el mes de febrero de 1999, al mes de junio, fecha de interponer esta acción.

Así se lee en la demanda, la situación descrita por una de las actoras:

“Esto ha ocasionado que muchas veces no tenga dinero ni siquiera para transportarme, sin embargo debo cumplir con mi deber de asistir puntualmente al trabajo. Todo eso ha creado en mí y en mi familia situaciones de stress y desequilibrio psicológico, fisiológico, social y familiar, aumentando cada día ya que el director del Hospital, manifiesta que no tiene dinero para pagar salarios”.

La omisión en el pago la sustenta el hospital en el incumplimiento de las entidades E.P.S. por concepto del pago de contratos por prestación de servicios, circunstancia que sumada al gran número de embargos que tiene el hospital, les ha generado un déficit presupuestal que impide el normal funcionamiento del centro hospitalario y que los llevó a realizar préstamos para cumplir con la obligación laboral durante el año 1998.

2. Sentencias objeto de revisión.

Mediante sentencias de julio 6 y 12 del año en curso, los Juzgados Primero y Décimo Civil del Circuito de Cali, respectivamente, niegan las acciones de tutela al encontrar que éste no es el medio idóneo para cancelar acreencias laborales. Tampoco encontraron los falladores de instancia que los accionantes hayan acreditado los supuestos necesarios que demuestren la configuración del perjuicio irremediable, por la afectación de un mínimo vital; hecho contrario, es que la omisión presentada por la administración del hospital accionado, obedece a la difícil situación presupuestal que se encuentra afrontando el centro de salud, circunstancia que lleva a concluir, que de protegerse el derecho invocado se estaría violando igualmente el derecho de otros tantos trabajadores que se encuentran en similar situación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela ante el incumplimiento del pago de salarios en tiempo prolongado.

Nuevamente se presenta la necesidad de analizar el mecanismo idóneo para obtener el pago de las obligaciones que se han originado como consecuencia de la contraprestación de un servicio dentro de la relación laboral, donde acorde con la jurisprudencia y retomando la reiteración de la doctrina que se ha venido desarrollado con base en el impacto que tiene el incumplimiento de pagos salariales en las condiciones de vida de un trabajador, la Corte ha dicho que el Juez de Tutela, no puede desconocer el amparo requerido, argumentando la falta de comprobación de la afectación del mínimo vital, o la posibilidad de acudir a otros medios de defensa, cuando de hecho el cese de salarios está llevando a circunstancias tales de indefensión y calamidad domésticas de los empleados y sus familias¹, que optar por otros mecanismos de defensa costosos, dispendiosos y demorados simplemente agudiza la ya precaria situación que se afronta ante la s carencias económicas.²

Es así, que siendo la remuneración una contraprestación que debe cumplir el empleador en respuesta a un servicio ya recibido como es el realizado por el trabajador, no puede la administración del hospital escudarse en la difícil situación presupuestal que se encuentra afrontando, por cuanto tal reconocimiento no repara el daño que el trabajador y su familia reciben

¹ Sentencia T-259/99 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

² Sentencia T-652/99 Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

como consecuencia de la omisión del salario, que conforma los ingresos familiares y con cuya negación reiterada se presume la afectación de su mínimo vital.

Por lo tanto, la grave situación de déficit fiscal que atraviesa el sector salud, como se ha dicho en otras sentencias, en nada justifica la falta de pago a los trabajadores que actualmente sí cumplen con su parte de la relación laboral. En efecto, el anterior no ha sido argumento válidamente considerado por la Corte para justificar la ausencia de la disponibilidad presupuestal previa y suficiente para lograr atender las obligaciones laborales en tiempo. Como lo expuso recientemente la sentencia T-652 de 1999, de aceptarse la excusa propuesta por el ente accionado, ocurriría que el juez llamado a dar efectiva protección a los derechos fundamentales, paradójicamente proibiría su desconocimiento al aceptar el incumplimiento de las obligaciones laborales que comprometen el derecho a la subsistencia en condiciones dignas y otros derechos fundamentales.

Esta Sala reconoce la gestión realizada por la dirección del Hospital en la vigencia fiscal anterior, en relación con la consecución de los recursos que llevaron al cumplimiento del pago de salarios y acreencias laborales, pero también encuentra que ante la difícil situación económica del sector salud, vivida por varios centros hospitalarios, la entidad demandada debe adoptar con carácter permanente los correctivos presupuestales necesarios que conlleven a asegurar el pago de sus obligaciones salariales a fin de brindar de manera eficaz la protección de los derechos constitucionales.³

Ante la necesidad de brindar una protección efectiva al derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas a las trabajadoras, se reiteran sentencias recientes de esta Corporación en donde se ha sostenido que⁴:

*“3.3. La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión (T- 246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T- 01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T-366 de 1998, entre otros). Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, **una vulneración o lesión de su mínimo vital**, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado (sentencias T-246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T-01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T- 366 de 1998, entre otras).*

*“3.4. El cese de pagos salariales y pensionales, prolongado o indefinido en el tiempo, hace **presumir** la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador, del pensionado y de los que de ellos dependen, hecho que justifica la procedencia de la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o la entidad encargada del pago de mesadas pensionales, el restablecimiento o reanudación de los pagos (sentencia T-259 de 1999). En tratándose del pago de pensiones, ha de presumirse que su pago está afectando el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponderá a la entidad encargada de pagar esta prestación, desvirtuar tal presunción.”*

³ T-501/99 y reiterada en T-552/99.

⁴ T-308 de 1999.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por los Juzgados Primero y Décimo Civil del Circuito de Cali. En su lugar, **CONCEDER** las tutelas al derecho al trabajo, por encontrar que se evidencia la vulneración al mínimo vital de los actores, ocasionada por la omisión del pago de los salarios comprendidos entre el mes de febrero y junio de 1999.

Segundo. **ORDENAR** al Gerente del Hospital San Juan de Dios de Cali, que en el término de un (1) mes, siguiente a la notificación de la presente providencia, si no lo hubiere hecho ya, proceda a cancelar la totalidad de los salarios adeudados a los actores siempre y cuando exista partida presupuestal disponible.

En caso contrario, el indicado plazo se concede para iniciar y culminar los trámites presupuestales pertinentes, informando las gestiones que se realicen al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali que confirmó el falló de tutela de primera instancia.

Tercero. **PREVENGASE** al Gerente del Hospital San Juan de Dios de Cali, para que asuma de manera permanente los correctivos que eviten que la falta de disponibilidad de recursos impida el futuro cumplimiento de sus obligaciones salariales, y para que no vuelva a incurrir en las omisiones ilegítimas que comprometen el mínimo vital de los actores por el no pago oportuno de los salarios, so pena de las sanciones legalmente establecidas.

Cuarto. El desacato a lo aquí dispuesto, se sancionará por el correspondiente juez de instancia, en los términos previstos por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-738

octubre 5 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR- Improcedencia de tutela por no afectación

Referencia: Expediente T-226103

Acción de tutela instaurada por Jaime Enrique Ortega Bastidas contra la Gobernación de Nariño.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil-Familia, dentro de la acción de tutela instaurada por Jaime Enrique Ortega Bastidas en contra de la Gobernación de Nariño.

I. HECHOS

Manifiesta el actor que es trabajador del departamento de Nariño, en la condición de Jefe de Fiscalización de la Dirección Tributaria; agrega que su empleador le adeuda los salarios correspondientes a los meses de diciembre de 1998 y la prima de Navidad del mismo año, junto a la remuneración de enero, febrero y marzo de 1999, lo cual le coloca en una situación apremiante, pues debido a la no cancelación de su estipendio, se ha visto impedido para cumplir obligaciones familiares y crediticias, razón por la cual solicita que se proteja su derecho constitucional al trabajo, y por ende se obligue al demandado a cancelar los salarios adeudados

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

· La Decisión Judicial de Primera Instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, mediante providencia del 20 de abril de 1999, decidió tutelar el derecho invocado al considerar que:

“En este caso concurre más de uno de los eventos extraordinarios, para la procedibilidad de la tutela. Ciertamente, se está afectando el mínimo vital ante la agobiante situación

económica del petente, quien carece de un ingreso diferente al salario, expone la dramática situación por la que atraviesa, es que debe recordarse que se le adeudan cuatro meses de salario y su prima de Navidad. También es cierto que existen formalmente otros mecanismo de defensa judicial, como sería el proceso laboral pero este no se revela como el más eficaz o idóneo comparativamente con la tutela. Si se recuerda, además, que existe norma legal que establece la inembargabilidad de los bienes y rentas del presupuesto, vuelve, en la práctica, inoperante o ilusorio el respectivo proceso laboral; agréguese además que por la crisis presupuestal que afronta el ente territorial, las medidas cautelares serían poco menos que imposible practicarlas.”

· La Impugnación

El Gobernador del Departamento de Nariño, en la debida oportunidad procesal, impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que el no pago de la acreencia laboral, no se debe a su capricho, sino a la difícil situación presupuestal que afronta el ente territorial, expresando también que no se demostró que se esté afectando el mínimo vital del actor, por el no pago de los salarios adeudados, razones suficientes para solicitar la revocatoria de la providencia cuestionada.

· La Decisión de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil-Familia, mediante providencia del 20 de mayo de 1999, decidió revocar la sentencia de tutela de primera instancia, al considerar, que al petente no se le está afectando su mínimo vital, en efecto, expresó el *ad quem* que:

“El propósito del amparo como mecanismo transitorio es la protección del bien que exige la adopción de medidas temporales urgentes e impostergables, que conllevan a una decisión provisional, siempre que no afecten los postulados que garantizan el mantenimiento del orden jurídico, justo y la prevalencia del interés general. En el caso que nos ocupa, en criterio de la Sala no existe perjuicio irremediable, no estamos frente a una situación de no retorno, de extrema urgencia o gravedad, esto es, no concurren los presupuestos referidos por la Corte Constitucional, como quiera que si bien ante el no pago oportuno de salarios, el patrimonio económico del tutelante puede verse afectado, esa situación no ha trastornado o involucrado el mínimo de su subsistencia.”

III. PRUEBAS PEDIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

El Magistrado Ponente, mediante auto del 5 de agosto de 1999, decidió oficiar al Gobernador de Nariño y/o Tesorería del Departamento de Nariño, con el fin de que le informara si al demandante en la acción de referencia se le había cancelado o no los salarios correspondientes a los meses de diciembre de 1998, enero, febrero y marzo de 1999, junto con la prestación social que también se reclama en el proceso de la referencia y que equivale a la prima de Navidad de 1998. Con fecha del 11 de agosto de 1999 se recibió respuesta por parte del gobernador, en la cual el ejecutivo departamental expresó lo siguiente:

“Informo a la Honorable Sala que al señor Jaime Enrique Ortega Bastidas se le han pagado los sueldos correspondientes a los meses de diciembre de 1998 y enero de 1999, así como la prima de Navidad de 1998.

Es de señalar a los Honorables magistrados que a todos los empleados y trabajadores se les han cancelado los sueldos correspondientes al mes de enero de 1999 y los pensionados el mes de noviembre y prima de Navidad. Con fecha junio 22 se había radicado en la Tesorería

General del departamento con respecto a jubilados 1720 fallos de Tutela habiéndose pagado de ellas a esta fecha 661. En lo que corresponde a trabajadores activos se han cancelado 122 de ellas teniéndose pendientes 303.

Dadas las dificultades que atraviesa el Departamento y a la imposibilidad de cumplir de manera inmediata con los fallos éstos se radican en la Tesorería del Departamento de acuerdo al orden de recepción en esa dependencia y se cumple su pago en la medida que se tenga disponibilidad de recursos.”

Por su parte, el Tesorero del departamento de Nariño, informó al Magistrado Sustanciador, mediante oficio del 13 de agosto de 1999 que:

“El señor JAIME ENRIQUE ORTEGA BASTIDAS, es empleado activo del Departamento y se le adeuda, por motivo de crisis financiera; los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1999 más la prima semestral.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1) Competencia

La Sala Octava de revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, para revisar el fallo de la referencia, según lo preceptúan los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2) La Materia

Corresponde a esta Sala, decidir sobre la procedencia o no de la acción de tutela para proteger el derecho al mínimo vital del demandante, el cual, considera el demandante, ha sido violado por parte de la Gobernación de Nariño, al no pagarle oportunamente su salario y otras prestaciones sociales.

El pago de acreencias laborales a través de la acción de tutela

En reiterada jurisprudencia de esta Corte, esta colegiatura ha señalado que para el pago de deudas laborales la acción de tutela no es el mecanismo jurídico apropiado para cobrar las mismas, salvo ésta que se esté afectando el mínimo vital del trabajador o de su familia. En efecto, ha sostenido esta Corporación que:

“En el campo laboral, aunque está de por medio el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y existen motivos para que en casos excepcionales pueda la acción de tutela ser un instrumento con mayor aptitud para salvaguardar aquél y otros derechos fundamentales, tiene lugar la regla general expuesta, ya que las controversias originadas en una relación de trabajo, bien por vinculación mediante contrato o por nexo legal y reglamentario con entidades públicas, tienen suficientes mecanismos de control, defensa y resolución en los procesos ordinarios, ampliamente desarrollados de tiempo atrás en nuestro sistema jurídico.

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en sostener que la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa al ámbito propio de la acción de tutela, y si bien es cierto ha admitido su procedencia en algunos casos, ellos han sido excepcionales y primordialmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario, en los términos que se dejan expuestos, relativos siempre de manera específica y directa a las circunstancias en las que se encuentra el actor, lo cual excluye de plano que pueda concederse el amparo judicial para los indicados fines, masiva e indiscriminadamente.

Así, ha encontrado la Corte que puede tutelarse el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio

de 1992, T-063 del 22 de febrero de 1995 y T-437 del 16 de septiembre de 1996); que es posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-147 del 4 de abril de 1995, T-244 del 1º de junio de 1995, T-212 del 14 de mayo de 1996 y T-608 del 13 de noviembre de 1996); que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado (Cfr. Sentencia T-246 del 3 junio de 1996); que es posible restaurar, por la vía del amparo, la igualdad quebrantada por el Estado cuando se discrimina entre los trabajadores, para fijar el momento de la cancelación de prestaciones, favoreciendo con un pago rápido a quienes se acogen a determinado régimen y demorándolo indefinidamente a aquellos que han optado por otro (Cfr. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996); que resulta admisible la tutela para eliminar las desigualdades generadas por el uso indebido de los pactos colectivos de trabajo con el objeto de desestimular la asociación sindical (Sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

En todos los casos mencionados la jurisprudencia ha entendido que se desvirtuaría la Carta Política, en cuanto se quebrantaría la prevalencia del derecho sustancial, el acceso efectivo a la justicia y el principio de economía procesal, en detrimento de los derechos fundamentales en juego, si se forzara el uso del medio judicial ordinario, a sabiendas de su ineptitud en el caso concreto, cerrando de manera absoluta la vía contemplada en el artículo 86 de la Constitución.

Pero, se repite, estamos ante situaciones extraordinarias que no pueden convertirse en la regla general, ya que, de acontecer así, resultaría desnaturalizado el objeto de la tutela y reemplazado, por fuera del expreso mandato constitucional, el sistema judicial ordinario” (Corte Constitucional. Sentencia T-01 de 1997 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

En este orden de ideas se analizará si es procedente o no el amparo solicitado por el demandante.

Está establecido que Jaime Enrique Ortega Bastidas labora para la Gobernación de Nariño, y que para la fecha de la interposición de esta acción, la administración había incumplido en la cancelación oportuna de los salarios a que tiene derecho, especialmente lo que tiene que ver con los emolumentos correspondientes a los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1999, junto a la prima semestral.

De igual forma también se encuentra probado en el plenario, que la no cancelación de las acreencias laborales al demandante, no le está causando un perjuicio irremediable, entendiéndolo como tal, aquel que tiene las características de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad que ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación¹. Arriba a esta conclusión la Sala, por lo testimoniado por el propio demandante. En efecto, en declaración que el actor rindiera ante el Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, juez colegiado de segunda instancia dentro del proceso de revisión, se señaló lo siguiente:

Preguntado: *Sírvase decirnos si Usted posee vivienda propia, en caso afirmativo, sabrá explicarnos si es el mismo inmueble en el que actualmente reside.*

Contestó: *No tengo casa propia, vivo con mis suegros....*

¹ Sentencia T-435 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Preguntado: *Sírvase decirnos con precisión los gastos citados en su respuesta anterior ante la falta del pago oportuno de sus salarios, como los ha cubierto o solventado.*

Contestó: *Tengo una buseta de 22 pasajeros, marca Chevrolet NPR de servicio público, cuyo cupo está a mi nombre, afiliada a la Cooperativa Supertaxis del sur ... hasta agosto de 1998 la buseta rendía para su cuota y mantenimiento, de abril en adelante da un promedio de un millón y medio mensual."*

Por otro lado, también se encuentra plenamente demostrado que la esposa del actor labora con la DIAN Seccional Nariño y que gana un salario aproximado de un millón quinientos mil pesos el cual se cancela oportunamente, aunado al hecho que el progenitor del demandante le ayuda con productos agrícolas provenientes del municipio de Gualmatan (folios 8 y 9).

Pese a que el demandante expresa que ha tenido que asumir créditos personales, no hay documentos que así lo aseveren, razón por la cual esta colegiatura, considera que el demandante no está en una situación de no retorno, esto es que se vea afectado el mínimo vital, que en términos de esta Corporación está representado por los "requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia"²

Por consiguiente y en vista de que no se trata de un perjuicio irremediable la Sala reiterará la jurisprudencia establecida en la sentencia T-502/99 en el sentido que:

"el juez de tutela sólo puede negar el amparo que se le solicita, en tratándose de la cesación de pagos de carácter salarial, cuando se ha verificado que el mínimo vital del trabajador y de los suyos no se ha visto ni se verá afectado por el incumplimiento en que ha incurrido el empleador con el no pago oportuno del salario. Obligación ésta, que se deriva directamente del derecho fundamental de todo ser humano a tener un trabajo en condiciones dignas y justas".

No obstante lo anterior, esta Corporación hace un llamado a prevención a las autoridades del departamento de Nariño, para que en el futuro se abstengan de realizar la conducta generadora de la acción de tutela, para lo cual hace suyas las apreciaciones establecidas en la sentencia T-543 de 1999, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell:

"Lo anterior no significa, que esta Corporación esté de acuerdo con la actitud indolente de la Administración cuando, a sabiendas de que debe cancelar unas sumas periódicas y fijas a sus trabajadores, no realiza los trámites necesarios para incluir dentro del respectivo presupuesto los dineros que le permitan cumplir cabalmente con esas obligaciones laborales. Por ello se llamará la atención de las autoridades municipales de Ciénaga, para que, en adelante, tomen las medidas pertinentes a fin de asegurar la disponibilidad presupuestal tendiente a la cancelación de esas obligaciones".

V. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil-Familia, del día 20 de mayo de 1999, en el caso objeto de revisión.

² Sentencia T-011 de 1998 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Segundo. Por Secretaría General, librense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-739

octubre 5 de 1999

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Incumplimiento de obligaciones contractuales por Cooperativa

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional

CAJA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIAL- Prestación de servicio público

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD FINANCIERA- Procedencia por prestación de servicio público

CAJA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIAL- Inexistencia de intervención que permitía renegociación de títulos

CAJA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIAL- Prórroga y renegociación de certificados de depósito a término no afecta mínimo vital ni constituye perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T-230204

Peticionario: Laura García de Peñuela

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Número Ocho de Revisión de Tutelas, integrada por los H. Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de tutela instaurado por la señora Laura García de Peñuela, contra La Cooperativa Social de Ahorro y Crédito -Cooperamos-, representada legalmente por su gerente general.

1. ANTECEDENTES

LA PRETENSION Y LOS HECHOS

El 20 de mayo de 1999, la señora Laura García de Peñuela, viuda de 74 años, interpuso acción de tutela contra La Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social -Cooperamos-, entidad financiera de carácter privado, a la cual acusa de violar y amenazar sus derechos fundamentales a una vida digna y los que garantiza la Constitución a través del artículo 46 para las personas de la tercera edad.

La actora señala en su demanda, que carece de trabajo y que subsiste con los pocos ahorros que a lo largo de sus vida había acumulado, los cuales decidió depositar en la entidad demandada¹, constituyendo títulos valores, más exactamente certificados de depósito a término, cuyos rendimientos le servían para suplir sus necesidades básicas y garantizar así el mínimo vital que necesita para subsistir.

Señala, que a pesar de sus requerimientos verbales y escritos la demandada no le ha devuelto los dineros que depositó, ni le ha cancelado oportunamente los intereses a los que se comprometió, alegando que se encuentra afrontando graves problemas de iliquidez dada su precaria situación financiera, y que ello implica que no pueda de manera inmediata devolver los recursos a sus ahorradores, no obstante las solicitudes que ellos presenten. Así mismo, que a través de las secretarías COOPERAMOS le insistió, a ella y a otros ahorradores, en la necesidad de que no redimieran sino renovaran sus títulos, modificando las condiciones pactadas con el objeto de rebajar los intereses, dada la difícil situación por la que atraviesa esa entidad.

Manifiesta, que la no devolución de los dineros, en su caso específico, le impide asumir los costos de su propia subsistencia, pues es una mujer sola y sin recursos, ya que el hijo que la sostenía murió en un accidente; anota que actualmente vive en el apartamento de un familiar, que si bien no le cobra arriendo lo está vendiendo, lo que implica que en cualquier momento deberá abandonarlo.

En consecuencia, solicita al juez constitucional amparo para su derecho fundamental a una vida digna, para lo cual se le debe garantizar el mínimo vital que obtenía de los recursos que depositó en la entidad demandada, frente a la cual se encuentra en estado de indefensión, y para los derechos que con carácter prevalente consagra la Constitución Política en su artículo 46 para las personas de la tercera edad, objetivos que en su criterio es procedente alcanzar vía tutela.

2. EL FALLO QUE SE REVISAS

UNICA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, a través de Sentencia de fecha treinta y uno (31) de mayo de 1999 y previa la recopilación de las pruebas que consideró pertinentes², decidió denegar la tutela interpuesta por la señora Laura García de Peñuela. Los fundamentos que sirvieron de base a dicha decisión en resumen son los siguientes:

- En primer término, se refiere el *a quo* al hecho de que la tutela haya sido interpuesta contra una entidad de carácter privado, no obstante lo cual, señala, según la jurisprudencia constitucional, ella es procedente, dado que se trata de una entidad financiera que como tal presta un servicio público.

- Señala el *a quo*, que de conformidad con la información suministrada por la entidad demandada y por la misma accionante en la diligencia de ampliación de la tutela³, en efecto ella

¹ En el expediente, al folio 5, reposan las fotocopias de los títulos valores que constituyó la actora en la entidad demandada; uno por \$ 4.100.000.00 que vencía el 25 de marzo de 1999 y otro por \$ 1.000.000.00 que vencía el 28 de mayo de 1999. Al folio 6, fechada el 23 de marzo de 1999, aparece fotocopia de la carta que la demandante remitió a la demandada, dentro del término, en la que le solicita que no prorrogue el título valor de \$4.100.000.00

² El auto de pruebas proferido por el *a quo* el 21 de mayo de 1999, reposa al folio 11 del expediente.

³ El texto de la declaración rendida por la actora ante el *a quo* se encuentra al folio 13 del expediente.

tiene constituidos dos certificados de depósito a término que suman cinco millones cien mil pesos, cuyos rendimientos, contrario a lo que afirma, si se le han cancelado, aunque no en la fecha y montos previstos, dada la situación de iliquidez que afronta la accionada. Según la apoderada de esa entidad⁴, se llegó a un acuerdo con la titular de los certificados, en el sentido de que se le pagarían fraccionados los intereses y se la invito, pero nunca se la obligó o constriñó, a que renovara los títulos.

- Anota, que si se tiene en cuenta que la acción de tutela es subsidiaria, esto es que no es procedente si existe otro medio de defensa judicial, y que en el caso *sub examine* la acción fue interpuesta con el fin de alcanzar objetivos para los cuales la ley prevé otros medios de defensa judicial, pues media entre la demandante y la accionada una relación contractual, cuyas controversias le corresponde conocer y dirimir a la jurisdicción civil, las peticiones de la actora son definitivamente improcedentes, pues a pesar de que invoca la violación de su derecho fundamental a una vida digna, en cuanto, según ella, las actuaciones de la demandada afectan gravemente su mínimo vital y reclama la protección especial que le garantiza el artículo 46 de la Constitución dada su condición de persona de la tercera edad, del acervo probatorio se concluye que en su caso no existen los presupuestos de hecho a los que alude para respaldar su solicitud.

- En efecto, señala el Juez constitucional, que de las pruebas recopiladas se concluye lo siguiente: que la demandante sí ha recibido de la demandada los intereses pactados, aunque no en la oportunidad y los términos inicialmente acordados; que no es una mujer sola carente de familia, como afirma en la demanda, pues además del hijo que murió tiene dos más, una de las cuales es también titular de los certificados de depósito a término que tiene constituidos en la entidad demandada; que si bien habita en el apartamento de un familiar, que por lo demás no le cobra arriendo, ella es propietaria de un inmueble que le genera una renta mensual de ciento ochenta mil pesos; y por último, que aunque le asiste razón a la actora en los reclamos que le hace a la entidad financiera demandada, pues la misma a pesar de su oportuno requerimiento no redimió los títulos valores, tal actuación de ninguna manera afecta su mínimo vital, lo que implica que no se le vulneran los derechos fundamentales para los cuales solicita protección y en consecuencia que no es la tutela el mecanismo idóneo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la accionada.

3. LA COMPETENCIA DE LA SALA

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar la sentencia de la referencia. Su examen se hace en virtud de la selección que de las sentencias de tutela practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se efectuó de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La materia.

En esta oportunidad, le corresponde a la Sala revisar el fallo del *a quo* producido en el proceso de la referencia, el cual denegó la acción de tutela interpuesta por la actora, persona de la tercera edad que solicita, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 46 de la C.P., protección inmediata

⁴ El cuestionario remito por el *a quo* a la entidad demandada, fue respondido por su apoderada a través de oficio 03377 de 25 de mayo de 1999, el cual reposa al folio 22 del expediente.

para su derecho fundamental a una vida digna, por cuanto, según ella, la actuación de la demandada afecta su mínimo vital, el cual no puede cubrir desde el momento en que la Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social, entidad financiera de carácter privado, se negó a devolverle los depósitos por ella efectuados en certificados a término, no obstante que los plazos estipulados en los respectivos contratos ya se cumplieron y que ella oportunamente así lo solicitó, argumentando dicha entidad la crítica situación de iliquidez que afronta, que le hace imposible hacerlo de manera inmediata.

Para la Sala, la controversia que plantea la actora no se refiere concretamente a si hubo o no incumplimiento por parte de la demandada respecto de las obligaciones contractuales que adquirió con ella, lo cual es un hecho si se tiene en cuenta la declaración de la apoderada de la accionada, que acepta no sólo la situación de iliquidez que atraviesa la entidad, sino el pago fraccionado de los intereses; lo que la actora le solicita al juez constitucional es protección para su derecho fundamental a una vida digna, pues según ella las actuaciones en las que ha incurrido la demandada han afectado de manera grave su mínimo vital, el cual suple con los intereses que obtenía por sus depósitos en la entidad financiera contra la que dirige la acción de tutela.

Ella no cuestiona en sí el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la accionada, para lo cual contaría con otros medios de defensa judicial, sino que recurre a un instrumento de carácter excepcional como la tutela, para proteger, no su derecho a que se le reintegren las sumas de dinero que son de su propiedad, sino su derecho fundamental a una vida digna, que depende, según ella, de la suma de dinero que a título de intereses recibe por esos recursos, con la cual escasamente cubre su mínimo vital.

Sin duda, como lo sostiene el *a quo*, la controversia que se deriva del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la accionada, en principio encuentra espacio concreto y específico en la jurisdicción ordinaria, circunstancia que haría improcedente la acción de tutela; no obstante, reitera la Sala, lo que se debate no es eso, sino si la situación actual de la actora, dada su condición de persona de la tercera edad que según ella no cuenta con otros recursos, en efecto amerita protección excepcional por parte del juez constitucional, que le garantice a la accionante su mínimo vital, esto es la realización de su derecho a una vida digna, lo que implica que éste le ordene a la demandada que de inmediato le reintegre las sumas de dinero por ella depositadas.

Para resolver de fondo sobre el asunto, la Sala deberá abordar el estudio de varios temas, el primero si la tutela, en el caso que se revisa, no obstante haber sido instaurada contra un particular era o no procedente.

Segunda. La Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social, COOPERAMOS, entidad demandada en el proceso de tutela de la referencia, es una entidad de carácter privado, dedicada a la actividad financiera, que como tal tiene a su cargo la prestación de un servicio público.

La acción de tutela es una institución que consagró la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva.

Ahora bien, la procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política, a la existencia de uno de los siguientes presupuestos:

- a) Que el particular esté encargado de un servicio público;
- b) Que el particular afecte grave y directamente el interés colectivo;
- c) Que el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En esos tres eventos, tal como lo precisó esta Corporación, se puede presentar la vulneración de cualquier derecho fundamental de una persona por parte de un particular. Dijo la Corte:

“La institución de la tutela, tal como quedó plasmada en nuestro ordenamiento constitucional, implica un notable avance en relación con similares instituciones en otros ordenamientos. En efecto, el Constituyente de 1991 contempló la posibilidad de que la tutela procediera también contra particulares, lo cual no está previsto en otras legislaciones. Posiblemente se debe ello a que, en principio, se ha considerado erróneamente, que es el Estado, a través de las autoridades públicas, quien viola por acción u omisión, los derechos fundamentales de las personas, cuando la realidad demuestra que éstos también son vulnerados, en forma quizás más reiterativa y a menudo más grave, por los mismos particulares. (Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

El propósito de la tutela, como lo establece el citado artículo 86 de la C.P., es que el juez constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, dictando las órdenes que considere pertinentes para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas que acudan a esa vía excepcional, supletoria y sumaria, a la autoridad pública o al particular que con sus acciones u omisiones los amenacen o vulneren.

“La acción de tutela ha sido concebida, como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley. Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez si observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.” (Corte Constitucional, Sentencia T-100 de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Lo que debe en primer lugar determinar la Sala, en el caso concreto que se revisa, es si efectivamente, como lo señala el juez constitucional en su fallo, la entidad particular contra la cual la actora dirigió la acción de tutela, está incurso en el presupuesto constitucional que establece que dicha acción es procedente cuando se trata de instituciones privadas que tienen a su cargo la prestación de un servicio público.

a. La Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social, COOPERAMOS, es una institución financiera organizada como cooperativa especializada de ahorro y crédito, que como tal y según lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, presta un servicio público.

La entidad de carácter privado demandada en el proceso de la referencia, presta un servicio público, pues si bien la misma no está organizada ni reconocida como un banco, desarrolla actividades financieras del tipo descrito en el artículo 335 de la Constitución, actividad que reúne los componentes requeridos, de acuerdo con el ordenamiento legal y la jurisprudencia constitucional, para ser reconocida como tal.

En efecto, la Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social es un establecimiento de ahorro y crédito, dedicado a la actividad financiera, con personería jurídica reconocida por Resolución No. 0734 del 3 de marzo de 1971, cuyo objeto social, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué el 18 de mayo de 1999⁵, es el siguiente:

“Recibir de sus asociados depósitos a la vista, a término. Captar de terceros depósitos de ahorro y término. Otorgar créditos a sus asociados. Prestar servicios, asesoría y capacitación. Contratar seguros. Desarrollar actividades de educación y solidaridad. Efectuar descuentos sobre títulos valores. Ejecutar las demás actividades complementarias anteriores, destinadas a cumplir los objetivos generales de la Cooperativa.”

Dicho objeto lo coloca dentro de las denominadas cooperativas especializadas de ahorro y crédito, las cuales de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 79 de 1988 y en el artículo 2 del Decreto 1134 de 1989⁶, pueden “...ejercer la actividad financiera de captar ahorros en depósito de terceros y otorgarles préstamos a éstos si así lo consagran expresamente sus estatutos...”, si cumplen los requisitos que señalen la ley y los reglamentos.

Ese carácter las supedita, de conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 151 de la ya citada Ley 79 de 1988, al control integral de la Superintendencia Bancaria en los aspectos relacionados con la actividad financiera que ellas cumplen. También, desde luego, se encuentran sujetas al control del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, el cual tiene capacidad de intervenirlas de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 24 de 1981. Así las cosas, se concluye que la demandada es una entidad que bajo la naturaleza jurídica cooperativa se organizó como entidad financiera, siendo su objeto desarrollar dicha actividad, para lo cual capta ahorros del público, incluidos particulares no cooperados, y otorga préstamos.

En esa perspectiva, de conformidad con la jurisprudencia que sobre el tema ha producido esta Corporación, en tratándose de una entidad cooperativa organizada como institución financiera, ella presta un servicio público y en consecuencia contra la misma es procedente la acción de tutela, como mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales de la personas, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política. En efecto, ha dicho la Corte:

“El servicio público es definido en el derecho positivo colombiano como “...toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente *o por personas privadas*...”

⁵ Fotocopia auténtica de dicho certificado reposa a los folios 18 y siguientes del expediente.

⁶ Vale aclarar, que a raíz de la grave crisis que afrontó el sector cooperativo, el legislador expidió la Ley 454 de 1998, por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones; esa ley, de conformidad con lo establecido en su artículo 86, comenzará a regir un año después de su promulgación, esto es el 4 de agosto de 1999, fecha a partir de la cual deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y expresamente los trámites y procedimientos existentes en otras normas sobre la materia.

“De igual manera la jurisprudencia constitucional ha establecido que el servicio público es “toda actividad dirigida a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su ordenación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”.

“(…)

“En el asunto del que aquí se trata, la actividad desplegada por las entidades financieras tiene la prerrogativa consistente en la facultad para captar recursos del público, manejarlos, invertirlos y obtener un aprovechamiento de los mismos, dentro de los límites y con los requisitos contemplados en la ley ; así como también, por expreso mandato de la Constitución Política, el Presidente de la República está obligado a “ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público”, según lo dispone el artículo 189, numeral 24 de la Carta, quedando así establecido que en el asunto sometido a revisión, se presentan por lo menos dos de los elementos básicos que la doctrina ha identificado como requeridos para que los particulares colaboren en la prestación de servicios públicos.

“El artículo 335 de la Carta establece:

“Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

“(…)

“De los precedentes textos constitucionales aparece que la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1o. Constitución Política), **lo cual se concreta en el carácter de servicio público que se le atribuyó desde 1959...**” (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1992, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Queda claro entonces, que si bien la peticionaria en el proceso de la referencia, no se encuentra, como ella lo afirma, en estado de subordinación o indefensión respecto de la demandada, ésta sí **presta un servicio público**, y, en consecuencia, que cumplido ese presupuesto, la acción de tutela en el caso que se revisa sí era procedente.

b. No obstante la situación de iliquidez que afronta la demandada, ésta no fue ni ha sido intervenida por los organismos competentes del Estado, en cambio sí fue objeto, por parte de FOGACOOP, de un proceso de saneamiento que incluyó la reestructuración de su pasivo, lo que la habilitaba para presentarle a la actora alternativas de prórroga y renegociación de los títulos valores que ella había constituido.

Para mejor proveer, la Sala de Revisión, a través de Auto de fecha 26 de agosto de 1999, le solicitó a la Superintendencia Bancaria información sobre cuál es la situación actual de la Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social -COOPERAMOS - y sobre si la misma fue o ha sido intervenida por esa entidad. A esos interrogantes la Superbancaria respondió a través de oficio

4300 de 1 de septiembre del presente año⁷, suscrito por el Director Jurídico de esa entidad, de la siguiente manera:

“En cuanto a la situación actual de COOPERAMOS y de acuerdo con la visita de carácter general iniciada por esta Superintendencia el día 8 de junio de 1999, efectuada en la Dirección General de la Entidad con corte a operaciones el 31 de diciembre de 1998 e información a la fecha de la visita, se observa lo siguiente:

“1.1 COOPERAMOS firmó el 11 de junio de 1999 un Convenio de Saneamiento Financiero con el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas “FOGACOO” por valor de \$7.500 millones.

“1.2 Así mismo, el 11 de junio de 1999, la citada cooperativa suscribió un acuerdo de pago con sus acreedores financieros (Instituto de Fomento Industrial, Banco Coopdesarrollo, Banco Uconal y Banco Popular) por el total de sus obligaciones crediticias por valor de \$12.540 millones, logrando así reestructurar su pasivo.

“(…)

“2º. En cuanto al segundo interrogante planteado en su oficio, le informamos que hasta la fecha COOPERAMOS no ha sido intervenida por la Superintendencia Bancaria.

“(…)

Quiere decir lo anterior, que la demandada obtuvo de los organismos del Estado encargados de vigilarla y de proteger los intereses de los ahorradores, apoyo para introducirse en un proceso de saneamiento que incluyó la reestructuración de su pasivo, lo que indica que en la actualidad y en la época de renegociación de los títulos de la actora, estaba en capacidad no sólo de prestar los servicios para los cuales está constituida, sino de negociar, desde luego dentro del marco de la ley, los títulos y demás valores que hubiere suscrito con sus clientes y de responder por sus compromisos y obligaciones.

Endecir, la demandada no estaba ni ha estado intervenida por la Superbancaria, lo que implica que no tenía ninguna restricción para proponerle a la accionante alternativas de renegociación de sus títulos, pudiendo ella, autónoma y libremente, aceptarlas o no, contando desde luego con la anuencia de su hija, mayor de edad y también titular de los certificados de depósito a término objeto de la controversia.

La Sala, a través de Auto de fecha 26 de agosto de 1999, le remitió al representante legal de la demandada un cuestionario indagando sobre la situación de la actora, al mismo, a través de oficio No 005314 de fecha 7 de septiembre de 1999, éste respondió lo siguiente:

“...1. La accionante García de Peñuela tiene en la Agencia Centro, dos 82) C.D.A.T. así:

“- No 1215-2 por valor de un \$1.000.000, cuyo vencimiento es el 26 de septiembre de 1999. El pago de intereses se hace mes vencido y en nuestro sistema aparece registrado el último pago de intereses el 1 de agosto de 1999, por valor de \$ 13.808.00; está pendiente de pagar los intereses correspondientes al mes de agosto porque la accionante no se ha presentado a cobrarlos.

“- No 0270-4, por valor de \$4.100.000, cuyo vencimiento es el 25 de septiembre de 1999. El pago de intereses se hace mes vencido y en nuestro sistema aparece registrado el último pago de

⁷ El original de ese oficio reposa al folio 50 del Expediente.

intereses el 27 de junio de 1999 por valor de \$300.846.00, está pendiente de pagar los intereses correspondientes al mes de agosto porque la accionante no se ha presentado a cobrarlos.

“En cuanto al pago total de los C.D.A.T., muy amablemente sugerimos que la accionante se ponga en contacto con el director de la agencia para llegar a un acuerdo de pago, según el flujo de caja de la Cooperativa.

“No existe norma alguna que determine la no devolución de dineros a ahorradores; como se explicó anteriormente, COOPERAMOS se encuentra en una situación de ILIQUIDEZ que le impide dar cumplimiento a todas las obligaciones, sin embargo, está tratando de hacer pagos en la medida en que los flujos de caja de las agencias y de acuerdo con los recursos provenientes de recuperación de cartera lo permitan.”

Así las cosas, en principio no encuentra la Sala ninguna amenaza o violación a los derechos fundamentales de la actora, que se derive de la decisión adoptada conjuntamente por ella y la demandada, de prorrogar la vigencia de los CDT que la primera tiene constituidos en la segunda, que si bien se planteó dada la situación de iliquidez de COOPERAMOS, estuvo precedida de un acuerdo previo entre las dos. Ahora bien, si hubo alguna anomalía o irregularidad en ese trámite, la demandante cuenta con otros medios de defensa judicial distintos a la tutela, a los que puede recurrir para plantear las controversias que considere pertinentes.

Tercera. La prórroga y renegociación de los certificados de depósito a término, constituidos por la actora en la entidad financiera demandada, no afecta su mínimo vital ni le acarrea un perjuicio irremediable, que haga procedente la acción de tutela, al menos como mecanismo transitorio de protección.

Verificó la Sala, previo análisis del acervo probatorio, que no es cierto que la no devolución de los dineros de la actora en la fecha de vencimiento de los respectivos títulos, y su posterior prórroga y renegociación, producto de un acuerdo de voluntades, afecte su mínimo vital y en consecuencia impida la realización efectiva de su derecho fundamental a la vida, y no lo es por los siguientes motivos:

Porque en primer lugar, la demandada, al no disponer de suficiente liquidez y en consecuencia no poder proceder a redimir los títulos en las fechas de vencimiento, tal como se lo solicitó la actora, le propuso a ésta prorrogarlos y renegociar las condiciones inicialmente acordadas, a lo cual accedió la demandante, lo que indica que la primera no se “negó a devolverle los dineros depositados”.

Y en segundo lugar, porque el mínimo vital ha sido definido por esta Corporación, “...como el conjunto mínimo de condiciones de carácter material, “... sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia”⁸: Es decir, aquellos recursos absolutamente indispensables para cubrir las necesidades básicas de una persona vulnerable o débil por su condición (menores de edad, ancianos, enfermos impedidos), sin los cuales no sería posible garantizarle a ésta una vida en condiciones dignas. Así las cosas, si como lo sostiene la actora en su demanda, ella, una persona de la tercera edad, se encontrara totalmente sola, sin seguridad social y sin

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-325 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz y SU-225 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ningún tipo de recursos económicos, salvo los que tiene depositados en la entidad demandada, indudablemente la presunta omisión de la accionada, esto es la negativa a devolverle de manera inmediata el dinero con el que constituyó los títulos valores que reclama, que como quedó demostrado tampoco se produjo, estaría afectando su mínimo vital, pero la situación no es esa.

En efecto, no sólo la accionada no se negó a redimir los títulos sino que éstos fueron prorrogados y renegociados previo acuerdo entre las partes, sino que ella, además del hijo que perdió cuenta con otros dos, una de las cuales también titular de los certificados que originaron la acción que se revisa, además es propietaria de un inmueble que tiene arrendado por el cual recibe ciento ochenta mil pesos mensuales, y vive en el apartamento de un familiar que según su propia declaración no le cobra arriendo. Es decir, que sus actuales circunstancias le permiten garantizar el mínimo vital para el que reclama protección del Juez Constitucional.

Pero más allá de eso, hay que reiterar y subrayar, que en el caso específico que se revisa, la entidad demandada no se negó a entregarle los recursos por ella depositados, lo que hizo en una primera oportunidad fue incumplir con la obligación a su cargo de pagar en las fechas pactadas los correspondientes intereses, luego llegar a un acuerdo con ella para cancelarlos de manera fraccionada, lo que hace presumir un acuerdo de voluntades entre las partes que constituyeron el negocio, y por último proponerle una alternativa de prórroga y renegociación de los títulos, que la accionante, en ejercicio de su autonomía decidió aceptar.

Ahora bien, también es procedente reiterar que si en opinión de la actora alguna de las mencionadas actuaciones de la entidad demandada fue irregular o contraria a la normativa legal vigente, ella cuenta con la jurisdicción especializada en la materia para controvertirlas, lo que quiere decir que la tutela, acción por esencia subsidiaria y excepcional, no es procedente para alcanzar sus pretensiones.

En consecuencia, tampoco la situación descrita le ocasionó a la demandada un perjuicio irremediable, el cual ha definido la Corte Constitucional "... como aquel perjuicio INMINENTE, que reclama medidas URGENTES y en consecuencia la acción IMPOSTERGABLE del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados..."⁹, un argumento más para rechazar por improcedente la acción de tutela en el caso que se revisa y en consecuencia confirmar la decisión del *a quo*.

En virtud de lo expuesto, la Sala Número Ocho de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido el 31 de mayo de 1999 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, que denegó la tutela interpuesta por la señora Laura García de Peñuela contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito Social - COOPERAMOS -.

Segundo. **LIBRAR** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-578 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz

T-739/99

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJOMESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-749

octubre 7 de 1999

CONSULTA- Facultad del superior para examinar íntegramente fallo del inferior
VIA DE HECHO EN GRADO DE CONSULTA- Omisión de pronunciamiento sobre homonimia en asunto penal
DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL- Eficacia de la tutela para la protección
VIA DE HECHO EN PROCESO PENAL- No pronunciamiento sobre identidad del procesado

Referencia: Expediente T-233.667

Acción de tutela presentada por Carlos Arturo Restrepo Hernández contra el Tribunal Nacional.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en sesión de la Sala Segunda de Revisión, a los siete (7) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre la sentencia proferida el 29 de junio de 1999, por el Consejo Seccional de la Judicatura de Santafé de Bogotá, en la acción de tutela presentada por el señor Carlos Arturo Restrepo Hernández contra el Tribunal Nacional.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Consejo, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Nueve (9) de la Corte, en auto de fecha 6 de septiembre de 1999, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

L ANTECEDENTES

El demandante se encuentra recluso en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín (Bellavista), condenado a la pena principal de 42 años de prisión, por el delito de homicidio que, según él, cometió otra persona, que tiene sus mismos nombres y apellidos. Es decir, se trata de un caso de homonimia. Por esta razón, presentó ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, acción de tutela, el 17 de junio de 1999, contra la sentencia del Tribunal Nacional, de fecha 30 de diciembre de 1998, que lo condenó, sin que previamente se hubiera

despejado el mencionado asunto de la homonimia. A continuación se expondrán los hechos que dieron lugar a esta situación.

a) Hechos.

En primer lugar, hay que advertir que, según el oficio con el que el juez de instancia de la tutela remitió a la Corte el presente expediente, éste está conformado así: un (1) cuaderno original con 49 folios; una cinta de vídeo; y, nueve (9) anexos de 7, 29, 410, 509, 237, 93, 106, 978 y 1136 folios. Sin embargo, a pesar de lo voluminoso del expediente, no se encuentran todos los trámites y algunas de las fotocopias que conforman los cuadernos, resultan ilegibles, pero, para los efectos de esta acción de tutela, con la información que se encuentra, es posible realizar el examen correspondiente.

La presente acción está encaminada a que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales a la libertad personal y al debido proceso del demandante (arts. 28 y 29 de la Constitución), derechos que le fueron desconocidos por el Tribunal Nacional, en la sentencia de fecha 30 de diciembre de 1998, providencia que conoció el mencionado Tribunal, en el grado jurisdiccional de consulta, en razón de que el juez del conocimiento (juez regional), había decretado la cesación de procedimiento en favor del demandante de esta tutela. Para el demandante, al omitir pronunciarse el Tribunal, sobre un aspecto fundamental, que ha alegado desde su captura, la homonimia, tal sentencia constituye una vía de hecho.

Para mayor comprensión del asunto, se tratará de hacer un resumen de los hechos que propiciaron esta situación.

El 21 de febrero de 1994, en la ciudad de Medellín, fue asesinado Yeison Martín Castaño Sánchez, por un grupo de encapuchados, que pertenecían a las denominadas milicias populares bolivarianas, que operan en el barrio Villa del Socorro de Medellín.

En providencia de apertura de instrucción, fueron vinculados por este delito, John Fernando García Gómez, alias Plástico; Libier de Jesús Arias Tabares, alias Boliqueso; Gustavo Adolfo Montoya, alias Tamba; y, **Carlos Arturo Restrepo Hernández, alias Carlitos**, a quienes, algunos testigos de los hechos, los reconocieron (por sus voces, o porque a uno de los encapuchados, precisamente, a Restrepo Hernández, le fue quitada tal capucha), y así lo expusieron ante las autoridades, pues se trata de personas que viven o han vivido en el barrio El Socorro.

La Fiscal Seccional, el 27 de junio de 1994, solicitó a la Registraduría del Estado Civil la remisión de copias auténticas del documento de identificación de Carlos Arturo Restrepo Hernández.

La Registraduría envió el documento pedido, con la siguiente información:

“Apellidos : Restrepo Hernández

Nombres: Carlos Arturo

Céd. No. 71.705.935. Fecha: 3 MAR 1987.

Fecha de nacimiento: 23 febrero 1969

Nacido en : Medellín

Depto. Antioquia

Lee y escribe: Sí. Estatura: 1.78

Profesión u oficio: Albañil.

Señales visibles: Ninguna

Dirección: Barrio La Cima, carrera 34 #91-32.” (folio 20, cuaderno original 1)

A través de la apertura de instrucción, se ordenó la captura de Restrepo Hernández, el 9 de agosto de 1994, acompañándola de los anteriores datos (aunque con un error en la dirección, pues se invirtieron los números de la de su residencia, en lugar de carrera 34, se informó carrera 43, según consta en folios 35, 36 y otros, del cuaderno mencionado).

El 8 de septiembre de 1994, el jefe de capturas de Sijin, le informó a la Fiscalía que no había sido posible la retención pedida.

Posteriormente, quedó vinculado Restrepo Hernández, como persona ausente, por no haber sido capturado y, por medio de indagatoria, los demás sindicados: Jhon Fernando García, Libier de Jesús Arias y Gustavo Adolfo Montoya, a quienes se les resolvió la situación, con medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, sin excarcelación.

Agotada la fase de instrucción, se dictó resolución de acusación, de fecha 23 de agosto de 1996, contra la cual se interpuso recurso de apelación, que fue desatado por la Fiscalía Delegada, ante el Tribunal Nacional, siendo confirmado el 13 de diciembre de ese mismo año.

Pasados más de dos años de ocurridos los hechos, el 15 de agosto de 1997, fue capturado Carlos Arturo Restrepo Hernández. En la indagatoria que rindió el 18 de septiembre de ese año, manifestó que se trata de un error, que se está ante un caso de homonimia, pues, él nunca ha vivido en el barrio en donde se cometió el homicidio, siempre ha vivido en el barrio San José de la Cima de Medellín. Está casado y tiene 5 hijos. Sus padres son Carlos Arturo Restrepo y Alicia Hernández (no son pues ni Eduardo ni Gladys). Nunca ha pertenecido a las milicias bolivarianas. Su oficio es la albañilería. Es ampliamente conocido en el barrio, en donde siempre ha vivido. Solicitó que se practicaran pruebas, para establecer el error que existe. (folios 804 a 809 del cuaderno original 2).

En escrito aparte, a continuación de la indagatoria, solicitó la práctica de pruebas encaminadas a demostrar que él no es la persona a la que se le atribuye el homicidio de Yeison Castaño. Para ello solicitó el reconocimiento por parte de los testigos que lo señalan como el Carlos Arturo Restrepo Hernández responsable del delito. Que se oficie a las autoridades para comprobar que no se moviliza en una determinada moto. Que se le haga un reconocimiento por Medicina Legal, para que establezca que no ha sido herido por arma de fuego, y se determinen sus características físicas. Se evalúe su registro civil, con verificación de su nombre y apellidos, y los nombres de sus padres. (folios 810 a 812 del cuaderno original 2).

A este escrito, el encartado acompañó certificaciones de las personas que lo conocen y en donde ha trabajado, su partida de bautismo. Cabe señalar que acompañó, además, una certificación, de fecha 22 de agosto de 1997, acompañada de las firmas de **190** personas, identificadas con sus cédulas de ciudadanía, en la que dice lo siguiente:

“Los abajo firmantes certificamos que el señor Carlos Arturo Restrepo Hernández con c.c. # 71.705.935 de Medellín, lo conocemos en su gran mayoría desde la infancia y ha sido una persona honorable, decente, respetuosa de las buenas costumbres y trabajador. Es una persona con vida social activa en lo que respecta a sus vecinos y amigos. Por lo tanto, rechazamos todo cargo judicial impuesto, ya que su comportamiento, conocido durante tanto

tiempo, no es compatible con las características que tendría una persona de dicha reputación.” (folios 813 a 838 del cuaderno original 2).

El 14 de enero de 1998, el apoderado de Restrepo Hernández dirigió al juez regional un memorial insistiendo en la práctica de las pruebas pedidas por el sindicato. Estas fueron ordenadas y practicadas.

El 3 de marzo de 1998, se realizó la diligencia de reconocimiento en fila de personas. La señora María del Carmen Sánchez, madre del joven asesinado, actuó como testigo. Obra en la diligencia la descripción física que la señora hace de quien cometió el homicidio, y que ella identifica con el nombre de Carlos Arturo Restrepo Hernández, alias Carlitos. Encuanto al reconocimiento, obra en la diligencia lo siguiente:

“Acto seguido se procede a conformar una fila de siete personas dentro de las cuales se encuentra el señor CARLOS ARTURO RESTREPO HERNANDEZ, las demás personas de contestura (sic) física similar a la del procesado, y se le hace saber al mismo que puede ubicarse en cualquier lugar dentro de la fila, quien se ubica en el último lugar de derecha a izquierda; (...). Luego de y una vez conformada la fila se le solicita a la testigo MARIA DEL CARMEN DE JESUS SANCHEZ, que pase a la sala de reconocimiento y el señor Procurador Judicial le manifiesta que diga si dentro de la fila de personas que tiene de presente se encuentra alguna de las personas que le dieron muerte a su hijo YEISON MARTIN CASTAÑO SANCHEZ, y observando detenidamente la fila MANIFESTO: que el tercero que está de derecha a izquierda se me parece un poco, pero no es. A esta persona se le indicó que diera un paso adelante y en voz alta diera su nombre y respondió ME LLAMO JHON FREDY GARCIA. El despacho deja constancia que este señor es uno de los que colaboraron con la conformación del grupo de personas.” (folios 955 y 956 del Cuaderno original 2) (se subraya).

Las demás pruebas pedidas: examen de medicina legal y si está a su nombre una moto de determinada marca, fueron practicadas.

Sobre a cuál Carlos Arturo Restrepo Hernández se le imputa el homicidio, además de la prueba anterior, hay que mencionar lo siguiente:

La madre del joven asesinado, desde el principio de la investigación, en la declaración rendida ante la Unidad de reacción inmediata de la Fiscalía, el 28 de febrero de 1994, dijo: “(...) y a CARLITOS, en el intercambio de disparos, mi hijo le mandó la mano y le quitó la capucha y vi que era él.” (folio 29, cuaderno original 1). En la misma declaración, lo describió así: “CARLOS es moreno, bajito, tendrá por ahí unos 30 años, se motila mucho calvito, se rapa mucho.”

En la ampliación de declaración, de fecha 9 de noviembre de 1994, la madre del joven señaló como uno de los responsables a Carlos Arturo Restrepo Hernández, quien, al decir de la señora, vive en el sector donde ocurrió el hecho, y que días antes había estado buscando a su hijo. Sobre el nombre de estas personas, dijo la señora: “(...) CARLOS HERNANDEZ, ALIAS CARLITOS le dicen, claro que el primer apellido es RESTREPO, entonces es CARLOS RESTREPO HERNANDEZ” (folio 27). Al ser preguntada por las razones para conocer a las personas que asesinaron al joven, dijo: “Porque estaban junto a mí y yo los distingo a ellos, toda la vida en el barrio y estudiaron con mi hijo y todo.” En esta misma diligencia, al ser preguntada por los nombres y filiación de quienes participaron en la muerte de su hijo, señaló: “(...) el otro es CARLOS RESTREPO HERNANDEZ él fue el que mató a mi hijo, lo acabó de matar cuando vio

que estaban heridos los dos pelados, éste es hijo de Gladys no sé más. (...) CARLITOS o CARLOS no está detenido en este momento, no sé donde se localiza en este momento.” (folio 51 cuaderno 1 original).

También obra la declaración de fecha 10 de noviembre de 1994, de la hermana del joven asesinado. Es una menor de edad, que dice que sí ha vuelto a ver a las personas que dieron muerte a su hermano. Dice la menor: “Nosotros cuando mi hermanito y yo subimos para el colegio y yo para la escuela, CARLITOS más que todo nos mira y se toca aquí (la menor señala la cintura), pero no nos ha llegado a decir nada.” (folio 72).

El 24 de marzo de 1995, ante la Fiscalía Regional, se recibió declaración de un testigo bajo reserva de identidad, que dijo sobre el homicidio de Yeison Castaño, que identificó la voz de Carlos Arturo Restrepo Hernández: “por que yo vivo en el sector y muchas veces lo ví con el occiso Yeison Martín Castaño.” Describió a Restrepo Hernández así: “Es más o menos bajito, morenito, de pelo muy corto color negro rapado, no tiene boso (sic), tiene de unos 27 años o más, no tiene cicatrices visibles, dentadura normal, se mantiene en el sector en la cancha de Villa del Socorro.” (folio 201, cuaderno original 1).

El anterior recuento de las declaraciones, se hace para establecer que los testigos conocían, de tiempo atrás, al Carlos Arturo Restrepo Hernández, que señalan como uno de los responsables del homicidio, por vivir en el barrio El Socorro, en donde los testigos también viven.

Posteriormente, el Juzgado Regional de Medellín, el 18 de agosto de 1998, profirió sentencia, en la que ordenó **cesar procedimiento** en favor del *coprocesado* Carlos Arturo Restrepo Hernández y, en relación con Jhon Fernando García Gómez y Gustavo Alonso Montoya, se les absolvió de los delitos por los que estaban siendo enjuiciados.

Para el caso que interesa a esta tutela, en esta providencia se describe la filiación de Restrepo Hernández, así: “CARLOS ARTURO RESTREPO HERNANDEZ, con C. de C. Nro. 71.705.935 de Medellín (A). Hijo de Eduardo y Alicia, natural y con residencia en esta ciudad, de 26 años de edad, soltero, alfabeto y de oficio albañil.” (folio 18). Y sobre las razones para ordenar el cese de procedimiento, el juez menciona el alegato de conclusión del apoderado de Restrepo Hernández, en el que señala que su representado no es la persona que cometió el delito que se le imputa. El juez dice que comparte las razones expresadas por los respectivos apoderados y el concepto del procurador judicial, en los que solicitan absolver a los procesados de los cargos imputados, porque las pruebas que existen en el proceso, crean dudas para determinar, a ciencia cierta, quiénes fueron los autores de los homicidios que se investigaron. El juez, al valorar los distintos testimonios, consideró que existen contradicciones por parte de los declarantes. En cuanto a Restrepo Hernández, dice la sentencia: “se debe favorecer con cesación de procedimiento, ya que él no cometió los delitos esgrimidos en dicha resolución de acusación, tal como fuera solicitado por su defensor contractual.” (folio 56 del cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

En esta decisión, el juez regional pone de presente que la sentencia, no obstante que favorece a los procesados, éstos no tienen derecho al beneficio de libertad provisional, ya que sólo quedará ejecutoriada, cuando se cumpla el grado jurisdiccional de consulta, ante el Tribunal Nacional.

Surtida la consulta, el Tribunal, en sentencia del 30 de diciembre de 1998, resolvió **revocar** la decisión del Juez Regional, y, en su lugar, **condenar** a los enjuiciados Jhon Fernando García

Gómez, Gustavo Adolfo Montoya y **Carlos Arturo Restrepo Hernández**, a la pena principal de 42 años de prisión, “*por los delitos de homicidio calificado consumado en la persona de Yeison Martín Castaño y concierto para delinquir en la modalidad contemplada por el artículo 2º del Decreto 1194 de 1989, según hechos sucedidos en la ciudad de Medellín el 21 de febrero de 1994.*” También fueron condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años.

En sus consideraciones, dice el Tribunal que no existe ninguna duda “*en cuanto a la ocurrencia de los aludidos implicados al teatro de los acontecimientos, y menos en cuanto a su activa participación como parte del organizado grupo que a modo de un comando de asalto se tomó violentamente el lugar, ingresando hasta el dormitorio que ocupaba la víctima donde lo sorprendieron y lo masacraron en la forma como se conoce. (...) Y son esos mismos medios de prueba los que de igual manera conducen al grado de convicción necesarios para predicar la responsabilidad de los encartados (...) y Carlos Arturo Restrepo (...)*” (folios 91 y 92 cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

Esta decisión del Tribunal tiene un salvamento parcial de voto. En opinión del magistrado que se apartó de la sentencia, ésta está viciada, pues no existieron alegatos de conclusión por parte de la Fiscalía Regional. Considera que se debió subsanar esta nulidad, para que el proceso no se caiga en casación.

Contra esta decisión del Tribunal Regional está dirigida la presente acción de tutela, presentada por Restrepo Hernández a través de un defensor de la Dirección Regional de la Defensoría Pública.

El demandante considera que la sentencia del Tribunal es una vía de hecho, que violó los derechos fundamentales a la libertad personal y al debido proceso, pues, en la decisión, se pasó por alto verificar la certeza sobre la persona condenada, es decir, individualizarla e identificarla. El demandante, pese a tener los mismos nombres y apellidos, no corresponde a la persona a la que se le endilga la comisión de delitos. El asunto de la homonimia, que desde su captura, Restrepo Hernández ha puesto de presente, no se analizó. Si el Tribunal conoció en consulta de la sentencia del juez regional, que había sido favorable para el demandante, era, por consiguiente, necesario, en respeto de las formas procesales, que el *ad quem* motivara su decisión, y se refiriera a este asunto, tal como lo dispone el art. 180, numeral 4 del C.de P.P.

El apoderado, en el escrito de tutela, puso de presente que contra esta decisión se interpuso, oportunamente, recurso de casación, recurso que para la fecha de la presentación de la tutela, está a la espera de que sea realizada la notificación de su concesión.

Sin embargo, dice el demandante, que a pesar de que existe otro medio de defensa judicial, el recurso de casación, que precisamente tiene como objeto la reparación del agravio sufrido por el demandante, como consecuencia del error judicial existente, en el presente caso, el error es de tal entidad, que, ante la injusta privación de la libertad, el recurso de casación no es un medio eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, al tener que esperar un trámite procesal, que puede superar, fácilmente, los 3 años.

Al escrito de tutela, el demandante acompañó unas pruebas extraprocesales, que, en su opinión, sólo contribuyen a la demostración del error judicial, pues, considera que las pruebas que obraban en el expediente eran suficientes para que el fallador reconociera la homonimia, y se pronunciara sobre ella. Estas nuevas pruebas son:

- Declaración de fecha 24 de mayo de 1999, de la señora María del Carmen de Jesús Sánchez, con presencia de la Procuraduría Departamental, en la cárcel de Bellavista, **en donde ella señala que el Carlos Arturo Restrepo no es el mismo a quien ella sindicó de la muerte de su hijo.** (folios 14 a 16 del cuaderno de anexos de la tutela).

- Oficio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, dirigido a la Procuraduría Departamental, de fecha 12 de marzo de 1999, en el que se informa que con el nombre de Carlos Arturo Restrepo Hernández **se hallaron homónimos.** (folio 8 del mismo cuaderno).

- Acta de visita de empleados de la Procuraduría al expediente (folios 4 a 7 del mismo cuaderno, casi ilegibles las fotocopias)

- Informe de la visita de las profesionales de la Procuraduría, dirigido a la Procuradora Departamental, de fecha 3 de mayo de 1999, en que presentan sus conclusiones sobre el proceso. **En este informe se recomienda presentar acción de tutela, dadas las irregularidades encontradas en el proceso.** Explican las acciones que ha desarrollado la Procuraduría, en colaboración con la Defensoría Pública, para que se enmiende este error judicial (folios 9 a 13).

- Un casete de video, del programa Séptimo Día, donde aparece un relato periodístico de este caso.

b) Sentencia que se revisa.

En sentencia del 29 de junio de 1999, la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santafé de Bogotá, Cundinamarca y Amazonas, denegó la tutela pedida. La razón principal en que basó esta negativa, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial: el recurso de casación interpuesto.

En cuanto al hecho de que el demandante cuestione la eficacia del recurso, al señalar que puede demorar el trámite hasta 3 años, manifestó que *“sin embargo el juez de tutela no puede amparar desde ya derechos que en el futuro pueden resultar vulnerados, pues para ello se requiere que el perjuicio sea actual e inminente, empero, puede acudir nuevamente a la acción de tutela para que se le administre justicia sin dilaciones injustificadas o con observancia de los términos judiciales (sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992).”*

También consideró el Consejo Seccional que el recurso de casación no es el único con el que cuenta el demandante, pues puede interponer la acción de revisión, contemplada en el artículo 232 del C. de P. P.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Lo que se debate en el presente caso consiste en determinar si la sentencia del Tribunal Nacional, del 30 de diciembre de 1998, es una vía de hecho, por haber omitido pronunciarse sobre la homonimia que desde que fue capturado, ha alegado el demandante de esta tutela. Asunto que reviste la mayor trascendencia para quien se encuentra recluido en la Cárcel de Bellavista de Medellín, condenado a 42 años de prisión.

Una vez despejado este asunto, se examinará la procedencia de la acción de tutela frente a la existencia de otros medios de defensa judicial. También se analizará, para el caso concreto, los efectos de la Ley 504 de 1999, que creó la justicia especializada, frente a la situación de quien fue instruido y juzgado bajo los parámetros de la justicia regional, ahora desaparecida.

Tercera. ¿La sentencia del Tribunal Nacional, al omitir pronunciarse sobre la homonimia, constituyó una vía de hecho?

En primer lugar, debe señalarse que el presente examen se hará sólo en lo que se relaciona con la situación del demandante y la posible situación de homonimia. Se excluirá, el estudio integral de las providencias, en que se resuelven las situaciones de los demás procesados en el delito de homicidio.

Se recuerda que el origen de la sentencia del Tribunal Nacional controvertida, se encuentra en la del juez regional, de fecha 18 de agosto de 1998. En ella, si bien se ordenó el cese del procedimiento a favor de Restrepo Hernández, no se hizo un pronunciamiento de fondo sobre el posible error de identidad, alegado por el interesado. Tanto es así, que en la identificación del procesado Restrepo Hernández, se registraron, simplemente, los datos de quien tal situación controvertía. Las consideraciones del juez regional, se centraron en señalar que se absolvía a los responsables de los cargos imputados por la Fiscalía Delegada Regional, porque las pruebas obrantes en el proceso, creaban dudas para determinar, a ciencia cierta, quién o quiénes fueron los autores del homicidio cometido.

El juez regional advirtió que a pesar de que en esta sentencia se favoreció a los enjuiciados, sólo podrían gozar del beneficio de libertad cuando la sentencia quedara ejecutoriada, es decir, cuando se surtiera la consulta, ordenada en el artículo 206 del C. de P.P.

El Tribunal, al conocer en consulta esta sentencia del juez regional, decidió **revocarla**, y, en su lugar, **condenar** a los enjuiciados, entre ellos, Restrepo Hernández, a la **pena principal de 42 años de prisión**. Para imponer la condena, consideró el Tribunal que no existe ninguna duda *“en cuanto a la ocurrencia de los aludidos implicados al teatro de los acontecimientos, y menos en cuanto a su activa participación como parte del organizado grupo que a modo de un comando de asalto se tomó violentamente el lugar, ingresando hasta el dormitorio que ocupaba la víctima donde lo sorprendieron y lo masacraron en la forma como se conoce. (...) Y son esos mismos medios de prueba los que de igual manera conducen al grado de convicción necesarios para predicar la responsabilidad de los encartados (...) y Carlos Arturo Restrepo (...)”* (folios 91 y 92 cuaderno de anexos a la demanda de tutela).

Sin embargo, en esta decisión, no se hizo la menor mención de la presencia de la homonimia alegada por Restrepo Hernández.

Surge, necesariamente, la siguiente pregunta: ¿estaba obligado el Tribunal, en el grado de consulta, a pronunciarse sobre el asunto de la homonimia?

La Sala responde, sin la menor duda, que sí. Por las siguientes razones.

En el grado de consulta, el superior no tiene límites al entrar a examinar el proceso objeto de la misma. El artículo 217 del Código de Procedimiento Penal dispone lo siguiente:

“Artículo 217. Competencia del superior. Modificado por la ley 81/93, artículo 34. Competencia del superior. La consulta permite al superior decidir **sin limitación** sobre la providencia o la parte pertinente de ella; (...)” (se destaca).

Resulta pertinente recordar que la expresión “sin limitación” fue objeto de examen constitucional por parte de esta Corporación, en la sentencia C-583 de 1997. En esa oportunidad, la Corte, al declarar exequible esta expresión, señaló que el superior tiene capacidad para revisar la sentencia íntegramente. Dijo la providencia, en lo pertinente: *“la autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie “sin limitación” alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. En otras palabras, el propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia, conforme al artículo 2o. de la Carta, es fin esencial del Estado.”* (sentencia C-583 de 1997, M.P., doctor Carlos Gaviria Díaz) (se subraya)

Entendido de esta forma el profundo significado de la competencia que tiene el superior, en el grado de consulta, resulta a todas luces inadmisibles el hecho de que el Tribunal Nacional no se hubiera pronunciado sobre el aspecto fundamental en que ha basado su defensa el actor, desde que fue capturado: no ser él la persona a la que se le endilga la comisión del delito de homicidio, pues el error surge de la existencia de otra persona con sus mismos nombres y apellidos.

En relación con este punto, la Sala recuerda que es de la esencia misma del proceso penal, la certeza sobre la identidad del imputado. Este principio, de rango constitucional (arts. 28, 29 y 30), está desarrollado en el C. de P. P., en las distintas normas que consagran lo que deben contener las providencias emanadas de las autoridades judiciales. Para los efectos de la sentencia controvertida en esta acción, la del Tribunal Nacional, conviene recordar el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

“Artículo 180. Redacción de la sentencia. Toda sentencia contendrá:

- “1. *Un resumen de hechos investigados.*
- “2. **La identidad o individualización del procesado.**
- “3. *Un resumen de la acusación y de los alegatos presentados por los sujetos procesales.*
- “4. *El análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión.*
- “5. *La calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado.*
- “6. *Los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios.*
- “7. *La condena a las penas principal y accesorias que correspondan, a la absolución.*
- “8. *La condena en concreto al pago de perjuicios si a ello hubiere lugar.*
- “9. *La suspensión condicional de la sentencia, si hubiere procedencia.*

“La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.” (se subraya)

En el presente caso, en la sentencia del Tribunal, y aun en la del juez regional, se incumplió lo dispuesto en el numeral 2º del citado artículo. No es posible argumentar que no hubo tal

incumplimiento, ya que en la parte correspondiente a la identificación del enjuiciado, se citaron los datos de la Registraduría, pues, precisamente, éste es el punto que controvierte el procesado.

Tampoco podría decir el Tribunal que no había en el expediente pruebas suficientes que permitieran valorar la posible homonimia que se alegaba. Basta enumerar algunas, de ellas:

a) En la orden de captura del 9 de agosto de 1994, la identificación de Restrepo Hernández se señala que el nombre de su padre es Eduardo (folio 33 del cuaderno original 1). En la sentencia del juez regional, en los datos correspondientes a la filiación, se dice hijo de Eduardo y Alicia. Y la madre del joven asesinado menciona que quien le dio muerte, es hijo de Gladys.

El registro civil de nacimiento y la partida de bautismo dicen que el demandante es hijo de Carlos Arturo y Alicia. (folios 948 y 950 del cuaderno original 2).

b) En la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía aparece como fecha de expedición, el 3 de marzo de 1987, y dirección “*Barrio la Cima, carrera 34 #91-32*” (folio 20 cuaderno original 1). Cabe anotar que en esta dirección fue donde se capturó a Restrepo Hernández. Asunto que tiene significado pues quiere decir que, al menos, desde 1987 ha vivido en el barrio La Cima y no en El Socorro. Recuérdese, que los testigos, incluida la madre del joven asesinado, siempre han señalado que el Carlos Arturo que responsabilizan del delito, ha vivido en el barrio El Socorro.

c) Además, existen en el expediente numerosos testimonios de la vinculación, desde la infancia del actor, al barrio La Cima. Hay certificaciones en este sentido, especialmente, a la que se hizo referencia en los antecedentes de esta providencia, acompañada de 190 firmas y con sus respectivas cédulas de ciudadanía, de personas de este barrio.

d) Dentro del proceso obra *la diligencia de reconocimiento*, en fila de detenidos, en la que la madre del occiso **no reconoció al imputado**. En los antecedentes se describe cómo se realizó esta diligencia.

Estas y otras pruebas existen en el expediente, pero el Tribunal no se pronunció sobre ellas.

A lo anterior, hay que mencionar que el defensor del demandante de esta tutela acompañó otras pruebas que se realizaron con posterioridad a la sentencia del Tribunal, que si bien, no podían ser tenidas en cuenta, no se descarta que habrían podido ser ordenadas y practicadas por el Tribunal, antes de pronunciar su sentencia del 30 de diciembre de 1998. Estas pruebas nuevas son:

- Declaración de fecha 24 de mayo de 1999, de la señora María del Carmen de Jesús Sánchez, con presencia de la Procuraduría Departamental, en la cárcel de Bellavista, **en donde ella señala que el Carlos Arturo Restrepo no es el mismo a quien ella sindicó de la muerte de su hijo**. (folios 14 a 16 del cuaderno de anexos de la tutela).

- Oficio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, dirigido a la Procuraduría Departamental, de fecha 12 de marzo de 1999, en el que se informa que con el nombre de Carlos Arturo Restrepo Hernández **se hallaron homónimos**. (folio 8 del mismo cuaderno).

- Informe de la visita de las profesionales de la Procuraduría a la Procuradora Departamental, de fecha 3 de mayo de 1999, en que exponen sus conclusiones sobre el proceso. En este informe se recomienda presentar acción de tutela, dadas las irregularidades encontradas en el proceso. Explican las acciones que ha iniciado la Procuraduría, en colaboración con la Defensoría Pública, para que se enmiende este error judicial. Dentro de estas acciones está reunir las pruebas para presentar esta acción de tutela. (folios 9 a 13).

- Un casete de video, del programa Séptimo Día, donde aparece un relato periodístico de este caso.

En conclusión, en el presente caso, con la apariencia del estricto cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley para dictar sentencia, se incurrió en una omisión de tal índole, que configuró una vía de hecho. Vía de hecho que no es de poca monta, pues **significó para el afectado pasar de ser beneficiado con la cesación del procedimiento a condenado a 42 años de prisión.**

Establecida así, la vía de hecho en que incurrió el Tribunal, se estudiará la procedencia de la acción de tutela, existiendo otro medio de defensa judicial.

Cuarta. Procedencia de la acción de esta tutela, a pesar de existir otros medios de defensa judicial.

En el presente caso, según manifiesta el demandante, se presentó, oportunamente, el recurso de casación. Se está pendiente de la notificación de su concesión.

Aunque la Constitución, la ley y la jurisprudencia de la Corte han señalado que frente a esta circunstancia, la tutela es improcedente, estas mismas fuentes señalan que la protección procede, excepcionalmente, para evitar un perjuicio irremediable. En efecto, el artículo 6, numeral 1, del decreto 2591 de 1991, establece que para establecer el perjuicio irremediable y los medios de defensa judicial, el juez constitucional apreciará la existencia de dichos medios *“en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”*

En cumplimiento de esta indicación de la ley, la Sala estudiará la eficacia del recurso de casación frente a la acción de tutela presentada.

De acuerdo con recientes informaciones en los medios de comunicación, sobre la congestión de procesos en la Corte Suprema de Justicia y el número de casaciones recibidas y falladas por ella, concretamente, en la Sala Penal, su Presidente informó lo siguiente:

“De todas las casaciones que se presentan anualmente sólo prospera el 10 por ciento, mientras la Sala Penal tiene represadas hasta hoy 2.855 casaciones.” (Periódico El Tiempo, 18 de septiembre de 1999, página 10 A). (se subraya)

Esta cifra está también publicada en el periódico El Espectador, de fecha 10 de septiembre de 1999, página 6 A, en donde se transcribe un cuadro que contiene el “Movimiento de casaciones”, en el que se compara el número de casaciones recibidas y el número de casaciones falladas, desde enero de 1995 hasta agosto de 1999. Uno de los cuadros suministra los siguientes datos acumulados:

“Total recursos recibidos	1995-1999:4.126
“Total de fallos proferidos	1995-1999:1.822”

Estas cifras significan lo siguiente: si en 4 años y ocho meses se han fallado 1.822 casaciones, el promedio por año es de aproximadamente 390 sentencias. Si hay acumuladas 2.855, significaría que, más o menos, dentro de 7 años se estarían produciendo las sentencias correspondientes a los recursos acumulados, entre los cuales, debe estar el del demandante de esta tutela.

En conclusión, para este caso, en el que se está discutiendo el punto de la identidad del condenado, porque existen dudas razonables sobre este aspecto, la tutela se constituye en el único medio de defensa judicial para lograr la protección del derecho fundamental a la libertad personal, si realmente se comprueba el error de identidad.

T-749/99

En este caso se reiterará la sentencia SU-542 de 1999, en la que se dijo que dado el carácter subsidiario de la acción, ésta no procede cuando el actor ha interpuesto el recurso extraordinario de casación, aduciendo los mismos motivos que presenta ante el juez constitucional, y el recurso está pendiente de solución. Pero, la Corte ha hecho una salvedad, que es la que expone en la sentencia T-627 de 1999, y consiste en que cuando, a través de la tutela, es posible proteger la libertad personal del condenado, es posible, según el caso concreto, proteger este derecho a través de la acción de tutela. Se transcribe lo dicho, en lo pertinente, en esta última sentencia:

“Armando Holguín fue condenado por un Juzgado Regional de Cali, apeló esa sentencia ante el Tribunal Nacional y, contra la decisión de este último, interpuso el recurso extraordinario de casación, y la acción de tutela; el motivo que le llevó a incoar ésta (que el Tribunal Nacional le hubiera aumentado la pena privativa de la libertad siendo apelante único), coincide con uno de los que alegó en la demanda de casación y aún no ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Además, en este caso no hay un perjuicio irremediable que se pueda evitar concediendo el amparo -en caso de que este fuera procedente-, pues el actor no recobraría su libertad, así fuera temporalmente en virtud de esa hipotética tutela. Por tanto, es claro que en este caso debe aplicarse la jurisprudencia reiterada y unificada de esta Corporación, y confirmar la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio de la cual se denegó la tutela a Armando Holguín, por razones similares a las aquí expuestas.” (sentencia T-627 de 1999, M.P., doctor Carlos Gaviria Díaz) (se subraya).

Por todas las razones expuestas la tutela resulta procedente, pues, como se vio, existió una vía de hecho en la sentencia del Tribunal Nacional al no haberse pronunciado sobre la identidad del procesado, y tal omisión le está produciendo al afectado, un perjuicio irremediable. Perjuicio que, contrario a lo sostenido en la sentencia de tutela que se revisa, sí es actual e inminente.

En otras oportunidades, cuando el juez de tutela determina, como en este caso, cuál es el acto o providencia que debe ser corregido, el camino que la Corte ha señalado, consiste en ordenar al funcionario responsable del acto perturbador, que dicte el acto o providencia pertinente, con el fin de corregir o enderezar la acción u omisión. De esta manera, el juez constitucional no se inmiscuye en los asuntos propios de las autoridades y se conserva así el curso natural de los procesos. Siguiendo esta regla, lo procedente sería ordenarle al Tribunal Nacional que complete la sentencia del 30 de diciembre de 1998, y se pronuncie sobre la identidad de quien está recluido en la cárcel.

Sin embargo, surge la dificultad de que con la expedición de la ley 504 del 25 de junio de 1999, se creó la justicia especializada, que entró en vigencia a partir del 1º de julio de 1999 (art. 53), no es posible ordenar al Tribunal Nacional que complete la sentencia del 30 de diciembre de 1998, porque tal Tribunal ya no existe.

En esta ley no se menciona en forma alguna el grado de consulta del artículo 29 de la Ley 81/93, para los delitos de que conocían los fiscales y jueces regionales. Pero, el artículo 37 transitorio de la ley 504 establece:

“Artículo 37. Transitorio. Adscribase a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el conocimiento de los procesos de que actualmente conoce el Tribunal Nacional, y de los que conozca hasta el 1º de julio de 1999. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá crear una sala especial de descongestión, conforme al artículo 63 de

la ley 270 de 1996, para efectos del conocimiento de los procesos a que se refiere el artículo 5º de la presente ley.” (se subraya).

Para que la tutela que se concede, pueda ser efectivamente cumplida, y para que una circunstancia totalmente ajena al demandante de esta acción, como es el cambio de legislación, no resulte en su perjuicio, la Corte ordenará que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá sea la que dicte una sentencia complementaria a la proferida por el Tribunal Nacional, en la que se pronuncie sobre la identidad del condenado y la posible presencia de una homonimia.

Es claro que la orden que se imparte al Tribunal Superior no significa que contra ella se haya fallado esta tutela. Sólo quiere decir que ante la imposibilidad de que el ente tutelado cumpla lo ordenado, lo haga el que, por disposición de la ley, entró a conocer los procesos no concluidos.

Para tal efecto, se ordenará que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de las 48 horas después de que se notifique de esta sentencia, disponga todo lo que sea pertinente, para lograr que, si lo estima conveniente, decrete las pruebas correspondientes y profiera la sentencia complementaria respectiva. En todo caso, la sentencia complementaria debe producirse en un plazo no mayor a veinte (20) días, contados desde la notificación de esta providencia.

Si la Sala Penal concluye que se trata de un homónimo, ordenará la libertad inmediata del condenado, y ordenará, si así lo considera, la captura del verdadero responsable del delito.

Como se advirtió al inicio de esta providencia, en los 9 cuadernos que conforman esta tutela no se encuentran todos los documentos del proceso penal, y algunos corresponden a fotocopias ilegibles. Sin embargo, para el rápido cumplimiento de lo ordenado en esta acción, se solicitará la participación de la Procuraduría General de la Nación, para que de acuerdo con las facultades del artículo 277, numeral 7, de la Constitución, intervenga en los asuntos que el Tribunal lo requiera y vigile su estricto cumplimiento.

Finalmente, con el objeto de que exista armonía entre lo aquí decidido y lo que se decidirá de conformidad con lo ordenado en esta providencia, se enviará copia de esta sentencia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y se ordenará que el Tribunal envíe, también a la Sala Penal, copia de la sentencia complementaria, cuando ella se produzca, para que ambas hagan parte del expediente que acompaña el recurso de casación.

Por todas las razones expuestas, se revocará la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Santafé de Bogotá, Cundinamarca y Amazonas, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que denegó la presente acción, y, en su lugar se concederá el amparo pedido.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Santafé de Bogotá, Cundinamarca y Amazonas, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de fecha veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la acción de tutela presentada por Carlos Arturo Restrepo Hernández contra el Tribunal Nacional. En consecuencia, se concede la tutela pedida.

Para tal efecto, y por las razones expuestas, se ordena que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas después de que se le notifique de esta

T-749/99

sentencia, disponga todo lo que sea pertinente, para lograr que, si lo estima conveniente, decrete las pruebas correspondientes, y profiera la sentencia complementaria respectiva. En todo caso, la sentencia complementaria debe producirse en un plazo no mayor a veinte (20) días, contados desde la notificación respectiva.

Es claro, que si la Sala Penal del Tribunal concluye que efectivamente se trata de un homónimo, en la sentencia correspondiente se debe ordenar la libertad inmediata de Carlos Arturo Restrepo Hernández que se encuentra condenado en la cárcel de Bellavista, en la ciudad de Medellín.

De la sentencia complementaria, el Tribunal enviará copia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que haga parte del recurso de casación.

Segundo. Por las razones expuestas, la Secretaría General de la Corte enviará copia de esta sentencia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tercero. Por las razones expuestas, se solicitará la intervención de la Procuraduría General de la Nación, a la que se le remitirá copia de esta sentencia.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
-en comisión-

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional hace constar que: el honorable Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz no suscribe la presente providencia, por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-750/99

octubre 7 de 1999

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Características

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Protección

Referencia: Expediente T-243938

Peticionario: Edgar Eduardo Mejía Restrepo.

Procedencia: Tribunal Contencioso Administrativo.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Bogotá, en sesión del siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Nueve, ordenó la selección del mencionado expediente, por auto del 16 de septiembre de 1999.

I. ANTECEDENTES

A. La demanda

El señor Edgar Eduardo Mejía Restrepo, presentó acción de tutela en contra del Tribunal Superior de Pereira, Sala de Decisión Penal, en la cual solicita se le tutele el derecho fundamental de defensa.

Los fundamentos fácticos en los cuales sustenta sus peticiones, son los siguientes:

El actor fue condenado mediante sentencia del 12 de mayo de 1999, proferida por el Juzgado Quinto Penal de Pereira, a la pena principal de treinta y tres (33) meses por el hecho punible de hurto agravado y calificado y, a la pena accesoria de interdicción de derechos y ejercicio de cargos públicos, por igual término.

Inconforme con la sentencia dictada por el juzgador de primera instancia, el peticionario como apelante único interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en contra de la decisión mencionada.

El *ad quem* mediante sentencia del 30 de junio de 1999, modificó el fallo del *a quo*, aduciendo irregularidades que deben ser corregidas en aras de mantener el principio de legalidad. En efecto, manifiesta el Tribunal de segunda instancia, que el Juzgado Quinto Penal de Pereira, al realizar los descuentos por sentencia anticipada y confesión “tomo en cuenta el mismo monto, y no los residuos” de conformidad con lo indicado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, por tanto, condenó a la pena de prisión de 36 meses y 20 días y, a la accesoria de interdicción y derechos y funciones públicas por el mismo término.

B. Fallo de primera instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, inicia sus consideraciones transcribiendo apartes de la sentencia materia de discusión y, señalando que la Corte Constitucional ha reiterado en varias providencias, que la tutela sólo es procedente contra providencias judiciales cuando se da lugar a una vía de hecho y, al efecto cita parcialmente la sentencia T-118 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández.

Concluye diciendo, que una vez revisada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, Sala de Decisión Penal, se observa que dicha Corporación realizó una corrección a la sentencia apelada, lo que es procedente de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, por lo tanto, no se presentó como lo afirma el tutelante, una vulneración al principio de la *reformatio in pejus*, ni “mucho menos” se ha actuado mediante una vía de hecho.

Al contrario, expresa el juez de tutela, que el Tribunal demandado actuó conforme a derecho “pues no está obligado el juez a prohijar una irregularidad tal como se desprende del análisis que se hace en la providencia materia de conflicto”. Por las razones que expone, rechaza por improcedente la tutela interpuesta.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se debate

El problema jurídico que se plantea en la presente acción de tutela, se enmarca, en si es procedente el principio de la no “*reformatio in pejus*” en los procesos penales cuya decisión en la segunda instancia, corrige errores aritméticos cometidos por el fallador *a quo*.

El asunto que en este momento ocupa la atención de la Corte, presenta similitud en los supuestos fácticos aducidos, a los planteados en la decisión que unificó la jurisprudencia de esta Corporación en torno al principio de la “*reformatio in pejus*” y, en un fallo reciente proferido por la Sala Séptima de Revisión (T-178 de 1998), razón por la cual, se impone en el presente asunto, igualdad de trato jurídico frente a la aplicación de la Ley Fundamental.

En ese orden de ideas, esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional, reitera lo dispuesto en las sentencias SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-178 de 1998 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Se expresó en dichas sentencias lo siguiente :

“3. En reiterada jurisprudencia, se ha señalado que el artículo 31 superior constitucionalizó la no *reformatio in pejus*, el cual es un principio de imperativa aplicación por parte de todos

los jueces. Esta Corporación ha interpretado el alcance de esta garantía, para lo cual ha precisado estas características:

“-Cuando la apelación se interpone exclusivamente por el condenado o por su defensor, el juez de segunda instancia no puede empeorar su situación agravando la pena impuesta por el juez de primera instancia. (SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz y SU-598 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara).

“-La competencia del juez de segunda instancia se adquiere sólo en los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el condenado, puesto que la apelación y las pretensiones que se involucran en ella limitan la competencia del superior jerárquico. (T-481 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-113 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“Este principio impone al superior la prohibición de actuar ex officio y exige un carácter dispositivo (T-099 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía).

“- El principio de la no reformatio in pejus opera sólo en favor del imputado. (SU-327/95).

“- El principio de legalidad de la pena no cede frente al derecho a la libertad en la segunda instancia cuando hay apelante único. (T-474 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“- La responsabilidad para mantener la legalidad de la pena ante una sentencia de primera instancia ajena a este deber, le corresponde al Ministerio Público y a la Fiscalía, como representantes de los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, como quiera que se encuentran facultados para interponer el recurso de apelación y los demás recursos que contempla el ordenamiento jurídico penal. (SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

“-La prohibición de fallar en mayor perjuicio del apelante único cubre a toda clase de decisiones judiciales -salvo las excepciones que contemple la ley-” (C-055 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

“- La prohibición de agravar la condena en perjuicio del apelante único se extiende a la condena por responsabilidad civil o consecuencias civiles del ilícito (T-400 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-643 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

“4. En relación con la preocupación del Tribunal Nacional referente a la necesidad de corregir errores aritméticos en que incurrió el juez regional de primera instancia, la Corte Constitucional mediante sentencia que unificó jurisprudencia, dijo:

“La no interposición oportuna del recurso de apelación por el Fiscal o el Ministerio Público, revelan la conformidad del titular de la pretensión punitiva con los términos del fallo, e implican la preclusión de la oportunidad que el Estado tenía de revisar su propio acto.

(...)

Si el procesado se abstiene de recurrir la decisión o desiste del recurso interpuesto, tal como se lo permite el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, ante la ausencia de impugnación de los demás sujetos procesales, la sentencia de primera instancia, aun con todos los vicios de que se la pueda acusar, hace tránsito a cosa juzgada, sólo alterable o anulable con la interposición de la acción de revisión, que opera frente a causales muy específicas y sólo cuando se trata de sentencias condenatorias, con el objeto de favorecer al reo que ha sido ilegalmente sancionado.

(...)

Ni siquiera cabe argüir, en el plano de la conveniencia, que la interpretación prohijada por la Corte en el caso sub judice es propiciatoria de impunidad, pues resulta excepcional e insólito que si existe un vicio sustancial en la sentencia ni el Ministerio Público ni la Fiscalía interpongan contra ella el correspondiente recurso. Esa conducta omisiva comporta la aquiescencia del Estado, a través de los funcionarios investidos de competencia precisamente para esos efectos, con la sentencia de primera instancia que, de ese modo, queda convalidada en cuanto a las consecuencias favorables que ella comporte con respecto al apelante único.

(...)

Si el a quo incurrió en un error y el Estado, por intermedio del Ministerio Fiscal, no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el ad quem mediante el desconocimiento de una garantía consagrada en la Carta y no sujeta a condición.”

En efecto, en el presente caso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, vulneró la prohibición del principio de la reformatio in pejus consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Edgar Eduardo Mejía Restrepo como apelante único, agravando su situación, como quiera que modificó la pena de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, de 33 a 36 meses y 20 días.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, el 3 de agosto de 1999.

Segundo: **CONCEDER** la tutela interpuesta por el señor Edgar Eduardo Mejía Restrepo, por violación del artículo 31 de la Constitución Política, en virtud de haber sido empeorada su situación como apelante único por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante providencia del 30 de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Tercero: **ENVIASE** copia de la presente providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, para los efectos procesales pertinentes.

Cuarto: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

-en comisión-

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional hace constar que: el honorable Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz no suscribe la presente providencia, por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-751/99

octubre 7 de 1999

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS - Características

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS - Protección

Referencia: Expediente T-244545

Peticionario: Leonardo Cuervo Avila.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Nueve, ordenó la selección del mencionado expediente, por auto del 16 de septiembre de 1999.

I. ANTECEDENTES

El señor Leonardo Cuervo Avila, actuando a través de apoderado, presentó acción de tutela en contra del Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, en la cual solicita se le protejan los derechos fundamentales consagrados en los artículos 29 y 31 de la Constitución Política.

1. Hechos

Los fundamentos fácticos en los cuales sustenta sus peticiones, son los siguientes:

1.1. El accionante fue capturado el día 23 de noviembre de 1998 por el C.T.I. de la ciudad de Chocontá y, puesto a disposición del Fiscal Local Delegado 02 de la misma ciudad. Una vez escuchada su diligencia de indagatoria, le fue resuelta su situación jurídica, con la imposición de medida de aseguramiento por los delitos de hurto calificado y lesiones personales.

1.2. El señor Leonardo Cuervo Avila, el día 22 de enero de 1999 se acogió a la figura jurídica de la Sentencia Anticipada que consagra el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y, en dicha diligencia le fueron formulados los cargos de hurto calificado y lesiones personales.

1.3. El Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón –Cundinamarca- mediante sentencia del 4 de febrero de 1999, lo condenó a la pena principal de 28 meses de prisión y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, por los delitos de hurto calificado y lesiones personales.

Pese a que la pena impuesta no superó los 3 años de prisión, el fallador a quo negó el subrogado de la condena de ejecución condicional. Razón por la cual, el demandante, mediante apoderado judicial, actuando como apelante único, impugnó el fallo del juzgado de primera instancia.

1.4. El Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, mediante sentencia proferida el 19 de marzo de 1999, modificó la sentencia apelada e impuso al señor Leonardo Cuervo Avila, la pena de prisión de 37 meses y 10 días y multa de \$3.000.oo.

2. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, comienza señalando que esta Corporación en reiteradas providencias ha manifestado, que la acción constitucional contra sentencias judiciales, sólo es procedente en el evento de presentarse una vía de hecho que afecte los derechos constitucionales fundamentales de las personas, siempre y cuando se reúnan los requisitos de procedibilidad exigidos por la acción de tutela. Al efecto, cita parcialmente varias sentencias de la Corte Constitucional (T-548 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-079 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por otra parte, señala el fallador *a quo*, que el principio de la *reformatio in pejus*, es un postulado de derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del debido proceso; así mismo, el principio de legalidad “subyace del debido proceso que es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye por lo tanto cualquier acción contra *legem* o *practer legem*”.

Manifiesta, el fallador de primera instancia, que a su juicio, el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, no vulneró el derecho fundamental al debido proceso ni, tampoco hizo más gravosa la situación del apelante único.

Considera que lo pretendido con la acción de tutela interpuesta por el accionante, es dejar sin efecto la modificación realizada por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá “por la supuesta agravación de la pena impuesta por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón”; modificación que según el juez constitucional de primera instancia, no agravó la pena impuesta, por cuanto **“simplemente adecuó la decisión del fallador a la normatividad aplicable, en acatamiento del principio de la legalidad de la pena, que hace parte de la garantía fundamental del debido proceso, consignados en los artículos 29 y 230 de la Carta Política”**

En consecuencia, concluye manifestando que el Juez de Segunda instancia en el proceso penal –Juzgado Penal del Circuito de Chocontá-, no actuó en forma arbitraria o ilegal, de manera tal, que pueda pensarse en una vía de hecho que genere una violación al debido proceso, sino que por el contrario, se trata de una acción “correctiva del *ad quem*, reivindicatoria de la legalidad de la condena, desconocida por el *a quo*”, por ende, no se puede predicar una vía de hecho cuando el juez aplica la ley y, en ese orden de ideas, niega la tutela solicitada.

3. Impugnación.

Inconforme con el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, el apoderado del accionante, manifestando en síntesis que el principio de la

reformatio in pejus que consagra el artículo 31 de la Constitución Política, se impone como un límite al que se encuentra sujeto el fallador de segunda instancia de no agravar la pena impuesta cuando el condenado es apelante único, es decir, se constituye como una garantía fundamental del debido proceso, con el objeto de evitar que el imputado sea sorprendido con una sanción que no ha tenido la oportunidad de controvertir.

4. Sentencia de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, e inicia sus consideraciones manifestando que esa Corporación en reiteradas providencias ha señalado la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, de manera pues, que la característica meramente subsidiaria de la acción constitucional no permite “operar de manera alternativa ni adicional para invadir ahí si inconstitucionalmente” las funciones del juez de conocimiento, así mismo, continúa el *ad quem*, que no se puede dejar de lado el principio universal de la cosa juzgada, los principios constitucionales expresos de las dos instancias, el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia y, por último el sometimiento de los jueces solamente al imperio de la ley.

A su juicio, si una persona se siente agravada con una actuación judicial, cuenta con el medio idóneo para controvertirla como son los recursos y prerrogativas legales, pero dentro del mismo proceso en que se haya proferido la actuación que no comparte, que es donde se encuentran preferencialmente las garantías constitucionales para su protección.

Indica que efectivamente el señor Leonardo Cuervo Avila actuó como apelante único en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón – Cundinamarca, impugnación que sólo pretendía que se concediera la condena de ejecución condicional, pero si el fallador *ad quem* concluyó que al momento de la dosificación de la pena no se tuvo en cuenta el delito concursal de lesiones personales **“en manera alguna tal razonamiento puede catalogarse como alejado protuberantemente del derecho y de ilógico e irracional”** por cuanto, de la imprecisión y falta de claridad que presenta el fallo de primera instancia en el proceso penal “cabía razonablemente estimar el soslayo del mencionado delito contra la integridad personal, o sea que en la criticada consideración del juzgado accionado no entraña la ‘vía de hecho’ que aduce el demandante”.

Por último considera el juez constitucional de segunda instancia, que ante una violación como la que se le endilga al Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, era procedente el recurso de casación en aras de proteger el principio de la *reformatio in pejus*, vía judicial que no fue utilizada por el accionante, por lo cual la tutela deviene en improcedente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se debate.

El señor Leonardo Cuervo Avila, actuando como apelante único, impugnó el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón-Cundinamarca, mediante el cual se le impuso una pena principal de prisión de 28 meses y, una accesoria de interdicción de derechos y

funciones públicas por el mismo término y, se le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Atendiendo la circunstancia de que la pena impuesta no superaba los 3 años, el apoderado del señor Cuervo Avila, interpuso el recurso de apelación exclusivamente dirigido a lograr que su defendido obtuviera el subrogado de la condena de ejecución condicional, consagrado en el artículo 68 del Código Penal.

El Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, al resolver el recurso de reposición, consideró que a pesar de que el recurso sólo se interpuso para obtener el beneficio de la condena de ejecución condicional, se encontraron errores en la dosificación de la pena, como quiera que al señor Cuervo Avila, solamente se le sancionó por el delito de hurto calificado y agravado, dejando de lado el delito de lesiones personales, con lo cual, a su juicio, se viola el principio de la legalidad de la pena. Estas razones, fueron suficientes para que el fallador *adquem* en el proceso penal, modificara la sanción impuesta por el *a quo*, condenando a Leonardo Cuervo Avila a la pena principal de 37 meses y 10 días de prisión y multa de 3.000.00 pesos.

Entonces tenemos que el problema jurídico que se plantea en la presente acción de tutela, se enmarca, en si es procedente el principio de la no “reformatio in pejus” en los procesos penales cuya decisión en la segunda instancia, corrige errores en la dosificación de la pena cometidos por el fallador *a quo*.

El asunto que en este momento ocupa la atención de la Corte, presenta similitud en los supuestos fácticos aducidos, a los planteados en la decisión que unificó la jurisprudencia de esta Corporación en torno al principio de la “*reformatio in pejus*” y, en un fallo reciente proferido por la Sala Séptima de Revisión (T-178 de 1998), razón por la cual, se impone en el presente asunto, igualdad de trato jurídico frente a la aplicación de la Ley Fundamental.

En ese orden de ideas, esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional, reitera lo dispuesto en las sentencias SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-178 de 1998 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Se expresó en dichas sentencias lo siguiente :

“3. En reiterada jurisprudencia, se ha señalado que el artículo 31 superior constitucionalizó la no reformatio in pejus, el cual es un principio de imperativa aplicación por parte de todos los jueces. Esta Corporación ha interpretado el alcance de esta garantía, para lo cual ha precisado estas características:

“-Cuando la apelación se interpone exclusivamente por el condenado o por su defensor, el juez de segunda instancia no puede empeorar su situación agravando la pena impuesta por el juez de primera instancia. (SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz y SU-598 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara).

“-La competencia del juez de segunda instancia se adquiere sólo en los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el condenado, puesto que la apelación y las pretensiones que se involucran en ella limitan la competencia del superior jerárquico. (T-481 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-113 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“-Este principio impone al superior la prohibición de actuar ex officio y exige un carácter dispositivo (T-099 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía)

“- El principio de la no reformatio in pejus opera sólo en favor del imputado. (SU-327/95).

“- El principio de legalidad de la pena no cede frente al derecho a la libertad en la segunda instancia cuando hay apelante único. (T-474 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“- La responsabilidad para mantener la legalidad de la pena ante una sentencia de primera instancia ajena a este deber, le corresponde al Ministerio Público y a la Fiscalía, como representantes de los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, como quiera que se encuentran facultados para interponer el recurso de apelación y los demás recursos que contempla el ordenamiento jurídico penal. (SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

“-La prohibición de fallar en mayor perjuicio del apelante único cobija a toda clase de decisiones judiciales -salvo las excepciones que contemple la ley-” (C-055 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

“- La prohibición de agravar la condena en perjuicio del apelante único se extiende a la condena por responsabilidad civil o consecuencias civiles del ilícito (T-400 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-643 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

“4. En relación con la preocupación del Tribunal Nacional referente a la necesidad de corregir errores aritméticos en que incurrió el juez regional de primera instancia, la Corte Constitucional mediante sentencia que unificó jurisprudencia, dijo:

“La no interposición oportuna del recurso de apelación por el Fiscal o el Ministerio Público, revelan la conformidad del titular de la pretensión punitiva con los términos del fallo, e implican la preclusión de la oportunidad que el Estado tenía de revisar su propio acto.

(...)

Si el procesado se abstiene de recurrir la decisión o desiste del recurso interpuesto, tal como se lo permite el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, ante la ausencia de impugnación de los demás sujetos procesales, la sentencia de primera instancia, aún con todos los vicios de que se la pueda acusar, hace tránsito a cosa juzgada, sólo alterable o anulable con la interposición de la acción de revisión, que opera frente a causales muy específicas y sólo cuando se trata de sentencias condenatorias, con el objeto de favorecer al reo que ha sido ilegalmente sancionado.

(...)

Ni siquiera cabe argüir, en el plano de la conveniencia, que la interpretación prohijada por la Corte en el caso sub iudice es propiciatoria de impunidad, pues resulta excepcional e insólito que si existe un vicio sustancial en la sentencia ni el Ministerio Público ni la Fiscalía interpongan contra ella el correspondiente recurso. Esa conducta omisiva comporta la aquiescencia del Estado, a través de los funcionarios investidos de competencia precisamente para esos efectos, con la sentencia de primera instancia que, de ese modo, queda convalidada en cuanto a las consecuencias favorables que ella comporte con respecto al apelante único.

(...)

Si el a quo incurrió en un error y el Estado, por intermedio del Ministerio Fiscal, no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el ad quem mediante el desconocimiento de una garantía consagrada en la Carta y no sujeta a condición.”

Siendo ello así, en el presente caso, el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, vulneró la prohibición del principio de la *reformatio in pejus* consagrado en el artículo 31 de la Constitución

Política, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Leonardo Cuervo Avila como apelante único, al pronunciarse sobre un punto que no fue objeto de recurso, por una parte y, por la otra, agravando su situación, como quiera que modificó la pena principal de prisión de 28 a 37 meses y 10 días y multa de 3.000.00 pesos.

Así mismo, como corolario de la pena impuesta, la solicitud del beneficio de la condena de ejecución condicional objeto del recurso, le fue negado.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR** la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 29 de julio de 1999.

Segundo: **CONCEDER** la tutela interpuesta por el señor Leonardo Cuervo Avila y, en consecuencia **DEJAR SIN EFECTO** por violación de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, en virtud de haber sido empeorada su situación como apelante único por parte del Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, la providencia del 19 de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Tercero: **ENVIASE** copia de la presente providencia al Juzgado Penal del Circuito de Chocontá para los efectos procesales pertinentes.

Cuarto: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
-en comisión-

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional hace constar que: el honorable Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz no suscribe la presente providencia, por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena de esta corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-751A

octubre 8 de 1999

DEBIDO PROCESO- Fundamental

Esta Corporación ha señalado que dentro de las garantías constitucionales que establece la Carta Política, enmarcada como garantía fundamental, se encuentra el debido proceso, el cual constituye, un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento en las actuaciones tanto judiciales como administrativas, cuyo fin último es la defensa de los derechos de los ciudadanos; razón por la cual, deberán ser respetadas todas las formas propias de los respectivos procesos por parte de quien imparte o administra justicia, o ejerce funciones públicas. Esta Corte ha estimado que las garantías procesales imprimen transparencia a las actuaciones y en general a todas las actividades públicas, por lo tanto, el señalamiento de las diversas etapas procedimentales han sido previamente determinadas por la ley, cuyo propósito esencial es el de equilibrar las cargas procesales entre los sujetos que concurren a una diligencia judicial. Por ello, los ciudadanos sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones tanto administrativas como judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso. La Corte Constitucional ha sostenido en abundante jurisprudencia que el debido proceso es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los sujetos procesales y en donde es necesario respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, por ende el legislador exige una mayor atención para asegurar al máximo los derechos sustantivos puesto que entre más se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y hace excluir por consiguiente, cualquier acción contra legem o preter legem, por parte de las autoridades y de los operadores jurídicos.

DEBIDO PROCESO- Recta administración de justicia

La función de administrar justicia, está sujeta al imperio de lo jurídico; es decir, sólo puede ser ejercida dentro de los precisos términos establecidos con antelación por las normas generales y abstractas que vinculan positiva o negativamente a los servidores públicos, en consecuencia, Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista y únicamente pueden actuar, apoyándose en una previa atribución de competencia, es decir, el debido proceso es el que tiene todo ciudadano a la recta administración de justicia.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Juez no resuelve materia objeto de debate/VIA DE HECHO- No lo constituye interpretaciones del juez que no comparten las partes

La acción de tutela no procede contra providencias judiciales, salvo que éstas se hubiesen proferido mediante una actuación arbitraria, que amenace o ponga en peligro derechos fundamentales de una de las partes del litigio. No se trata que a través de la acción de tutela, el juez a quien corresponda ordenar la protección de los derechos fundamentales, entre a resolver sobre la materia objeto del debate, simplemente su labor se circunscribe a evaluar la conducta asumida por el funcionario que administra justicia y únicamente, si su conducta sobrepasa parámetros de interpretación lógica y por ende, se torna en arbitraria, abusiva y contraria al orden jurídico. En este sentido la acción de tutela debe equilibrar o corregir tal comportamiento jurídico. Obsérvese, por lo tanto, que las interpretaciones no compartidas por las partes procesales en que pueda incurrir el juez, en desarrollo de su función de administración de justicia, no puede ser estimado como vía de hecho, máxime cuando el afectado cuenta con los mecanismos ordinarios para solicitar la protección de sus derechos ante las instancias competentes.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ-Respeto**ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Alcance****INCIDENTE DE DESACATO-Fundamento****INCIDENTE DE DESACATO- Inicio para evitar cascada de tutelas****DEBIDO PROCESO- Vulneración por revivir proceso concluido****NULIDAD POR REVIVIR PROCESO DE TUTELA CONCLUIDO- Aplicación**

Referencia: Expediente T-221616 y T- 223227 (Acumulados)

Peticionaria: Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., octubre ocho (8) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los H. Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos dictados por el Tribunal Superior de Cundinamarca Sala Civil-Familia (17 de febrero de 1999 y 9 de abril de 1999), y Agraria y la H. Corte Suprema de Justicia - Sala Civil - Agraria (27 de abril de 1999 y de 7 de mayo), dentro de los procesos de acción de tutela instaurados por la ciudadana Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, contra el titular del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, e identificados con los números de radicación T-221616 y T-223227 respectivamente y acumulados por la Sala de Selección de tutela mediante auto de 11 de junio de 1999 en razón a la identidad del demandante y del demandado así como a los derechos fundamentales debatidos.

1. EXPEDIENTE T-221616**1.1. Antecedentes**

Aduce la peticionaria que en acatamiento a lo decidido en una inicial acción de tutela que ella impetró contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, el titular de ese despacho judicial dictó la sentencia de 27 de enero de 1999, en obediencia a los fallos de tutela de primera

y segunda instancia, ordenados por la Sala Civil-Familia Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y de la Sala Civil Familia de la H. Corte Suprema de Justicia, de fechas noviembre 3 de 1998 y diciembre 16 de 1998, respectivamente. En opinión de la accionante, el juez demandado incurrió nuevamente en una vía de hecho pues el demandado reprodujo íntegramente el fallo que fuera dejado sin valor, por los jueces de tutela en los fallos referidos anteriormente, con lo que “cumplió aparentemente las órdenes judiciales”. Solicita en su libelo la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, pidiendo al juez de tutela “dejar sin efecto, el fallo de 27 de enero de 1999, y que a su vez se confirme el fallo dictado por el juez de primera instancia dentro del proceso civil de restitución de bien arrendado”.

En efecto, expone la peticionaria en un largo memorial que inicialmente interpuso una primera tutela contra el mismo juez, que ahora demanda, y en la cual solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, cuya vulneración atribuyó al titular del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá que profirió la sentencia de fecha 23 de septiembre de 1998, la que, a su vez, revocó la providencia del Juzgado Primero Civil Municipal de Fusagasugá dentro de un proceso de restitución de bien arrendado, cuyos antecedentes son los siguientes:

a) Expresa que desde hace más de quince (15) años, en condición de arrendataria ocupó el local comercial ubicado en la Avenida las Palmas No. 6-44/48 del municipio de Fusagasugá (Cund.), el cual se destinó para panadería.

b) Que la arrendadora Beatriz López de Caicedo le comunicó, en septiembre de 1994, haber enajenado el referido local comercial al Dr. John Raúl Sabogal, a quien ésta le había cedido el contrato de arrendamiento, afirma que la vendedora no le refirió ni la identificación de éste, ni el lugar donde podía ubicarlo, razón por la cual procedió a solicitarle dicha información a la vendedora, antigua propietaria, en comunicación calendada septiembre 26 de 1994.

c) Expresa en su demanda de tutela que el 28 de septiembre de 1994, recibió un marconigrama del Dr. John Raúl Sabogal en el que como cesionario del contrato de arrendamiento le manifestaba que facultaba al abogado Hernando Benavides Morales para todo lo relacionado con dicha relación contractual, específicamente para recibir, conciliar y transigir. Así mismo, en esta comunicación sólo se le informó la dirección donde podía ubicar al mandante.

d) Adujo en su libelo que dentro de los cinco (5) primeros días del mes de octubre de 1994, la arrendataria acudió a la oficina del Dr. Benavides Morales, en la ciudad de Santafé de Bogotá, sin que éste la atendiera. Al día siguiente, concurrió a la oficina del citado profesional ubicada en el municipio de Fusagasugá, logrando entrevistarse con él, habiéndole insistido en buscar un acuerdo sobre la relación contractual y ofrecido la cancelación del canon de arrendamiento del local comercial, negándose éste a recibir la renta y expresando que procediera a consignar los arrendamientos.

e) Agrega la actora que ante la situación planteada, intentó efectuar el pago del canon de arrendamiento ante la Caja Agraria de Fusagasugá (Cund.), entidad que no aceptó la consignación y la remitió al BCH donde efectuó los pagos de la renta, a partir de octubre de 1994 a nombre de John Raúl Sabogal y/o Hernando Benavides y/o Beatriz López de Caicedo y/o Blanca Beatriz Bermúdez.

f) Argumentó que no obstante lo anterior, el cesionario John Raúl Sabogal demandó la restitución del local comercial ubicado en la avenida Las Palmas No. 6-44/48, ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Fusagasugá (Cund.) invocando como causales la falta de pago de

los cánones de arrendamiento desde diciembre de 1994 a mayo de 1996, e igualmente, que el pago no se hizo en debida forma y la mora en las citadas mesadas.

g) Expuso que ella al contestar la demanda formuló las excepciones de mérito que denominó: “inexistencia de causal para la terminación del contrato de arrendamiento y consiguiente restitución del inmueble” y “pago”, excepciones, a las que la parte actora replicó que no podía tenerse en cuenta los pagos de la renta efectuados, por cuanto se consignó incorrectamente el número de la cédula del cesionario, situación que le imposibilitó a este para cobrar la misma, a más de que el BCH no estaba autorizado para recibir dichas consignaciones, según el concepto de la Superintendencia Bancaria que aportó, en el cual se refieren normas relacionadas con el arrendamiento de vivienda urbana pero no de carácter comercial.

h) Afirma en su demanda que el número de cédula del cesionario indicado en las consignaciones realizadas ante el BCH corresponde al que éste relacionó en la carta de desahucio que le remitió a la arrendataria y plasmó en el poder que confirió para iniciar el proceso de restitución.

i) Por lo que el proceso se abrió a prueba y dentro de dicha etapa el demandante absolvió interrogatorio de parte en el que admitió que la arrendadora concurrió a su consultorio a realizar el pago de la renta, sin que la atendiera, y que autorizó al Dr. Hernando Benavides para que se entendiera con todo lo relacionado con el contrato.

j) Afirma, igualmente que el Juzgado del conocimiento del proceso en comento, profirió sentencia negando las pretensiones de la parte demandante, habida cuenta que encontró probada la violación al principio constitucional de la buena fe por parte del actor y teniendo en cuenta que la arrendataria cumplió con sus obligaciones contractuales, por lo que el fallo de primera instancia fue recurrido en apelación por el demandante fundamentando su inconformidad, en el hecho de considerar que la arrendataria no consignó en debida forma ni ante la entidad bancaria autorizada los cánones de arrendamiento. Expresa la peticionaria de tutela que correspondió el conocimiento de la apelación al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá (Cund.), despacho que al desatlarla revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar acogió las pretensiones de la parte demandante, rechazando de plano el argumento de que la Caja Agraria de Fusagasugá (Cund.) no había recibido la consignación de los cánones de arrendamiento, fundándose en una certificación de esa entidad anexada por el actor a sus alegatos de conclusión, sin que ella tuviera la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción. Así mismo, sustentó su decisión el despacho tutelado en que no se demostró el pago en debida forma, pues no se indicó en forma correcta el número de cédula del arrendador y tampoco se efectuó ante la entidad bancaria autorizada.

k) A juicio de la demandante, la sentencia proferida por la segunda instancia ampara los actos ilegítimos realizados por el actor y su apoderado, para hacer incurrir en error a la arrendataria, invoca normas que no tienen aplicación sobre la situación planteada como la ley 56 de 1985, no aplica la normatividad especial respecto a la interpretación y fuentes del derecho que le era obligatorio tener en cuenta (art. 822 del C. Civil), y desconoce que el pago de los cánones de arrendamiento se efectuaron en el término contractual convenido, en la entidad facultada por el Decreto 2221 de 1983, o sea el Banco Central Hipotecario; norma que la actora invocó como sustento de la restitución y luego desconoce en beneficio de la prosperidad de su acción.

l) Aduce que en el trámite de la presente acción de tutela, luego de decretar la nulidad de lo actuado, se vincularon además de la accionante y el accionado al doctor John Raúl Sabogal, quien fue parte actora en el proceso de restitución de inmueble promovido contra la aquí

T-751A/99

tutelante, tal como se aprecia a folios 284, 286 y 288 del expediente; por tanto, se encuentra garantizado el debido proceso y el derecho de defensa no sólo de las partes sino de quienes puedan resultar afectados por las decisiones que se adopten.

m) Estima la peticionaria que al proceder de esta forma el Juzgado tercero Civil del Circuito de Fusagasugá violó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

n) Aduce la peticionaria que admitida la inicial acción de tutela (expediente T-198.107), y luego de dar cumplimiento a los trámites propios previstos en la ley. La Sala Civil – Familia – Agraria del Tribunal Superior de Cundinamarca, dictó el fallo de fecha noviembre 3 de 1998, en el cual resolvió tutelar el derecho al debido proceso de la actora violado dentro del proceso de restitución de inmueble, promovido en su contra por John Raúl Sabogal y declaró sin valor ni efecto la sentencia del 23 de septiembre de 1998, proferida por el Juzgado tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, al propio tiempo, ordenó al juez referido que en el término de 48 horas procediera a dictar el fallo de segunda instancia que legalmente correspondía.

o) Por otra parte, sigue narrando la peticionaria que como consecuencia de la anterior decisión, el señor Hernando Benavides Melo, en su condición de apoderado judicial de John Raúl Sabogal, impugnó la providencia anterior aduciendo que en el proceso de restitución de bien arrendado se oyó a la arrendataria sin haber consignado a orden del arrendador los meses causados a partir de diciembre de 1995 y hasta mayo de 1996. Lo anterior, en criterio del impugnante, es una carga procesal exigida por la ley, para todos los despachos judiciales y para todos los demandados, cuando se trate de procesos civiles de restitución de bien arrendado. Reitera que las consignaciones que la arrendataria hizo en el Banco Central Hipotecario no han podido hacerse efectivas, en razón a que incurrió su autora en un grave error al indicar el número de su cédula en forma equivocada.

p) De otro lado, el actor se remite a los argumentos que en respaldo de la impugnación presentó, en escrito separado, ante el juez que conoció del proceso de restitución de bien arrendado, en el cual, a su vez se reproducen los fundamentos señalados para combatir el acogimiento de la solicitud; reprocha el análisis que el Tribunal hizo de la jurisprudencia constitucional y legal y se analizan algunas normas de la Ley 45 de 1990 y del Código de Comercio.

q) Por su parte sigue exponiendo la accionante, que la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil-Agraria, en providencia de 16 de diciembre de 1998, confirmó la sentencia de tutela del Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Civil – Familia – Agraria, de fecha 3 de noviembre de 1998, aclarando que el juez accionado omitió abordar aspectos centrales de la controversia, los cuales sirvieron de sustento no sólo a las pretensiones de la demanda sino también de la defensa planteada.

r) Por último, la actora aduce que este proceso de tutela (T-198107), se envió para su eventual revisión a la Corte Constitucional, Corporación, esta última, que mediante auto de fecha 22 de febrero de 1999, Sala Segunda de Selección, decidió excluirla de revisión, por lo que la misma se encuentra en firme produciendo todos sus plenos efectos procesales y materiales.

s) Finalmente expone la accionante, que en acatamiento a lo decidido en los anteriores fallos de tutela, el Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, profirió el 27 de enero de 1999, una nueva sentencia, la que es motivo del proceso T-221616 acumulado, y examinado por la Corte en esta oportunidad, en donde el Juez Tercero demandado incurre, a juicio de la actora, en una vía de hecho, pues, no sólo, desconoce el pago efectuado desde el mes de diciembre de 1994, mediante consignación bancaria, sino que dejó de aplicar el artículo 822 del Código de Comercio

y el Decreto 3817 de 1982, amén de que volvió a ignorar los elementos probatorios allegados por parte de la demandada, con lo cual incurrió en la vulneración de derechos cuya protección demanda, y por lo tanto, el nuevo fallo del juzgado (27 de enero de 1999), reproduce “*íntegramente el que fuera dejado sin valor por el juez de tutela, es decir, el de fecha 23 de septiembre de 1998*”, lo que, en opinión de la demandante, no comporta otra cosa que el “*desconocimiento de lo ordenado por las autoridades judiciales competentes*”.

1. 2. La Decisión de Primera Instancia

El Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Civil – Familia – Agraria, mediante providencia de fecha 17 de febrero de 1999, decidió acoger la acción de tutela instaurada por Beatriz Bermúdez de Vargas, frente al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, ordenando al juez demandado, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación dictara la sentencia que en derecho corresponda.

En efecto, el *a quo*, tras relacionar los antecedentes del asunto y recordar la finalidad ontológica de la acción de tutela, pasó a referirse al caso concreto sometido a su consideración en este proceso, señalando que en relación con la providencia censurada, que reemplazó la del 23 de septiembre de 1998, en el proceso de restitución arrendado, esto es la de enero 27 de 1999, dictado como consecuencia de las órdenes judiciales impartidas por los jueces de tutela de primera y segunda instancia, el Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, reprodujo la sentencia que, inicialmente, fue declarada sin valor ni efecto por el fallo anterior de tutela, introduciéndole un capítulo denominado “nuevos elementos” conforme al fallo de tutela dictado por la H. Corte Suprema de Justicia de 16 de diciembre de 1998, para reafirmar allí que, la relación contractual existente entre las partes es de carácter mercantil, dado que el inmueble materia del contrato, se arrendó para el funcionamiento de un establecimiento de comercio y que por lo tanto, según el artículo 1º de dicha codificación, debe aplicarse el estatuto mercantil, criterio que lo indujo a aplicar el artículo 696 de tal normatividad, referente a que si el acreedor cambiario se niega a recibir el pago del deudor, éste puede hacerlo por medio de consignación en un banco legalmente autorizado para recibir depósitos judiciales.

Tal reflexión, agrega el Tribunal, lo llevó a concluir que el Estatuto Financiero no incluye al Banco Central Hipotecario como una entidad autorizada para recibir depósitos judiciales, sino arrendamientos y por ende, a que la precitada normatividad prevalece sobre el Decreto 3817 de 1982, atendiendo el mandato del artículo 5 de la ley 57 de 1887. Con todo, omitió, referirse a la aplicación del artículo 882 del Código de Comercio, no obstante la proposición formulada en tal sentido por la parte demandada, lo que lleva al Tribunal como juez de tutela, a considerar que el juez tutelado incurrió nuevamente en vía de hecho.

Tampoco explicó, continúa diciendo el *a quo*, en forma válida y razonable el por qué consideró, que el artículo 822 del Código de Comercio, a pesar de ser norma expresa, no es aplicable al contrato de arrendamiento sobre establecimientos de comercio, cuando se persigue, su extinción por cualquiera de las causas previstas en la ley. Ni se aprecia la identidad entre la letra de cambio y el contrato de arrendamiento para acudir al sistema de pago, previsto en el artículo 696 ibidem, en detrimento del artículo 882 de la misma codificación.

Por otra parte, concluye el *a quo* que la Corte Suprema de Justicia, en su doctrina jurisprudencial señaló como vía de hecho, en su inicial fallo de tutela, de fecha 16 de diciembre de 1998, que la falta de apreciación de ciertas pruebas y circunstancias relevantes en la cuestión

litigada, tales como el mandato de recibir, y otras pruebas documentales no fueron tenidas en cuenta por el juez accionado, es decir en la sentencia del 27 de enero de 1999, pues, en esta providencia, dejó de ver el funcionario judicial que las consignaciones bancarias acreditadas por la demandada se efectuaron igualmente, tanto a favor del mencionado apoderado como del nuevo dueño del inmueble arrendado, que con relación a éste se indicó acertadamente el número de su cédula de ciudadanía, de dónde no era viable dejar de lado tal advertencia para sostener que ante el error encontrado en las consignaciones en cuanto a la identificación del arrendador, fuera posible para éste hacer efectivo el importe de los mismos.

Finalmente, estimó el Tribunal que el funcionario acusado sólo cumplió “formalmente” la orden de tutela, ya que ignoró las pautas trazadas por el juez constitucional de tutela y, por lo mismo, mantuvo su fallo aplicándole un “maquillaje sutil”, en el que en nada modificó lo estudiado y decidido en la primera sentencia, incurriendo nuevamente en la vía de hecho que se le endilga.

Con fundamento en tales razonamientos concedió el amparo solicitando ordenando de paso, compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santafé de Bogotá, Cundinamarca, para la investigación de la conducta del Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá.

1.3. La Impugnacion

El Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, demandado en este proceso, así como los ciudadanos John Raúl Sabogal Castillo, citado a este trámite, en su condición de demandante en el proceso de restitución de bien arrendado y su apoderado, impugnaron el fallo, con base en los siguientes argumentos.

Para Sabogal Castillo, el fallo de tutela de fecha 17 de febrero de 1999, proferido en esta oportunidad por el *a quo*, atenta contra la independencia y autonomía del juez ordinario o de instancia, pues le señala, no sólo la forma como debe fallar, sino que lo amedrenta con investigaciones penales y disciplinarias. Estima igualmente, que existen intereses oscuros ocultos en el manejo que el Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Civil - Familia - Agraria, le ha dado a la acción de tutela encaminada a dejar sin efecto el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, en cumplimiento de un fallo de tutela anterior, toda vez que las anteriores providencias civiles se ocupan de manera objetiva y clara, de examinar los elementos probatorios allegados al expediente, así como las normas sustitutivas en que se ha apoyado el funcionario judicial, para proferir sus decisiones.

Por su parte, el funcionario demandado, manifiesta, en su impugnación, que disiente de la apreciación del Tribunal en cuanto le enrostra que la sentencia cuestionada, es decir la del 27 de enero de 1999, es producto de su capricho y arbitrariedad, toda vez que tiene el firme convencimiento de haber actuado con el ánimo de acertar, cumpliendo con su deber en forma imparcial y sometido siempre al imperio de la ley. Anota también, que siguió las directrices trazadas por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 16 de diciembre de 1998, al decidir la impugnación de la primera tutela presentada por la misma ciudadana y, como en su nuevo fallo, esto es el del 27 de enero de 1999, hizo un análisis del alcance del artículo 8 del Decreto 3817 de 1982, al igual que sobre la naturaleza de la relación contractual que origina la controversia, para concluir, que la legislación aplicable es la prevista para los comerciantes en su estatuto y no la civil, que regula el régimen de arrendamiento de vivienda urbana.

De otro lado, expone el impugnante que, a la luz de la jurisprudencia la aplicación de normas civiles en lo atinente a los requisitos para la validez del pago por consignación en materia de arrendamientos es un régimen especial y no aplicable a los conflictos entre comerciantes.

Así mismo, adujo que, en aras de establecer la supuesta mala fe del arrendador para hacer incurrir en error a la arrendataria, señalado por la Corte, sustentó debidamente la razón por la cual ese comportamiento no pudo existir, de acuerdo con la prueba documental allegada para lo cual confrontó las fechas de los documentos existentes en el expediente, concluyendo que la comunicación enviada por el arrendador a la arrendataria, en donde le informaba su cédula de ciudadanía, data del 24 de enero de 1996, es decir cuando ésta ya hubiera consignado dos meses anteriores a esa fecha, indicando un número de cédula distinto.

De otra parte, aduce el juez cuestionado que el Tribunal Superior de Cundinamarca, ciertamente invoca en su fallo de tutela de fecha 3 de noviembre de 1998, el artículo 822 del Estatuto Mercantil como fuente jurídica aplicable al caso, que por ende debió atenderse a este aspecto pero que, posteriormente, no citó el fallo de tutela de segunda instancia que en la primera acción de tutela, produjo la Corte Suprema de Justicia. Empero en la providencia que él dictó de fecha 27 de enero de 1999, se adujeron requisitos que para la consignación exige la legislación civil, los cuales se cotejaron armónicamente con la legislación comercial, sin que su falta de citación expresa o su inaplicación constituya vulneración de derechos fundamentales; en efecto, expone el juez cuestionado, que en la providencia dictada, es decir la del 27 de enero de 1999, analizó también la aplicación del artículo 696 del Código de Comercio, por cuanto el mismo se refiere a las obligaciones de carácter mercantil a plazos y términos previstos, a su juicio para la solución de aquella, en el evento en que el acreedor se refiere al pago, situación análoga cuando se trata de obligaciones surgidas en razón de un contrato mercantil, en el que el arrendatario deudor debe cancelar la renta dentro de un plazo, al arrendador-acreedor, ya que si éste se niega a recibirla, aquél puede proceder al pago por consignación en el término y forma previstos en la disposición precitada. Con todo, no obstante haberse expresado tal criterio, es cierto que no fue aplicado por cuanto se dio por efectuada la consignación indicando que para la validez del pago debían cumplirse otros requisitos también explicados, por lo cual solicita a la Corte Suprema de Justicia revocar la sentencia anterior.

1.4. El Fallo de Segunda Instancia

La Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Agraria, mediante sentencia de fecha 27 de abril de 1999, decidió revocar el fallo de 17 de febrero de 1999, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca—Sala Civil—Familia—Agraria, por medio de la cual se acogió la acción de tutela instaurada por Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas con relación al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá y en su lugar negó la tutela instaurada por la anterior ciudadana.

En efecto, señaló la Corte Suprema de Justicia, en su fallo, luego de exponer las características y la viabilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, lo siguiente:

“Los aspectos centrales del litigio a que se refiriera esta Corporación, tiene que ver de un lado, con la ausencia de pronunciamiento sobre la aplicación al caso de lo prevenido por el Decreto 3817 de 1982, en punto del pago por consignación que efectúen los arrendatarios cuando el arrendador se niega a recibir el importe de la renta, no obstante que la aquí accionante se apoyó en tal legislación para fundar su defensa en torno a la validez de los pagos por consignación bancaria que hiciera de la renta cuya mora se le imputó; y, de otro, con la

falta de examen de las pruebas y hechos relevantes del litigio como el concerniente al poder que el arrendador le otorgó al abogado Hernando Benavides Morales, para representarlo en todo lo atinente al contrato de arrendamiento, incluyendo la facultad de recibir, dado que las consignaciones bancarias de la renta se hicieron igualmente a favor de aquél y, por ende, no podía dejarse de lado este hecho para sostener que el error advertido en los comprobantes de consignación en relación con la identificación del arrendador, diera como resultado que éste no pudiera hacer efectivo el importe de las consignaciones y, finalmente, que tampoco analizó el hecho imputado por la arrendataria excepcionalmente al arrendador, de haberla inducido a error para efecto de su identificación en los comprobantes de consignación de los arrendamientos, al indicarle que su cédula de ciudadanía correspondía al número 284.977 de Fusagasugá, según documento obrante al folio 136 del expediente.

“Como se desprende de la sentencia cuestionada, tales aspectos fueron atendidos por el juez accionado, interpretando las normas allí señaladas, de una manera razonada, sin que el juez constitucional pueda contraponerle otra tal vez más elaborada, y es que la vía de hecho sólo acaece cuando la decisión judicial represente una agresión ostensible al ordenamiento jurídico, ya porque se halle desprovista íntegramente de justificación jurídica, ora porque el pronunciamiento del sentenciador no obedezca a la apreciación racional de los elementos de convicción de que dispone, o a una interpretación normativa que sea opuesta por completo a la razón, lo que no parece haber acontecido en el evento de que aquí se trata.

“En todo caso, si como se queja la impugnante y lo admite el Tribunal *–a quo*, el Juez accionado acató tan sólo formalmente la orden impartida en la sentencia de tutela, toda vez que, a su entender, desatendió la directrices allí contenidas, con tal conducta, si ello fuere así, habría que considerarlo incurso en desacato respecto de dicha providencia.

“En circunstancias tales, el camino a seguir no es otro que el del trámite incidental correspondiente, que no el de la acción aquí adelantada, puesto que de no ser así se caería en un círculo vicioso ante sucesivos incumplimientos de quienes deben acatar las determinaciones adoptadas por el juez constitucional. En suma, para obtener el cumplimiento de un fallo de tutela es improcedente el ejercicio de una nueva acción de tutela, debiéndose acudir al medio que al medio que al respecto prevé la ley, esto es, al contemplado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.”

Finalmente, es importante anotar, por parte de la Sala de Revisión que esta decisión fue objeto de salvamento de voto por cuanto para el Magistrado disidente la decisión, judicial objeto de tutela presenta una vía de hecho por no cumplir adecuadamente el fallo inicial de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 16 de diciembre de 1999.

2. EXPEDIENTE T-223227

2.1. Antecedentes

De otra parte, nuevamente la actora Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, inició un nuevo proceso judicial de tutela contra el Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, ya que, en su criterio, este despacho ha desconocido nuevamente su derecho fundamental al debido proceso al proferir el 5 de marzo de 1999, una tercera sentencia de segunda instancia, en un proceso de restitución de inmueble, providencia que obedeció a la orden impartida el 17 de febrero de 1999, por la Sala Civil Familia – Agraria, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en fallo de tutela proferido a favor de la demandada aquí accionante. Por haber incurrido el juez accionado en una vía de hecho, solicita la actora que se “ordene la suspensión de la aplicación

o ejecución de la sentencia y se retire al juez accionado del conocimiento del susodicho proceso de segunda instancia”, con base en los mismos hechos y afirmaciones en que fundó la primera acción de tutela, esto es lo expuesto en el expediente T-221616.

2.2. El Fallo de Primera Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca – Sala Civil Familia – Agraria, en fallo de fecha 9 de abril de 1999, negó la tutela impetrada, estimando que los hechos expuestos en el escrito de tutela y las copias incorporadas al expediente dan cuenta de una situación compleja, originada en las sentencias proferidas por el Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, calendadas el 23 de septiembre de 1998 y 27 de enero de 1999, las cuales fueron dejadas sin valor ni efecto mediante sendas sentencias de tutela proferidos por este Tribunal, el 3 de noviembre de 1998 y el 17 de febrero de 1999, respectivamente.

Como resultado de esta última providencia, el juez demandado proferió la sentencia de fecha 5 de marzo de 1999, la cual, según sostiene la actora, otra vez, es violatoria de su derecho fundamental al debido proceso por incurrir el juez accionado en vía de hecho, lo que motivó la formulación de la presente acción.

En efecto, el Tribunal, luego de aludir a la acción de tutela, cuando como en el caso presente se dirige contra providencias judiciales, niega por improcedente, el amparo invocado, nuevamente, toda vez que la revisión de esta última sentencia –5 de marzo de 1999-, que reemplazo la de 27 de enero de 1999, proferida en el proceso de restitución, refleja que el juez accionado adoptó literalmente los puntos que motivaron las sentencias de tutela anteriores (expediente T-221616) y los desarrolló uno a uno, aplicando su propio criterio, de acuerdo con las razones que consideró pertinentes para desechar la defensa de la parte demandada, revocando la sentencia apelada y ordenando el desalojo solicitado en la demanda, e igualmente efectuó la valoración de las pruebas atendiendo a los aspectos relevantes del litigio; valoración que si bien podría no compartir la Sala, sirvieron de fundamento a la decisión que el Juzgado estimó conducente.

Sobre el punto de la valoración probatoria, precisó el Tribunal que según principios jurisprudenciales, este aspecto no puede ser sometido a control constitucional por vía de tutela, pues ello llevaría a quebrantar la autonomía e independencia que tiene el juez ordinario para dar a cada prueba el alcance que éste estime pertinente basado en su propia lógica, razón y juicio.

Por último, añade el fallador que la ponderación que aquí se cuestiona y que lo condujo a descartar los argumentos de la parte demandada en el proceso de restitución, corresponde al ámbito propio de su competencia como funcionario de segunda instancia encargado de revisar por apelación toda actuación surtida dentro del proceso, motivos suficientes los así reseñados para desechar esta nueva petición de amparo, por lo tanto negó la tutela impetrada por la actora.

2.3. La Impugnación

La peticionaria impugnó el fallo anterior en la oportunidad legal respectiva, aduciendo que el juez de tutela no observa que el juez tercero reprodujo nuevamente los argumentos expuestos en la sentencia atacada varias veces en tutela, la que no ha acatado lo ordenado por los jueces constitucionales.

2.4. El Fallo de Segunda Instancia

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso de impugnación formulado por la actora en fallo de 7 de mayo de 1999, confirmó el fallo de 9 de abril de 1999, proferido por

la Sala – Civil – Familia – Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, tomando como base el artículo 7 del Decreto 306 de 1992.

En efecto, estimó el juez de tutela de segunda instancia lo siguiente:

“Por consiguiente, en estricto sentido la presente acción carece de objeto toda vez que como acaba de indicarse, la providencia que le dio origen fue proferida en acatamiento de un fallo a su vez revocado, luego la impugnación en curso carece de materia decisoria, razón por la cual esta Corporación debe limitarse a impartirle confirmación al fallo en referencia, ello en atención a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 29 del Decreto 2591/91.”

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera: La Competencia

La Corte es competente para revisar las sentencias proferidas en las acciones de tutela acumuladas en razón a la identidad de las partes demandante y demandada, así como del objeto debatido, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. La actividad probatoria desplegada por la Sala de Revisión

Ante la confusión planteada por el conjunto de demanda de tutela y ante el amplio y voluminoso expediente, el Magistrado ponente, mediante auto de fecha 7 de septiembre de 1999, decidió practicar algunas pruebas para comprobar los supuestos de hecho que originaron las acciones de tutela acumuladas y que resultaban esenciales para la revisión de la decisión judicial objeto de este proceso, por lo cual resolvió oficiar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil-Familia-Agraria, para que remitiera a esta Corporación, con destino al expediente de la referencia, copia de las piezas procesales que contenían la primera acción de tutela, presentada por la ciudadana Beatriz Bermúdez de Vargas, contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá y que había sido identificada con el No. T-198107, la cual no fue seleccionada por esta Corporación para su revisión, según auto de 22 de febrero de 1999, dictada por la Sala de Selección No. 2 de esta Corte, conforme a su reglamento interno.

En primer término, advierte la Sala que las acciones de tutela presentadas por la ciudadana Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, fueron notificados por parte del juez de tutela de primera instancia, tanto a la parte demandada como a los terceros con interés legítimo en el resultado del proceso de tutela, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia.

De otra parte, según se desprende de los antecedentes y del acervo probatorio obrante en el amplísimo expediente acumulado, observa la Sala que la accionante estima que el despacho judicial contra el cual dirige las acciones de tutela de la referencia, ha desconocido reiteradamente su derecho fundamental al debido proceso, al proferir varias sentencias dentro de un proceso de restitución de bien arrendado, el cual se inició en virtud de un contrato de arrendamiento de un inmueble en el que funciona un establecimiento mercantil dedicado a la producción y venta de pan, y contenidos en las providencias de fecha 23 de septiembre de 1998, 27 de enero de 1999 y 5 de marzo de 1999, las que han obedecido, a su vez, a las órdenes impartidas por la Sala Civil-Familia-Agraria, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y de la H. Corte Suprema de Justicia, en sendos fallos de tutela, dictados a favor de la aquí accionante, por haber incurrido el juez accionado en vías de hecho, por lo cual solicita la peticionaria se “suspenda la aplicación o ejecución de las sentencias respectivas y se retire al juez accionado, del conocimien-

to del referido proceso civil”, así como que “se deje sin validez la sentencia de 27 de enero de 1999 y se confirme la sentencia de primera instancia dentro del proceso de restitución de bien arrendado.”

En efecto, los hechos y afirmaciones en que funda las acciones de tutela acumuladas puede resumirse de la siguiente manera:

(Expedientes T-221616 y T-223227)

1. John Raúl Sabogal Castillo, formuló en su contra demanda de restitución de inmueble arrendado en procura de obtener la terminación del contrato de arrendamiento celebrado, respecto de los locales comerciales ubicados en la avenida Las Palmas Nos. 7-99 y 7-48 de Fusagasugá, esgrimiendo para ello la mora en el pago de los cánones causados entre el mes de diciembre de 1994 y el mes de mayo de 1996, asunto que correspondió conocer al Juzgado I Civil Municipal de Fusagasugá.

2. Contestada la demanda, la peticionaria demostró haber efectuado el pago de los arrendamientos mediante consignación en el Banco Central Hipotecario y en la Caja Agraria, ello por razón de la renuencia a recibir el pago tanto por parte del arrendador como de su apoderado, Dr. Hernando Benavides Melo, facultado expresamente para recibir según poder otorgado.

3. Las pretensiones de la demanda fueron rechazadas por el juez de primera instancia, interponiéndose contra la sentencia respectiva el recurso de apelación por parte de los demandantes.

4. El Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, a quien correspondió desatar la alzada, profirió una inicial sentencia el 23 de septiembre de 1998, revocando en su totalidad el fallo apelado, con fundamento en que los arrendamientos no se consignaron a nombre del demandante debidamente identificado y, además, que el pago realizado en las mencionadas entidades bancarias, no lo había sido en debida forma.

5. La peticionaria, señora Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, interpuso una inicial acción de tutela contra esta última providencia estimando que el juez incurrió en vía de hecho, por no haber aplicado al caso, el artículo 822 del Código de Comercio, así como que tampoco tuvo en cuenta el Decreto 3817 de 1982, petición resuelta en su favor, por la Sala Civil – Familia – Agraria del Tribunal Superior de Cundinamarca, que ordenó al Juzgado accionado, en fallo de 3 de noviembre de 1998, en el término de 48 horas, dictar el fallo que en derecho corresponda.

6. Esta resolución judicial, a su vez, fue impugnada por el arrendador demandante y la Sala Civil y Agraria de la H. Corte Suprema de Justicia la confirmó mediante providencia del 16 de diciembre de 1998, señalando que la autoridad competente accionada omitió abordar aspectos centrales de la controversia, los cuales sirvieron de sustento, no sólo a las pretensiones de la demanda sino también a la defensa planteada.

7. En obediencia a los dos fallos anteriores, el Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, profirió sentencia con fecha 27 de enero de 1999, en la que incurrió, en sentir de la actora en una nueva vía de hecho, (la que corresponde al expediente T-221616), pues no sólo desconoció el pago de los cánones de arrendamiento efectuados desde el mes de diciembre de 1994, mediante consignación bancaria, sino que dejó de aplicar el artículo 822 del Código de Comercio y el Decreto 3814 de 1982, amén de que ignoró elementos probatorios allegados por la parte demandada en el proceso de restitución de bien arrendado.

8. Estimando la actora que esta segunda sentencia -27 de enero de 1999-, es violatoria de sus derechos fundamentales, particularmente del debido proceso, instauró nuevamente acción de tutela que recibió despacho favorable (expediente T-221616). En efecto, el Tribunal de Cundinamarca estimó que: “El Juzgado incurrió en vía de hecho al desconocer la aplicación del artículo 822 del C. de Comercio y omitir un análisis serio e integral de la totalidad del acervo probatorio, concediendo el amparo para el derecho al debido proceso invocado y ordenó dictar de nuevo sentencia”, fallo que fue impugnado por el funcionario accionado y por el apoderado del demandante en el proceso de restitución, el cual fue fallado por la H. Corte Suprema de Justicia el día 27 de abril de 1999, revocando el fallo del Tribunal referido.

9. El Juzgado accionado profirió sentencia por tercera vez, el 5 de marzo de 1999, acatando la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca de fecha 17 de febrero de 1999, el cual es calificado por la peticionaria como una nueva vía de hecho ya que el juez relacionó las normas sustanciales que había desconocido en las anteriores providencias e insistió en su no aplicabilidad, en atención a elementos objetivos probatorios, lo que en sentir de la peticionaria son simples apreciaciones subjetivas, toda vez que sólo cambió la presentación formal de los fallos anteriores y no consideró aspecto de hecho probados dentro del proceso arrenditicio como el pago de la renta de los años 1994 a 1996.

10. Como consecuencia de la acción referida, el Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Civil – Familia – Agraria, en providencia de 9 de abril de 1999, negó la tutela solicitada, al estimar que la última sentencia proferida en el proceso de restitución, es decir la de marzo 5 de 1999, refleja que el juez demandado adoptó literalmente los puntos que motivaron las sentencias de tutela anteriores y los desarrolló una a una, aplicando su criterio, de acuerdo con las razones que consideró pertinentes para desechar la defensa de la parte demandada, revocando la sentencia apelada y ordenado el desalojo solicitado en la demanda e igualmente: *“efectúo la valoración de las pruebas que atañen a los aspectos relevantes del litigio, valoración que, si bien no comparte la Sala, sirvieron de fundamento a la decisión que el Juzgado estimó conducente, y los cuales no pueden ser desconocidos por vía de tutela pues con ello se llevaría a quebrantar la autonomía judicial y la independencia del juez ordinario”*. Impugnado el fallo anterior por parte de la actora, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil Agraria, en providencia de fecha 7 de mayo de 1999, resolvió confirmar la referida decisión por carencia de objeto, toda vez que la providencia que dio origen a esta última acción fue proferida en acatamiento de un fallo, a su vez revocado, por la Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de abril de 1998, luego la impugnación en curso carece de materia decisoria, razón por la cual esa Corporación se limitó a impartir la confirmación del fallo referido, en atención a lo dispuesto en el parágrafo 29 del Decreto 2591.

Tercero. El debido proceso y el caso concreto

El derecho fundamental al debido proceso ha sido permanentemente tratado por la jurisprudencia de esta Corte. En efecto, esta Corporación ha señalado que dentro de las garantías constitucionales que establece la Carta Política, enmarcada como garantía fundamental, se encuentra el debido proceso (art. 29 C.P.), el cual constituye, un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento en las actuaciones tanto judiciales como administrativas, cuyo fin último es la defensa de los derechos de los ciudadanos; razón por la cual, deberán ser respetadas todas las formas propias de los respectivos procesos por parte de quien imparte o administra justicia, o ejerce funciones públicas. Esta Corte ha estimado que las garantías procesales imprimen transparencia a las actuaciones y en general a todas las actividades públicas, por lo

tanto, el señalamiento de las diversas etapas procedimentales han sido previamente determinadas por la ley, cuyo propósito esencial es el de equilibrar las cargas procesales entre los sujetos que concurren a una diligencia judicial. Por ello, los ciudadanos sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones tanto administrativas como judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido en abundante jurisprudencia que el debido proceso es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los sujetos procesales y en donde es necesario respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, por ende el legislador exige una mayor atención para asegurar al máximo los derechos sustantivos puesto que entre más se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y hace excluir por consiguiente, cualquier acción contra *legem* o *preater legem*, por parte de las autoridades y de los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, para esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional, la función de administrar justicia, está sujeta al imperio de lo jurídico; es decir, sólo puede ser ejercida dentro de los precisos términos establecidos con antelación por las normas generales y abstractas que vinculan positiva o negativamente a los servidores públicos, en consecuencia, estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista y únicamente pueden actuar, apoyándose en una previa atribución de competencia, es decir el debido proceso es el que tiene todo ciudadano a la recta administración de justicia.

De otra parte, la Corte reitera, nuevamente, que el derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquéllos.

Bajo esta perspectiva, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, salvo que éstas se hubiesen proferido mediante una actuación arbitraria, que amenace o ponga en peligro derechos fundamentales de una de las partes del litigio. No se trata, pues, se repite que a través de la acción de tutela, el juez a quien corresponda ordenar la protección de los derechos fundamentales, entre a resolver sobre la materia objeto del debate, simplemente su labor se circunscribe a evaluar la conducta asumida por el funcionario que administra justicia y únicamente, si su conducta sobrepasa parámetros de interpretación lógica y por ende, se torna en arbitraria, abusiva y contraria al orden jurídico. En este sentido la acción de tutela debe equilibrar o corregir tal comportamiento jurídico. Obsérvese, por lo tanto, que las interpretaciones no compartidas por las partes procesales en que pueda incurrir el juez, en desarrollo de su función de administración de justicia, no puede ser estimado como vía de hecho, máxime cuando el afectado cuenta con los mecanismos ordinarios para solicitar la protección de sus derechos ante las instancias competentes.

En efecto, en reciente jurisprudencia, dijo la Corte, lo siguiente a propósito de la autonomía funcional del juez:

“...el respeto al principio democrático de la autonomía funcional del juez, la cual pretende evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos sobre el funcionario que las adopta. En efecto, los jueces dentro de la órbita de sus competencias, son autónomos e independientes y en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C.P.)”; la valoración probatoria y la aplicación del derecho frente al caso concreto, son

circunstancias reservadas al juez de la causa que las ejerce dentro de la libertad de interpretación que le otorgan la Constitución y la ley y, además, acorde con las reglas de la sana crítica.

“Así entonces, el criterio del control formal de la denominada ‘vía de hecho’ es evidentemente restrictivo, so pena de incurrir en el uso desmesurado de esta figura, desconociendo los recursos y acciones ordinarias dispuestas en la ley para calificar las actuaciones de los jueces y vulnerando su autonomía; esto último, con perjuicio para la seguridad jurídica y la intangibilidad de las actuaciones judiciales. Este trato excepcional ha sido el criterio mantenido por la Corte Constitucional para evaluar la existencia de una “vía de hecho” en las actuaciones judiciales y debe ser el adoptado por quienes de manera temporal, ejercen la jurisdicción constitucional en tutela.” (T-073 de 1997, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Ahora bien, la Sala advierte que en el caso analizado no se presenta el fenómeno jurídico procesal de la temeridad, en el ejercicio de la acción de tutela, pues, no se reúnen los requisitos o hipótesis legales que contempla el legislador al respecto, ni mucho menos lo señalado por la doctrina jurisprudencial al respecto.

En efecto, el artículo 38 del decreto 2591 de 1991, declarado exequible por esta Corporación en sentencia C-054/95) establece lo siguiente:

“Cuando sin motivo expresamente justificados, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

En efecto esta Corporación, en el pasado, ha tenido oportunidad de establecer cuando ocurre la acción temeraria de una acción de tutela. Basta recordar sobre este aspecto lo expuesto en la sentencia T- 300/96. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell), en la que se dijo lo siguiente:

“La temeridad en la acción de tutela supone el ejercicio arbitrario y sin fundamento valedero alguno de ésta, circunstancia que debe ser cuidadosamente valorada por el juez para no incurrir en decisiones injustas.

“La conducta temeraria debe estar plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la acción; requiere de un examen cuidadoso de la pretensión de amparo, de los hechos en que ésta se funda y del acervo probatorio que obre dentro del proceso, que lleve al juzgador a la fundada convicción de que la conducta procesal de la respectiva parte carece en absoluto de justificación.

En el caso *sub examine* encuentra la Corporación que la actora Blanca Beatriz Bermúdez, ha presentado varias acciones de tutela contra providencias emanadas del Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, por haber éste incurrido, a su juicio, en sendas vías de hecho, en tres providencias judiciales, de fechas 23 de septiembre de 1998, esta primera contra la sentencia que resolvió el proceso civil de restitución, la de 27 de enero de 1999 y la de 5 de marzo de 1999, como consecuencia de diversos fallos de tutela. Sin embargo, observa la Corte que existe una justificación, en principio más que suficiente, para instaurar varias acciones de tutela, ya que el juez demandado, según señala la actora ha incurrido en vulneración de sus derechos fundamentales, pues, al dictar estas decisiones judiciales, especialmente las dos últimas de fechas 27 de enero y 5 de marzo de 1999, le han provocado grave perjuicio a sus derechos pues en las mismas “se reprodujo el contenido dejado sin validez por las otras sentencias de tutela”. En criterio de la Sala, estas providencias por su individualidad procesal, constituyen, sendos actos judiciales

e independientes, contentivos cada uno de ellos, de aparentes vulneraciones del derecho al debido proceso. No obstante, si bien ellos en principio corresponden a momentos procesales específicos, estima la Sala que tales decisiones judiciales no han debido ser dictadas por los jueces de tutela, pues con ellas se revivió un proceso de tutela legalmente terminado entre las mismas partes y por el mismo derecho fundamental, con lo cual se vulneró el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, cuyo numeral 3 prohíbe “revivir procesos legalmente terminados”, por lo que a no dudarlo tales decisiones judiciales deben dejarse sin efecto en razón a la ostensible nulidad que pesa sobre los mismos y que más adelante se explicarán.

En consecuencia, cuando la demandante formula la acción de tutela identificada con el número T-223227, lo hizo contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 1999, bajo el entendido de que la misma constituía una actuación contraria a la ley, cuando aún no se había resuelto el recurso de impugnación por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, quien posteriormente, mediante fallo de 27 de abril de 1999, resolvió revocar la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca de fecha 17 de febrero de 1999, la que ordenó al juez accionado dictar una nueva sentencia, dentro del proceso abreviado de restitución de bien arrendado, aconsejando, en su parte motiva, que el camino a seguir por parte de la actora era el de iniciar un trámite incidental y no una nueva acción de tutela.

Por lo tanto, encuentra la Sala que, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, no se cumplen a cabalidad, en este caso concreto, ya que, se reitera, el ejercicio de la acción temeraria de tutela, consiste en la indebida interposición sin motivo expresamente justificado, de la misma, ante varios jueces o tribunales, cuando manifiestamente y de acuerdo con los hechos acreditados, las actuaciones contra las cuales se endereza, hayan sido repetidamente revisados en las diferentes instancias judiciales situación de hecho, que a juicio de esta Sala no se presentan en este caso concreto, pues en principio es claro que la actora no actúa en forma arbitraria o injustificada.

Cuarto. Del trámite del incidente de desacato. Prohibición de la cascada de tutelas y el caso analizado.

De la lectura del acervo probatorio obrante en los procesos de tutela acumulados para estudio de esta Corporación, se concluye, que no es la interposición indiscriminada de acciones de tutela la vía procesal para lograr el cumplimiento eficaz de una orden judicial dictada por el juez, por cuanto el orden jurídico dispuso el incidente de desacato, conforme con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 52. Desacato

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”

De acuerdo con lo expuesto, el desacato tiene como fundamento, el incumplimiento de la orden dada por el juez de tutela dentro del trámite de la misma. Así pues proferida una orden por el juez de tutela en la primera o segunda instancia, como ocurrió en el expediente T-198107, si aquella no se cumple adecuadamente, según las circunstancias, el juez de primera instancia en

la instancia, según el caso, tiene competencia para imponer la sanción por desacato. En efecto, esta Corporación en sentencia C-243 de 1996, dijo lo siguiente, a propósito del tema.

“En segundo lugar, conviene precisar cuál es el funcionario judicial competente para imponer la sanción por desacato. Es decir, que la Corte debe responder a qué juez se está refiriendo el art. 52 bajo examen, cuando dice que la sanción será impuesta “por el mismo juez”.

“De la lectura del inciso segundo del artículo 52, se deduce claramente que el adjetivo “mismo” se utiliza para referirse al juez de primera instancia, o, según el caso al juez que profirió la orden, toda vez que exclusivamente a él se refiere el inciso primero del artículo. No importa si dicho juez conoció la acción en primera o en segunda instancia, toda vez que al tenor de lo prescrito por el art. 31 del Decreto 2591 de 1991, la impugnación del fallo no es óbice para su incumplimiento; es decir, aun mediando impugnación, el fallo debe ser cumplido de inmediato.” (C-243 de 30 de mayo de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Los anteriores razonamientos resultan aplicables al asunto *sub examine*, pues para llegar a esta conclusión, resulta evidente que los jueces de tutela de primera y segunda instancia, esto es la Sala Civil - Familia y Agraria del Tribunal Superior de Cundinamarca, y la H. Corte Suprema de Justicia, resolvieron tutelar el derecho al debido proceso de la actora, en las sentencias de fecha 3 de noviembre de 1998 y 16 de diciembre de 1998 (expediente T-198107), luego, para la Sala es claro que desde el momento en que el juez de tutela conoció de la segunda acción interpuesta que originó el expediente (T-221616), ha debido prevenir a la señora Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, para que, si lo estimaba pertinente, iniciara un incidente de desacato contra la providencia dictada por el juez demandado, esto es la de 27 de enero de 1999), para establecer si se había o no vulnerado nuevamente el derecho al debido proceso con el contenido de la misma, luego, cuando el juez tercero civil del circuito de Fusagasugá, dictó la sentencia de fecha 27 de enero de 1999, objeto de acción de tutela, la peticionaria desde un comienzo ha debido iniciar un incidente de desacato, para obligar al cumplimiento real y efectivo de las sentencias de tutela que había obtenido a su favor y no iniciar una cascada de tutelas, como efectivamente ocurrió con los expedientes T-223217 y T-221616. En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia de esta Corte, y conforme a las normas jurídicas que reglamentan el ejercicio de la acción de tutela, correspondía al Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil-Familia y Agraria, conocer del posible incidente de desacato, el cual no ha sido presentado por la demandante conforme al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, y que se constituye naturalmente, el medio judicial que el ordenamiento jurídico dispone para los eventos en que la autoridad tutelada no obre conforme a derecho o cuando aparentemente le da cumplimiento a la orden de tutela, como en principio ocurre en este caso.

Para la Corte Constitucional, es obvio que si comparada una orden de tutela, en su contenido y términos, con la realidad, resulta acreditado que ella no se ha cumplido con exactitud y oportunidad, existe desacato y que si éste no se declara, por el juez de instancia, ante quien debe tramitarse el incidente, o ante su superior jerárquico con quien se consulta, se podría configurar una vía de hecho y aun podría darse los elementos para un proceso penal, según lo previsto en el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991. En consecuencia de lo anterior, se reitera, el sistema jurídico tiene prevista una oportunidad procesal específica para obtener que los fallos de tutela se cumplan y para provocar que, en caso de no ser obedecidos, se apliquen sanciones a los responsables. Por lo tanto, estima la Sala que admitir la posibilidad procesal de que en nuevos juicios de tutela se vuelvan a debatir todos aquellos aspectos que constituyeron, en su momento,

los motivos de decisión, en un fallo de tutela precedente, atenta contra la cosa juzgada material y la seguridad jurídica, por lo que la Corte no admite como plausible la posibilidad de la “cascada de tutelas”, dirigida al cumplimiento de un fallo de tutela previo, pues ello es un factor de perturbación de la administración de justicia, que de paso atenta contra la misión de defender los derechos fundamentales por parte de los aparatos de justicia, tal como recientemente lo expuso esta Corporación en las sentencias T-088/99 y T-555/99, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

De otra parte, resulta de fundamental importancia reiterar, lo advertido por esta Corporación en algunas de sus jurisprudencias¹, en el sentido de que no es admisible un pronunciamiento que recaiga sobre cuestiones ya debatidas y legalmente terminadas, por lo que se ha abstenido de efectuar el examen de materias tratadas anteriormente, que no habiendo sido seleccionadas para revisión por la Corte, se encuentran ejecutoriadas, lo que sucedió con el primer expediente de tutela identificado con el número T-198107, ya que al haber sido excluidas de revisión las órdenes de tutela contenidas en dicho proceso y emanadas de los jueces de tutela de primera y segunda instancia, impartidas, se encuentran en firme, no siendo viable discutir, nuevamente las cuestiones ya debatidas por intermedio de nuevos procesos de tutela, ello en virtud del carácter absoluto de la cosa juzgada, situación que aconteció en este evento, cuando la Corte no seleccionó para su revisión el expediente de tutela anteriormente identificado, según consta en el auto de fecha 22 de febrero de 1999, dictado por la Sala de Selección No. 2 de esta Corporación con relación a primera acción de tutela interpuesta por la misma parte, por idéntica causa y contra el mismo demandado. Por lo tanto, las sentencias dictadas por la Sala Civil-Familia y Agraria del Tribunal Superior de Cundinamarca, de fecha noviembre 3 de 1998, y posteriormente confirmada por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha 16 de diciembre de 1998, están produciendo sus plenos efectos jurídicos materiales y procesales, vinculantes en relación con todos los sujetos procesales.

En consecuencia, si el Juez Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, ha desatendido o no el alcance de las sentencias de tutela referidas, al producir la sentencia de 27 de enero de 1999, en cuanto a que ella, sea o no una decisión “aparente” o “limitada” a los aspectos puramente jurídicos, desobedeciendo los elementos de prueba, existentes en el proceso civil de restitución de bien arrendado o si alude a los mismos en forma tangencial al asunto debatido, con absoluta omisión de las providencias de tutela y de todo silencio relativo al verdadero problema de fondo, esto es al pago de los cánones de arrendamiento consignados por la señora Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas durante los años pertinentes al trámite del proceso civil, no es un asunto que deba decidir esta Sala de la Corte, sino el juez de tutela de primera instancia cuando se presente conforme a las reglas el incidente de desacato, pues se reitera, tal conducta es susceptible de ese incidente, y no reviviendo las cuestiones ya debatidas, como si ellas fuesen nuevas, en otros procesos de tutela, pues ellos carecen de toda validez, en razón a que con tal comportamiento procesal se atenta contra la cosa juzgada, creando además un factor de perturbación judicial innecesario en la actividad de los aparatos de justicia.

¹ T-247/97 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

T-082/94 Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

T-068/978 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

Auto de 4 de diciembre de 1996, Dr. Jorge Arango Mejía.

En consecuencia de lo anterior, la Corte ordenará en la parte resolutive de esta providencia dejar sin validez ni efecto todo lo actuado en los procesos de tutela de los expedientes T-221616 y T-223227, incluyendo las sentencias de tutela dictadas en los mismos, en razón a que sobre ellos recayó el fenómeno jurídico procesal de la nulidad (art. 140 num. 3º Código de Procedimiento Civil), en virtud a que no es dable a los jueces de tutela revivir un proceso previo de amparo legalmente terminado entre las mismas partes y por los mismos hechos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero. Declarar la nulidad de todo lo actuado, en los procesos de tutela acumulados, especialmente las sentencias de 27 de abril de 1999, dictada por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, así como la providencia de 17 de febrero de 1999, emanada de la Sala Civil Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por medio de la cual se tuteló y luego se revocó, las acciones de tutela instaurada por Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, contra el Juzgado 3 Civil del Circuito de Fusagasugá, contenido en el expediente T-221616.

Segundo. Declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente, incluídas las sentencias de 7 de mayo de 1999 y 9 de abril de 1999, dictadas por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil-Familia y Agraria, respectivamente, dentro del expediente T-223227 acumulado.

Tercero. Ordenar al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, para que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a dictar la sentencia que en derecho corresponda, dentro del proceso de restitución de bien arrendado promovido por John Raúl Sabogal Castillo, contra Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, abordando los aspectos centrales de la controversia, sin ignorar los elementos probatorios allegados por la parte demandante, de conformidad con la sentencia de tutela de fecha 16 de diciembre de 1998, y correspondiente al expediente T-198107, el cual no fue seleccionado para su revisión por esta Corte, y como tal se encuentra en firme produciendo todos los efectos procesales y materiales que de ella se desprenden. En consecuencia devolver el expediente al juzgado de primera instancia.

Cuarto. Prevenir al titular del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Fusagasugá, para que en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en la omisión de los pronunciamientos necesarios que garanticen el debido proceso, advirtiéndole que si procede de modo contrario, será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de las responsabilidades penales o disciplinarias del caso, para lo cual la actora Blanca Beatriz Bermúdez de Vargas, si lo estima pertinente, inicie el incidente de desacato correspondiente, conforme a las reglas procesales que regulan la materia.

Quinto. **ORDENAR**, que por la Secretaría General de esta Corporación, se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la República y a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santafé de Bogotá y Cundinamarca para la investigación de la conducta en que pudieron haber incurrido, tanto el juez accionado, como el apoderado judicial de la parte demandante, dentro del proceso civil abreviado de restitución de bien arrendado, de conformidad con su competencia.

Sexto. Librar por la Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-752

octubre 11 de 1999

JUNTA ADMINISTRADORA DE CONJUNTO RESIDENCIAL- Cobros extraprocesales

La jurisprudencia reiterada de esta Corporación, ha sostenido que las juntas administradoras de la propiedad horizontal están facultadas para realizar cobros extraprocesales a los copropietarios que no cumplen con el pago de las expensas ordinarias y extraordinarias que son necesarias para “la administración, conservación y reparación de los bienes comunes”. Sin embargo, se reitera, que no todos los métodos de recuperación de cartera son constitucionalmente legítimos, pues los actos de la copropiedad encuentran su límite en la aplicación directa de la Carta.

ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL- Suspensión de servicios

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL- Alcance

La protección constitucional del derecho a la intimidad busca hacer efectivo el respeto por la esfera individual y familiar donde no es factible la interferencia no autorizada, por lo cual aquel derecho “consiste en el dominio exclusivo y reservado que la persona tiene de su fuero interno, compartible sólo con aquellos que la autonomía de su voluntad designe, y en algunos casos con quienes naturalmente, están ligados a ella por vínculos de familia, pero en una medida no absoluta, sino razonable”. Así pues, esta garantía se convierte en un límite de la intervención arbitraria de otras personas, lo cual no significa un aval constitucional al aislamiento absoluto frente al conglomerado, menos aún en las relaciones de convivencia en la propiedad horizontal, en donde la integración y la necesidad de coexistencia son las condiciones determinantes en la copropiedad.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL- Ambitos de privacidad

De los vínculos que surgen en la propiedad horizontal es posible distinguir dos ámbitos de la privacidad individual y familiar. El primero, relacionado con el ejercicio del derecho en las zonas de uso privado, el cual impone un grado de respeto mayor y, por ende, una protección judicial más estricta. El segundo, referido a la práctica del derecho a la intimidad en las áreas de uso común, en donde puede limitarse en mayor medida para dar cabida al legítimo ejercicio de los derechos de los demás residentes, por lo que la garantía judicial es menos estricta. De ahí pues, que en esta última esfera, entran en consideración otros elementos que deben ponderarse al momento de la interpretación constitucional.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR- No se vulnera por restricción de ingreso a zona comunal de parqueo

ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL- Restricción de ingreso a zona comunal de parqueo

DERECHO A LA PROPIEDAD- Fundamental por conexidad

Referencia: Expediente T-227.704

Acción de tutela instaurada por Raúl Eduardo Becerra Pedraza contra la Junta Directiva de Copropietarios y el administrador de la unidad residencial Bavaria en Barranquilla.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, once (11) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez 17 Civil Municipal de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Raúl Eduardo Becerra Pedraza contra la Junta Directiva de Copropietarios y el administrador de la unidad residencial Bavaria en Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

- El accionante es propietario del apartamento 302 del bloque A del conjunto residencial Bavaria en Barranquilla.

- Por dificultades económicas del actor, aproximadamente, hace 2 años no paga las cuotas de copropiedad correspondientes a la administración del conjunto residencial. Por ello, en el año de 1998, la administración de la propiedad horizontal inició un proceso ejecutivo.

- Por decisión de la junta de copropietarios, a partir del mes de enero del presente año, los residentes que se encuentran en mora en el pago de las expensas mensuales, no tendrán derecho al uso de los parqueaderos de uso común del conjunto residencial. Por consiguiente, el actor no podía ingresar su vehículo, pues en la unidad residencial no existen parqueaderos de uso privativo de los copropietarios.

- Después de varios conflictos personales entre el actor, su familia y el administrador del conjunto, en enero del presente año, el accionante se comprometió verbalmente con la administración a pagar oportunamente las cuotas de 1999 y a cancelar la suma morosa en el proceso ejecutivo en curso. Por su parte, la administración permitiría el ingreso del vehículo al parqueadero de uso común, lo cual en efecto sucedió.

- Sin embargo, por disposición de la Asamblea de Copropietarios, a partir del 17 de abril del año en curso, se acordó que “no se le permitiera el acceso, a la unidad residencial Bavaria, a los vehículos de los copropietarios y/o inquilinos que le adeuden a la Asociación sumas de dinero iguales o superiores al equivalente a tres cuotas ordinarias de administración”. Lo anterior, por cuanto el parqueo “se realiza en zonas comunes, es decir que ningún propietario ejerce el derecho de dominio en forma exclusiva sobre las zonas destinadas al aparcamiento”. (Folios 23 y 24)

- Como consecuencia de la anterior decisión, el actor estacionó su automotor en frente del conjunto residencial, pero al igual que otros propietarios que se encuentran en las mismas condiciones, encontró su vehículo en la mitad de la vía pública, exponiéndolo a daños propios y ajenos.

- Así mismo, consta en el expediente de tutela que, a primero de abril de este año, las cuentas por cobrar de la copropiedad ascienden a 20 millones de pesos; que las deudas de 20 apartamentos se encuentran en cobro jurídico y; que el 25 de marzo del presente año se comunicó la decisión de la junta directiva de la copropiedad de “suprimir un celador”, por lo que el ingreso de vehículos al conjunto residencial será limitado al uso de una puerta en el día y de dos puertas en las horas de la noche, de tal manera que sólo en las horas nocturnas funcionará el acceso de vehículos de residentes y visitantes, normalmente.

2. La Solicitud

El actor considera que las decisiones de la copropiedad transgreden sus derechos a la intimidad, al buen nombre, a la libertad y “a no ser molestado en mi persona y en mi familia”, como quiera que “el parqueo, en mi condición de propietario del apartamento, es un derecho, no un servicio contratado con la administración”. Por ello, el accionante propone que “no se me preste el servicio de los porteros consistente en abrir y cerrar las puertas de acceso al conjunto residencial: que se me permita tener llave y yo mismo puedo abrir y cerrar las puertas”. En consecuencia, solicita que el juez de tutela ordene “la suspensión inmediata de acción perturbadora de mis derechos”.

3. Sentencia objeto de revisión

Mediante providencia del 4 de agosto del presente año, el Juzgado 17 Civil Municipal de Barranquilla, decidió negar las pretensiones de la tutela, pues, a su juicio, no existe vulneración de derechos fundamentales.

El juez de tutela considera que el comportamiento omisivo del accionante lo hace “merecedor de las medidas reglamentarias aplicables a los copropietarios de dicho conjunto”, por lo que la acción de tutela no puede ser utilizada para “patrocinar el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los individuos, y menos cuando en este caso no se han demostrado las amenazas o vulneración a las garantías esenciales de la intimidad y al buen nombre”.

Así mismo, el *a quo* afirma que la decisión de la copropiedad no “se entiende como amenaza al derecho de la propiedad”, pues el accionante “tiene toda la libertad de usar y disponer de su vehículo, las veces que estime conveniente, ya que sólo se le está prohibiendo el acceso del mismo a las áreas comunes del conjunto como son los parqueaderos”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión

2. La Asamblea de Copropietarios del conjunto residencial Bavaria en Barranquilla, acordó que quienes presentan más de tres meses de retraso en el pago de las expensas ordinarias, no podrán usar la zona común de parqueo. En razón a que el accionante adeuda más de tres cuotas

de administración, no puede ingresar su vehículo a la unidad, por lo que considera vulnerados sus derechos a la intimidad, libertad y buen nombre. Por su parte, el juez de tutela consideró que los accionados no sólo no transgreden derechos fundamentales sino que actúan en ejercicio de la facultad legal que tienen para cobrar las acreencias a su favor. Por ello, esta Sala deberá resolver si el uso de zonas comunes en la propiedad horizontal, aun en situaciones de mora, constituye un derecho fundamental que debe ser protegido a través de la acción de tutela.

Propiedad horizontal y uso de zonas comunes.

3. La jurisprudencia reiterada de esta Corporación¹, ha sostenido que las juntas administradoras de la propiedad horizontal están facultadas para realizar cobros extraprocesales a los copropietarios que no cumplen con el pago de las expensas ordinarias y extraordinarias que son necesarias para “la administración, conservación y reparación de los bienes comunes” (artículo 5º de la Ley 182 de 1948). Sin embargo, se reitera, que no todos los métodos de recuperación de cartera son constitucionalmente legítimos, pues los actos de la copropiedad encuentran su límite en la aplicación directa de la Carta (C.P. art. 4º).

4. Pues bien, en anteriores pronunciamientos, esta misma Sala de Revisión² ha señalado que, ante la mora en el pago de las expensas obligatorias, la copropiedad puede suspender los servicios que presta directamente, siempre y cuando no afecte las necesidades vitales de existencia de sus habitantes, pues “ese espacio donde el hombre requiere de los demás para proteger necesidades vitales, no puede ser anulado por el grupo social ni puede tomar medidas que nieguen las posibilidades de existencia que el individuo no puede asegurarse por sí mismo”³ (i). Igualmente, es claro que la administración de la propiedad horizontal no puede suspender los servicios públicos de quien incumple sus compromisos económicos con aquella, como quiera que “los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (C.P. art. 2) ”⁴ (ii). Finalmente, las medidas de cobro que adelanten las copropiedades no pueden transgredir el núcleo esencial de derechos fundamentales (iii). Así pues, se convierten en actos abusivos de las facultades de cobro de la administración, la utilización de medidas que limitan irrazonable y desproporcionadamente los derechos, a manera de ejemplo, de circulación de los residentes en las zonas comunales destinadas para ello, o que le nieguen, a sus titulares, el acceso a los inmuebles de uso privado⁵.

5. En este contexto, surge un interrogante ¿la decisión de la “Unidad Residencial Bavaria” de impedir el acceso del vehículo del accionante a la zona de parqueo, es un acto constitucionalmente legítimo? Para responder esa pregunta es importante tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 102 del Reglamento de la copropiedad⁶, son bienes comunes “en el primer piso

¹ Ver, entre otras, las sentencias T-035 de 1997. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, T-228 de 1994 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, T-360 de 1995 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

² Ver sentencias T-630 de 1997 y T-454 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

³ Sentencia T-630 de 1997 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Sentencia T-540 de 1992 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Con relación a este tema, puede consultarse la sentencia T-470 de 1999. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ El Reglamento de la propiedad horizontal fue protocolizado mediante escritura pública 648 del 10 de abril de 1979 de la Notaría Tercera de Barranquilla

toda la zona de circulación que sirve de acceso a los seis (6) bloques incluyendo los parqueaderos y las jardinerías que circundan el conjunto de la construcción”. Por esta razón, es fácil concluir que el accionante alega el uso de un bien común de la copropiedad.

Se afirmó en precedencia que, en ejercicio de la facultad legal de administrar los bienes de la propiedad horizontal, la copropiedad puede suspender los servicios que presta directamente, siempre y cuando no afecte las necesidades vitales de existencia de sus habitantes. Pues bien, para esta Sala el uso del parqueadero no constituye un espacio vital que asegure las posibilidades de existencia digna del accionante, pues esa restricción implica más una limitación a derechos de contenido patrimonial que una restricción a contenidos esenciales de vida. Por lo tanto, la Sala entra a averiguar si la decisión de la asamblea transgrede el núcleo esencial de derechos fundamentales del accionante.

Derechos a la intimidad, buen nombre y propiedad en el régimen de propiedad horizontal.

6. La protección constitucional del derecho a la intimidad busca hacer efectivo el respeto por la esfera individual y familiar donde no es factible la interferencia no autorizada, por lo cual aquel derecho “consiste en el dominio exclusivo y reservado que la persona tiene de su fuero interno, compartible sólo con aquellos que la autonomía de su voluntad designe, y en algunos casos con quienes naturalmente, están ligados a ella por vínculos de familia, pero en una medida no absoluta, sino razonable”⁷. Así pues, esta garantía se convierte en un límite de la intervención arbitraria de otras personas, lo cual no significa un aval constitucional al aislamiento absoluto frente al conglomerado, menos aún en las relaciones de convivencia en la propiedad horizontal, en donde la integración y la necesidad de coexistencia son las condiciones determinantes en la copropiedad.

Por consiguiente, de los vínculos que surgen en la propiedad horizontal es posible distinguir dos ámbitos de la privacidad individual y familiar. El primero, relacionado con el ejercicio del derecho en las zonas de uso privado, el cual impone un grado de respeto mayor y, por ende, una protección judicial más estricta. El segundo, referido a la práctica del derecho a la intimidad en las áreas de uso común, en donde puede limitarse en mayor medida para dar cabida al legítimo ejercicio de los derechos de los demás residentes, por lo que la garantía judicial es menos estricta. De ahí pues, que en esta última esfera, entran en consideración otros elementos que deben ponderarse al momento de la interpretación constitucional.

En este orden de ideas, es fácil concluir que la restricción o el ingreso a la zona comunal de parqueo, atañe directamente con ese segundo ámbito del derecho a la intimidad personal o familiar, el cual deberá analizarse con la facultad de cobro de las expensas que tiene la administración, para la conservación y cuidado de las zonas de la copropiedad. Por consiguiente, la recuperación de la cartera morosa rebasa el interés particular del residente que incumple, pues es un asunto que interesa, e incluso afecta, de manera especial a todo el conjunto residencial. Es por ello, que la Sala considera que, en el asunto *sub judice*, no es factible deducir vulneración al derecho a la intimidad.

7. De igual manera, la Sala estima que la decisión de la asamblea que reprocha el actor, tampoco transgrede su derecho al buen nombre, pues como bien lo tiene establecido la jurisprudencia constitucional, éste es “*el resultado del comportamiento en sociedad*”⁸, por lo que “*no está*

⁷ Sentencia T-620 de 1995 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Sentencia SU-082 de 1995 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía

en posición de reclamar respeto y consideración a su buen nombre quien ha incurrido en actos u omisiones que de suyo generan el deterioro del concepto general en que se tiene al interesado. Así, el que incumple sus obligaciones y persiste en el incumplimiento se encarga él mismo de ocasionar la pérdida de la aceptación de la que gozaba en sociedad y no puede, por tanto, aspirar a que se lo reconozca públicamente como persona digna de crédito”⁹. De ahí pues, que la medida adoptada por la asamblea es tan sólo una consecuencia de la conducta del actor, pues la mora en el pago de las cuotas de administración por más de dos años, evidencia que es su propio comportamiento el que causa una restricción al uso de los bienes de la copropiedad.

8. Por último, la Sala se referirá a la posible violación del derecho a la propiedad sobre los bienes comunes. Así las cosas, vale la pena aclarar que la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰ ha señalado que, en principio, el derecho a la propiedad no es fundamental, pero que puede adquirir ese carácter cuando se presenta en conexidad con derechos fundamentales. Al respecto se ha dicho:

“La propiedad es un derecho económico y social a la vez. En consecuencia, la posibilidad de considerarlo como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sin embargo, esto no significa que tal definición pueda hacerse de manera arbitraria.

“A la hora de definir el carácter de derecho fundamental de la propiedad en un caso concreto, el juez de tutela debe tener como criterio de referencia a la Constitución misma y no simplemente al conjunto de normas inferiores que definen sus condiciones de validez. Esto significa que, en su interpretación, el juez de tutela debe mirar el caso concreto bajo la óptica de los principios, valores y derechos constitucionales, de tal manera que ellos sean respetados.

“Sólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dicho en otros términos, la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna”¹¹.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra que el derecho a la propiedad del accionante adquiera el rango de fundamental, pues en el presente asunto, no es clara su conexidad directa e inescindible con derechos que sí gozan de ese carácter. Por lo tanto, la discusión sobre el uso del parqueadero como bien de la comunidad, no adquiere relevancia constitucional sino que es una disputa legal que puede ser resuelta en el proceso verbal sumario, de conformidad con lo expuesto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil. Por todo lo expuesto, la sentencia objeto de revisión, deberá confirmarse.

⁹ Sentencia T-228 de 1994 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-427 de 1998, T-554 de 1998, C-428 de 1994 y T-431 de 1994.

¹¹ Sentencia T-506 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Arangarita Barón

T-752/99

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado 17 Civil Municipal de Barranquilla, el 4 de agosto del año en curso, dentro de la acción de tutela de la referencia.

Segundo. **LIBRESE** por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-753

octubre 11 de 1999

SUBSIDIO FAMILIAR- Razón de ser

DERECHOS DEL NIÑO- Protección efectiva

Es una obligación ineludible del Estado proteger al niño. No puede haber una simple graduación en la protección, sino que debe ser una protección real, de carácter vinculante absoluto. La protección que el propio Estado ha señalado es una de las finalidades del Estado por mandato del artículo 2º de la Constitución que establece: “Los fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”. El Estado debe acudir en protección de los menores cuantas veces sea necesario, empleando los mecanismos, medios y programas que la ley señale y que se requieran para que la protección sea efectiva.

DERECHOS DEL NIÑO- Fundamentales

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO- Fundamental/DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NIÑO- Protección por tutela

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Fundamental por conexidad

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Fundamental por conexidad

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Protección por tutela

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR- Naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores

SUBSIDIO FAMILIAR- Naturaleza jurídica

SUBSIDIO FAMILIAR- Pago de aportes del empleador por conducto Caja de Compensación

SUBSIDIO FAMILIAR- Procedencia de tutela para ordenar al empleador aportar lo debido a la Caja de Compensación

SUBSIDIO FAMILIAR- Pago a beneficiarios por Caja de Compensación

Referencia: Expedientes T-226516 y T-226745

Acción de tutela instaurada por Antonio Flórez Rincón y Jairo Néstor Morales contra el Municipio de Líbano (Tolima).

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juez 1° Civil Municipal del Líbano, dentro de las acciones de tutela instauradas por Antonio Flórez Rincón (T-226516) y Jairo Néstor Morales Marín (T-226745) contra el municipio del Líbano. Tutelas que por determinación de la Sala de Selección fueron acumuladas.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

1.1. En ambos casos los hechos mencionados en las respectivas solicitudes de tutela son textualmente idénticos. Se dice:

“1. La Administración Municipal del Líbano, viene incumpliendo el pago de los dineros correspondientes al subsidio familiar, que se me adeuda desde el mes de noviembre y diciembre de 1997, de enero a diciembre de 1998 y de enero a marzo de 1999.

2. Han sido infructuosas las reclamaciones presentadas en forma verbal, por el suscrito al Alcalde del Municipio quien siempre argumenta la falta de recursos, igualmente le hemos reclamado a la Caja de Compensación del Tolima COMFACOPI, a la cual el Municipio no ha cancelado los aportes correspondientes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1982.

3. La verdad es que tanto mi familia como yo, nos encontramos agotados física, moral y económicamente, para seguir respondiendo por nuestras labores diarias en razón que el Municipio no me cancela los salarios desde el mes de febrero hasta la fecha del año en curso, es por esto que estoy haciendo uso de derecho consagrado en el artículo 86 para que me sean tutelados los derechos de mis hijos y de mis padres en lo referente al subsidio familiar incluida la indemnización por mora en el pago conforme a la Ley 21 de 1982.”

1.2. En las dos tutelas los fundamentos de derecho son los artículos 5, 53, 44, 46 de la Constitución Política.

1.3. El objetivo de las dos tutelas, según se consigna en las solicitudes, es el siguiente:

“Se solicita la protección de los derechos fundamentales citados, atendiendo a la circunstancia de que si bien es cierto existen otros medios de defensa judicial en el presente se solicita la aplicación del artículo 8° del Decreto 2591, como mecanismo transitorio, atendiendo a las circunstancias de que el perjuicio que se nos viene causando es irremediable, dado que el único medio de subsistencia que poseemos y con el que garantizamos la vida de mi familia es mi salario, complementado con el subsidio familiar que al no ser cancelado cumplidamente como está sucediendo por parte del Municipio, le está negando el derecho a mis hijos al estudio y a la obtención de alimentos y demás formas de subsistencia, contemplados como seguridad social.

Como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, en sentencia T-223 del 18 de mayo de 1998 concluyó, “... que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, que puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.

Fueron agotadas para el reconocimiento de mi derecho, todas las vías de hecho dentro del marco legal sin que haya habido efectividad en su reconocimiento, salvo las disculpas expuestas por la administración del ente demandado. Es precisamente del presupuesto esbozado y resaltado en las normas constitucionales transcritas del que hemos partido para solicitar el amparo de dicho derecho fundamental.”

2. PRUEBAS

2.1. Comunicación de la Caja de Compensación Familiar del Tolima - Comfatolima - indicando que el municipio del Líbano se encuentra en mora desde noviembre de 1997 y que por tal razón los subsidios en dinero no se han cancelado.

2.2. Comunicaciones de la Caja de Compensación Familiar del Tolima - Comfatolima - que hacen referencia a lo siguiente:

a- Afiliación de Antonio Flórez Rincón, teniendo como beneficiaria a la madre, señora Leonor Rincón, de 73 años.

b- Afiliación de Jairo Néstor Morales, teniendo como beneficiarios a sus hijos Edison (11 años) y Juan Carlos (17 años) y a sus padres: Luis Evelio Morales (71 años) y Estevia Marín de Morales (69 años).

c- Información sobre el estado de cuentas del subsidio familiar en el caso del municipio del Líbano. Dice:

“2. El municipio del Líbano adeuda a esta Caja de Compensación Familiar, los aportes parafiscales correspondientes al 4% del total de la nómina mensual de salarios de los meses de noviembre y diciembre de 1997, de enero a diciembre de 1998, y de enero a abril de 1999.

Para suministrar el valor de los aportes adeudados por el municipio del Líbano, se requiere liquidar el 4% sobre la nómina mensual por los meses en mora, entendiéndose que no se puede liquidar sobre el salario exclusivo de un solo trabajador, en cumplimiento del Artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

En cuanto al subsidio familiar en dinero, éste se paga de acuerdo a la cuota mensual establecida por el Consejo Directivo de la Caja de Compensación por persona a cargo del trabajador beneficiario que cumpla con todos los requisitos de Ley. La cuota de subsidio establecida para los años en mención fue:

Año 1997	\$6.800
Año 1998	\$8.000
Año 1999	\$8.000

3. *Conforme a lo dispuesto por el Artículo 15 de la Ley 21 de 1982 los empleadores obligados al pago de aportes para el subsidio familiar, lo deben efectuar a través de una Caja de Compensación, deduciéndose que la obligación del pago de dicho subsidio está a cargo del empleador y no de las Cajas de Compensación, las cuales constituyen únicamente el ente a través del cual el empleador cumple con tal obligación.”*

2.3. Posición de la Alcaldía del Líbano sobre lo adeudado. Alega falta de recursos económicos y no ser la tutela la vía adecuada para esta clase de reclamaciones.

3.SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

En el caso de la tutela T-226516 , peticionario Antonio Flórez Rincón, el Juez Primero Civil Municipal del Líbano, el 24 de mayo de 1999, concedió la tutela.

En el caso de la tutela T-226745, peticionario Jairo Néstor Morales Marín, el Juez Primero Civil Municipal del Líbano, el 25 de mayo de 1999, concedió la tutela.

En ambos fallos la orden se le dio directamente al Alcalde para que *“dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, cancelar al accionante la totalidad de los subsidios familiares atrasados, siempre que haya disponibilidad presupuestal, si no la hubiere, dentro del mismo término, hará los trámites necesarios para la consecución de los recursos suficientes para cancelar las sumas adeudadas”*.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 35 y 42 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación y de la acumulación ordenada.

B. TEMAS JURIDICOS

1. Protección a los menores, por el no pago del subsidio familiar

El subsidio familiar ha sido reconocido por la ley 21 de 1982. Dentro de quienes tienen derecho a él, están en primer lugar los hijos de los trabajadores beneficiarios (artículo 27 y 28 de la citada ley).

La Corte Constitucional ha señalado como característica del subsidio familiar, ser éste una prestación derivada del derecho a la seguridad social. En la sentencia C-508/97 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se precisó la razón de ser del subsidio:

“El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”.

El problema que se plantea en el caso sometido a estudio es la protección a dichos menores cuando éstos no reciben el mencionado subsidio. Esto obliga a recordar, inicialmente, el tema de la protección al niño; y ver la manera como la Constitución y la ley garantizan tal protección

dándole la característica de derecho fundamental y de principio constitucional. En el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 expresamente se establece:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Es más, en la T-283/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se resaltó la protección así:

*“La consideración del niño como **sujeto privilegiado** de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla **pro infans** (CP art. 44).”*

Es una obligación ineludible del Estado proteger al niño. No puede haber una simple graduación en la protección, sino que debe ser una protección real, de carácter vinculante absoluto. La protección que el propio Estado ha señalado es una de las finalidades del Estado por mandato del artículo 2º de la Constitución que establece: *“Los fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”* En conclusión, el Estado debe acudir en protección de los menores cuantas veces sea necesario, empleando los mecanismos, medios y programas que la ley señale y que se requieran para que la protección sea efectiva.¹

Tratándose concretamente del subsidio familiar, la T- 223/98 dijo:

“9. Consecuencia directa de esta protección es que muchos de los derechos sociales, económicos y culturales que no son fundamentales sino por conexidad, adquieren esta categoría cuando su titular es un menor de edad. Tal sucede, por ejemplo, con los derechos prestacionales a la seguridad social y a la salud: para las personas adultas, éstos no son derechos fundamentales, a menos que se pruebe por conexidad que su vulneración afecta uno

¹ Ver T-715/99, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

de estos últimos²; sin embargo, en los niños, por virtud de esa aludida prevalencia y protección especial de que habla la Carta Política, sí adquieren tal categoría. Tal es el sentido de la siguiente cita jurisprudencial:

“Pero además, la nueva Constitución, al ocuparse de los derechos de los niños, no desatendió al desarrollo del derecho social contemporáneo y estableció, como corresponde a su evolución, las nuevas manifestaciones del Estado Social de Derecho, y dio rango de derecho constitucional fundamental a algunos derechos de los menores como el de la seguridad social que se proyecta en este caso, no obstante que deba encontrarse su armonía con otras manifestaciones programáticas específicas, que también son proyección suya.” (SU- 043/95 M.P.Dr Fabio Morón Díaz) (Subrayas por fuera del original).

10. El corolario procesal del anterior principio es que, a diferencia de las acciones interpuestas en favor de los adultos, las tutelas encaminadas a proteger, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores, proceden sin necesidad de que la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental quede demostrada; entre otras cosas, porque según el artículo 42, numeral 9, del Decreto 2591 de 1991, se presume la indefensión de los niños en cuyo favor se interpone una acción de tutela. La Corte ha tenido la oportunidad de verter sobre este asunto los siguientes conceptos:

“No obstante, en la Constitución ha sido señalado de manera expresa el caso de los niños, cuyo derecho a la seguridad social es fundamental y susceptible, por tanto, de ser reclamado, mediante el ejercicio de la acción de tutela, de manera inmediata aunque no incondicional.

“Ello es así por cuanto el artículo 44 de la Carta enuncia este derecho entre los que se reconocen a los niños con carácter prevalente, a la par que el 48 supedita la prestación del correspondiente servicio público a los términos y forma que determine la ley.

“La Sala Plena de la Corte, en el aludido fallo, dejó en claro que el trato especial otorgado por el Ordenamiento a los menores tiene el alcance de una preeminencia o primacía, que debe su razón de ser, como esta Sala lo ha advertido reiteradamente, a las condiciones de debilidad e indefensión que los caracteriza, dada la crucial etapa de formación física y mental por la que atraviesan, y a la promesa que su sana supervivencia representa para la sociedad del futuro.

“Es evidente que las obligaciones radicadas en las entidades y organismos, públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual, tratándose de ellos, aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución.

“Ello se refleja a nivel internacional en la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia y aprobada mediante la Ley 12 de 1991, y en el orden interno en la clara advertencia del Decreto Ley 1298 de 1994, mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo artículo 10 establece:

*“ Artículo 10. **Derecho a la seguridad social para los niños.** De conformidad con lo dispuesto en la Ley 12 de 1991, el Estado reconocerá a todos los niños el derecho a beneficiarse*

² Cfr. entre otras, Sentencias Su 111/97, Su-480/97 y T-322 de 1997.

de la seguridad social, y adoptará las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación vigente' ”. (T-001/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

De lo dicho con anterioridad puede colegirse que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.³”

No hay, pues, la menor duda de que puede acudir a la tutela para que sea efectivo el subsidio familiar, en cuanto favorezca a los niños.

2. Protección a las personas de la tercera edad, en cuanto al subsidio familiar

En términos generales, sobre la protección debida a las personas de la tercera edad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido abundante.

En la T- 456/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se dijo:

“3.1 Ya se dijo y es premisa para este juicio que el derecho a la seguridad social para los ancianos tiene el carácter de fundamental en diversas circunstancias. Un fallo reciente estableció:

“En reiteradas jurisprudencias de las diferentes Salas de Revisión de esta Corte se ha dicho que el derecho a la seguridad social, asume el carácter de derecho fundamental, cuando su desconocimiento puede conllevar a la violación de otros derechos y principios fundamentales, como la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad y la dignidad humana. (sentencias T-426, T-471, T-491, T-534, T-571 de 1992, T-011, T-111, T-116, T-124, T-356, T-446, T-447, T-478, T-516 de 1993, T-068 y T-111 de 1994).

Frente a las consideraciones precedentes y la preceptiva del art. 46 de la Constitución Política, en virtud de la cual el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de dar protección y asistencia a las personas de la tercera edad y de promover su integración a la vida activa y comunitaria y que particularmente aquél garantizará a dichas personas los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia, necesariamente se colige que con respecto a dichas personas los derechos a las pensiones de vejez y jubilación, su reconocimiento y pago oportuno, pueden adquirir el carácter de derechos fundamentales, según la calificación que el juez de tutela debe hacer en cada caso concreto.

Como se expresó por esta Sala de Revisión en la sentencia T-111/94, ante la pérdida de su capacidad laboral las personas de la tercera edad muchas veces se encuentran limitadas e imposibilitadas para obtener un mínimo vital de ingresos económicos que les permita disfrutar de una especial calidad de vida. En estas circunstancias, el no reconocimiento de las prestaciones a su favor por las entidades de previsión social, su no pago oportuno o la suspensión de éste, pueden significar atentados contra los aludidos derechos y principios; ello justifica plenamente la especial protección que la Constitución ha dispuesto para las personas de la tercera edad (arts. 46, 47 y 48), la cual se traduce en la imperatividad de la norma del inciso 3º del art. 53, que dice:

³ Cfr. Sentencias T-703/96 y T-202/97

“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

La primera sentencia, mencionada en la transcripción anterior, la T-426, es de capital importancia, en ella se consignó el punto de partida de la protección tutelar a los derechos de las personas de la tercera edad:

“El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP. art. 46 inc. 2º) adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art. 1º), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP. art. 16) de las personas de la tercera edad (CP. art. 46)”.

La primera sentencia, mencionada en la transcripción anterior, la T-426, es de capital importancia, en ella se consignó el punto de partida de la protección tutelar a los derechos de las personas de la tercera edad:

“El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP. art. 46 inc. 2º) adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art. 1º), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP. art. 16) de las personas de la tercera edad (CP. art. 46)”.

La anterior precisión fue tomada en un fallo que exigió en cada caso concreto tener en cuenta que uno de los fines esenciales del Estado es la progresiva transformación de la realidad cuando ella genera iniquidad, injusticia y desigualdad.”

O sea que, en tratándose de personas de la tercera edad, se tiene en cuenta que los ancianos se encuentran excluidos del mercado laboral y por tanto se les ocasiona un perjuicio irremediable si se les afectan las acreencias provenientes de la seguridad social. En el caso del subsidio familiar, a él tienen también derecho los padres del trabajador beneficiario, cuando son personas a cargo de dicho trabajador, con los requisitos de ser mayores de 60 años o hallarse con capacidad de trabajo disminuida en más del 60%, “siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna” (artículo 32 de la ley 21 de 1982).

Es obvio que si no se recibe el subsidio familiar, destinado a esos ancianos sin trabajo y sin recursos, ello significa una transgresión que afecta no sólo la dignidad sino el mínimo vital. “Sostener lo contrario implicaría desconocer evidentes razones de justicia material que llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila” (T-299/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Este reconocimiento también se proyecta al subsidio familiar, máxime cuando quien tiene derecho a él no disfruta de pensión alguna. Es decir, el subsidio familiar, para los ancianos, también es susceptible de tutela.

3. La orden de tutela frente a las características del subsidio familiar

Es característica del subsidio familiar ser parte en dinero y parte en especie, luego cuando se reclama no solamente se trata de percibir una determinada cantidad de dinero. La Ley 21 de 1982 establece:

“Artículo 1º. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.”

La naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar fue determinada en la C-575/92 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) así:

“17. En efecto, las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.

Como ya lo tiene establecido esta Corporación, “la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad...”⁴

18. No son impuestos porque no se imponen a todos los contribuyentes ni van a engrosar el presupuesto de ninguna entidad pública bajo el principio de universalidad ni son distribuidos por corporación popular alguna.

19. No son tampoco renta de destinación específica porque simplemente no son renta estatal sino recursos de los trabajadores en tanto que sector.

20. Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio.

21. Finalmente, y sobre todo, las cotizaciones de los patronos a las Cajas no son un derecho subjetivo del trabajador o del empleador.

En efecto, la situación jurídica de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar corresponde a un interés legítimo mas no a un derecho subjetivo -como la propiedad- ni a una mera expectativa.

No es un derecho adquirido del trabajador porque el subsidio aún no ha entrado en su patrimonio personal e individual.

Y es, por el contrario, un interés legítimo del trabajador, porque él puede beneficiarse solamente en la medida en que las normas que regulan el subsidio así lo permitan para un grupo determinado de la sociedad, como en efecto lo hace la Ley 49 atacada en esta acción pública de inconstitucionalidad, de suerte que sólo por reflejo las normas terminan protegiendo a una persona individual, ya que el objeto propio de su protección eran intereses generales del sector laboral.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. C-449, del 9 de julio de 1992.

*En otras palabras, el trabajador **no tiene**, como lo afirma el actor, un derecho adquirido sobre el aporte que realiza el empleador, sino un interés legítimo sobre los recursos que administran las Cajas de Compensación. Ese interés legítimo se transforma en derecho subjetivo cuando la entidad entrega efectivamente al trabajador el subsidio en dinero, especie o servicios.*

La situación jurídica de los empleadores, por su parte, no es tampoco, respecto del subsidio, equivalente a un derecho subjetivo consolidado en sus patrimonios.

Huelga decir que menos aún se podría predicar tal evento del resto de la sociedad que no se encuentra dentro de los tres numerales del artículo 68 de la Ley 49 de 1990, el cual no tiene sino lo que la doctrina denomina un “interés simple”, esto es, un deseo genérico e impersonal para que se cumpla el ordenamiento jurídico.

Lo anterior queda además de manifiesto si se consideran dos argumentos adicionales.

Primero, de conformidad con el artículo 637 del código civil, “lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen...” Recuérdese que, como se anotó anteriormente, la naturaleza jurídica de las Cajas se encuentra definida por los artículos 633 y siguientes del Código Civil.

Y segundo, si se analiza la destinación de los recursos de las Cajas de Compensación Familiar al momento de su liquidación. En ese sentido dice así el artículo 68 de la Ley 21 de 1982.

“Artículo 28.- Resuelta la liquidación de una Caja de Compensación Familiar se procederá de conformidad con lo preceptuado en el Código Civil sobre disolución de Corporaciones.

*Los estatutos de las Cajas deberán contemplar claramente la forma de disposición de sus bienes en caso de disolución, una vez satisfechos los pasivos, **en tal forma que se provea su utilización en objeto similar al de la corporación disuelta** a través de instituciones sin ánimo de lucro o de carácter oficial.*

En ningún caso los bienes podrán ser repartidos entre los empleadores afiliados o trabajadores beneficiarios de la corporación en disolución.

*A falta de regulación, los bienes pasarán al dominio de la Nación y el Gobierno Nacional podrá adjudicarlos a otra u otras Cajas de Compensación Familiar, o en su defecto, a entidades públicas o privadas **de similares finalidades**” (negrillas de la Corte).*

Se advierte claramente que los recursos de las Cajas no son propiedad privada (artículo 58 de la Carta) del empleador ni de los trabajadores en particular sino del sector de los trabajadores remunerados. No es pues un derecho subjetivo de las personas sino del sector en su conjunto.

Son pues recursos afectados a una particular destinación de interés general. Sus destinatarios, por disposición de la ley, deben reunir dos requisitos: que se trate de un trabajador y que dicho trabajador devengue menos de cuatro salarios mínimos.

⁵ Véase en este sentido lo que ya ha establecido la Corte Constitucional en la Sentencia del proceso No. D-033.

La propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que sucede con el Fondo Nacional del Café⁵, no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto un contrato entre la Nación y la entidad. Pero en uno y otro caso los recursos están afectados a una finalidad que tiene que cumplir el administrador de los mismos, pues, al fin de cuentas, ambos recursos son parafiscales.”

Este subsidio lo presta una Caja de Compensación Familiar y es obligación del empleador cubrir la totalidad de los aportes. No se puede pagar por partes porque el subsidio familiar se consigna en una sola nómina. El artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dice:

“Artículo 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, escuelas industriales e institutos técnicos, se entiende por nómina mensual de salario la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

Los pagos hechos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago.”

Además, es la Caja de Compensación Familiar correspondiente quien cancela el subsidio familiar, luego está prohibido que persona diferente lo haga. El artículo 15 de la ley 21 de 1982 ordena:

“Artículo 15. Los empleadores obligados al pago de aporte para el subsidio familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y los demás con destinación especial, según los artículos 7º y 8º, deberán hacerlo por conducto de una caja de compensación familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías.

Cuando en las entidades territoriales antes mencionadas no exista caja de compensación familiar, los pagos se verificarán por intermedio de una que funcione en la división política territorial más cercana.

Se exceptúan de lo anterior los empleadores correspondientes al sector primario, respecto de los cuales se estará a lo dispuesto en el artículo 70.” (subraya fuera de texto).

Luego, no se puede ordenar al empleador que pague directamente el subsidio familiar; lo que se puede ordenar al empleador es que cancele los aportes a la Caja correspondiente. La ley 21 de 1982, artículo 92, establece la obligación de incluir en el presupuesto lo correspondiente al subsidio:

“Artículo 92. La Nación, los departamentos, las intendencias y las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios y demás entidades y organismos públicos incluirán forzosamente en sus respectivos presupuestos anuales las partidas necesarias para pagar a sus trabajadores el subsidio familiar y demás aportes previstos por la ley.”

Y la Ley 383 de 1987, artículo 54 agrega que puede haber sanciones en caso de incumplimiento:

“Artículo 54. Remisión de normas de administración y control. Las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y

aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en la Leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993."

Significa lo anterior que mediante tutela, en defensa de niños y ancianos, individualmente reseñados, se puede ordenar que el respectivo empleador aporte lo debido a la Caja de Compensación Familiar, para que sea ésta quien le pague a los beneficiarios.

CASOS CONCRETOS

En la tutela T-226516, la beneficiaria es la madre del peticionario Antonio Flórez Rincón. La señora Leonor Rincón, tiene 73 años, es decir, sobrepasa la edad de vida probable de los colombianos. Es una anciana que tiene derecho a protección según se explicó y por lo tanto la tutela está llamada a prosperar.

En la tutela T-226745 hay dos niños beneficiarios del subsidio familiar: Edison y Juan Carlos Morales Muñoz, se los debe proteger mediante tutela luego la acción también prosperará. En cuanto a los padres del peticionario: Estevia Marín de Morales y Luis Evelio Morales, si bien es cierto solo uno de ellos supera los 71 años, de todas maneras quedan favorecidos en la práctica dada la estructura del subsidio familiar, que como ya se anotó, para ser cubierto debe remitirse a la respectiva Caja la nómina con la totalidad de los pagos.

La orden de tutela no puede ser la señalada en las sentencias que se revisan: que el Alcalde pague, porque, como ya se indicó, esto está prohibido, las únicas que pueden pagar son las correspondientes cajas de compensación familiar y así se determinará en la parte resolutive. La obligación de la entidad territorial es girar lo debido a la Caja de compensación familiar e incluir lo correspondiente, forzosamente, en el presupuesto.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de 24 de mayo de 1999, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal del Líbano, en la acción instaurada por Antonio Flórez Rincón, en cuanto concedió la tutela. Pero la **ORDEN** a dar es la siguiente: El Alcalde Municipal del Líbano, en el término de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, girará los aportes correspondientes al subsidio familiar a la Caja de Compensación Familiar del Tolima y si no existe disponibilidad presupuestal suficiente en el mismo término iniciará los trámites necesarios para la consecución de los recursos suficientes para cubrir los respectivos aportes. Y se le indicará a la mencionada Caja de Compensación Familiar del Tolima que una vez cubiertos los aportes por el municipio del Líbano de inmediato se le pagará el subsidio familiar al peticionario de la presente tutela.

Segundo. **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de 25 de mayo de 1999, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal del Líbano, en la acción instaurada por Jairo Néstor Morales Marín, en cuanto concedió la tutela. Pero la **ORDEN** a dar es la siguiente: El Alcalde Municipal del Líbano, en el término de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, girará los aportes correspondientes al subsidio familiar a la Caja de Compensación Familiar del Tolima y si no existe disponibilidad presupuestal suficiente en el mismo término iniciará los trámites necesarios para la consecución de los recursos suficientes

para cubrir los respectivos aportes. Y se le indicará a la mencionada Caja de Compensación Familiar del Tolima que una vez cubiertos los aportes por el municipio del Líbano de inmediato se le pagará el subsidio familiar al peticionario de la presente tutela.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. El Personero Municipal del Líbano vigilará lo referente a la apropiación presupuestal para pagar el subsidio familiar.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRONARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-754

octubre 11 de 1999

ESPACIO PUBLICO- Connotación constitucional

ESPACIO PUBLICO- Ampliación del concepto

BIENES DE USO PUBLICO- Inapropiables/**ESPACIO PUBLICO-** Efectos de los actos de perturbación

LIBERTAD DE LOCOMOCION- Impedimento para transitar en espacios accesibles a miembros de la comunidad

ESPACIO PUBLICO- Reglas para la preservación deben ser razonables

ESPACIO PUBLICO- Legitimidad de las conductas tendientes a la protección

ESPACIO PUBLICO- Actuaciones de la policía administrativa

ESPACIO PUBLICO- Fenómeno social que conlleva la economía informal

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA- Conciliación del interés general con derechos de personas que ejercen el comercio informal

DERECHO AL TRABAJO- Ejercicio del comercio informal

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA- Alcance

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA- Presupuestos

ESPACIO PUBLICO- Diseño y ejecución de un adecuado y razonable plan de reubicación de vendedores ambulantes

ESPACIO PUBLICO- Presupuestos necesarios para reubicación de vendedores ambulantes

DERECHO AL TRABAJO- Relación con el empleo/**DESEMPLEO-** Vendedores ambulantes desalojados

ESTADO- Deber de propiciar ubicación laboral de personas en edad de trabajar

ESPACIO PUBLICO- Determinación sitio donde puedan laborar las personas que van a ser desalojadas

DERECHO AL TRABAJO- Normatividad internacional en tema del desempleo

DESEMPLEO- Gobiernos municipales también pueden presentar soluciones

MINUSVALIDO- Integración laboral

Referencia: Expedientes T-220702, 226606, 227519, 238007 y 238474

Acciones de tutela instauradas por Salvador Rodríguez Toca, Pastor Blanco Aponte, Gilberto de Jesús Londoño Quiceno, Eliécer Espitia Peña y Santos Pardo, todos ellos contra la Alcaldía de Santafé de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de diversos fallos pronunciados así: por el Juzgado 22 de Familia de Santafé de Bogotá (T-220702) en la acción de tutela instaurada por Salvador Rodríguez Toca; por el Juzgado 22 Civil Municipal de Santafé de Bogotá (T-226606) en la acción instaurada por Pastor Blanco Aponte, por el Juzgado 31 Civil Municipal de Santafé de Bogotá (T-227519) en la acción instaurada por Gilberto de Jesús Londoño Quiceno; por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección 2ª - (T- 238007) en la acción promovida por Eliécer Espitia Peña; por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección 2ª - (T-238474) en la acción promovida por Santos Pardo Palacios; todos ellos contra la Alcaldía de Santafé de Bogotá. Por decisión de las salas de selección se ordenó acumular esos cuatro expedientes de la referencia.

ANTECEDENTES

CASO DE LA TUTELA CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE T-220702

1. HECHOS

1.1. La Defensora del Pueblo -Regional Santafé de Bogotá-, instaura la tutela en nombre del señor Salvador Rodríguez Toca, persona invidente, padre de ocho hijos, mayor de sesenta años. Dice que esta persona trabaja desde 1974, como vendedor informal estacionario en la carrera 7ª con calle 62 de Santafé de Bogotá y lo hizo con el beneplácito de la autoridad distrital.

1.2. Agrega la peticionaria que la Alcaldía Local de Chapinero ha anunciado el desalojo, previo el trámite policivo y que *“no le han dado ningún tipo de solución de reubicación para proteger su derecho individual al trabajo y al mínimo vital”*.

1.3. La tutela está encaminada a obtener que el Alcalde Local de Chapinero, mientras no reubique al peticionario de la tutela, suspenda la diligencia de desalojo del señor Salvador Rodríguez Toca.

2. PRUEBAS

2.1. Diversas peticiones de Salvador Rodríguez Toca, para que no sea desalojado.

2.2. Licencia (carnet) de vendedor estacionario expedido por la Alcaldía.

2.3. El respectivo proceso de restitución del espacio público que se inició contra Salvador Rodríguez Toca.

T-754/99

2.4. Constancia de la Alcaldía Menor de Chapinero indicando que Rodríguez Toca es invidente y tiene ocho hijos.

3. SENTENCIA OBJETODE REVISION

El 30 de abril de 1999 el Juzgado 22 de Familia negó la tutela impetrada. El fallo no fue impugnado. Una de las razones aducidas por el juzgador fue la siguiente:

“Así las cosas la tutela no está llamada a prosperar pues existen otros medios de defensa judicial: la contencioso administrativa, a quien le corresponde analizar si efectivamente el señor Rodríguez Toca reúne las condiciones necesarias para obtener su reubicación como vendedor ambulante o si se le debe otorgar cualquier otro de los beneficios que por invalidez solicita el peticionario tal como lo manifestó en la diligencia de declaración que éste rindió ante el juzgado...”

CASODELA TUTELA CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE T-226606

1. HECHOS

1.1. Pastor Blanco Aponte instauró tutela contra la Alcaldía de Santafé de Bogotá. Dice que él ha venido laborando como vendedor ambulante en una caseta localizada en la carrera 8ª A con calle 15 y que se le amenaza con el desalojo.

1.2. Considera que se le viola el artículo 25 de la C. P. y pide que se revoque la orden de desalojo.

1.3. Aduce que tiene permiso de la Alcaldía Menor para trabajar como vendedor ambulante desde el 8 de junio de 1992.

2. PRUEBAS

2.1. Oficio del Alcalde Menor de la zona de Santafé, de 8 de junio de 1992, en donde se dice expresamente: *“Por tener usted licencia de vendedor estacionario N° 1342 de 26 de agosto de 1985 para la venta de frutas enteras para la calle 16 carrera 8ª A costado sur y por cuanto fue trasladado a la carrera 8ª A calle 15 costado nor-occidental, este despacho le ordena permanecer allí hasta nueva orden”*.

2.2. Aviso del asesor jurídico de la alcaldía local de Santafé anunciando la restitución del espacio público en el sector comprendido entre la calle 15 y las carreras 9ª y 10ª.

3. SENTENCIA OBJETODE REVISION

El Juzgado 22 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, el 24 de mayo de 1999, negó la tutela por la siguiente razón:

“En ese orden de ideas, la tutela está llamada al fracaso, y así se declarará, por cuanto que si bien es cierto el derecho de los vendedores ambulantes está condicionado a no ser desalojados del lugar público donde desarrollan esa actividad mientras no se les reubique, siempre y cuando tengan licencia, permiso o autorización otorgada por autoridad competente, también lo es, que en el caso que nos ocupa no hay constancia de que el permiso concedido se encuentre vigente, máxime que de acuerdo con la querrela 06 de 1995, el accionante está en la obligación de desalojar el espacio público”.

El fallo no fue impugnado.

CASODELA TUTELA CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE T-227519**1. HECHOS**

1.1. Gilberto de Jesús Londoño Quiceno dice que desde hace 17 años ha atendido una caseta de su propiedad ubicada en la calle 17 frente al número 4-95 (donde funcionan los juzgados municipales) y que de ese trabajo de vendedor estacionario depende su sostenimiento y el de su familia.

1.2. Indica que antes de 1982 la caseta la atendía José Uriel Hernández Aguirre quien se la vendió.

1.3. Agrega que se le ha anunciado desalojo y por lo mismo instaura la tutela para que se suspenda la diligencia de desalojo.

2. PRUEBAS

2.1. Certificación de la Alcaldía Menor de Santafé de Bogotá donde se indica que *“el señor Gilberto de Jesús Londoño Quiceno, identificado con la c. de c. No. 281.207 de Guasca, es el propietario de la vitrina para la venta de dulces y cigarrillos en la calle 17 N° 4-95 con licencia de vendedor estacionario N° 1093”*.

2.2. La licencia otorgada al anterior propietario a quien Gilberto de Jesús Londoño le compró.

2.3. La tramitación para la recuperación del espacio público.

3. SENTENCIA OBJETODE REVISION

El Juzgado 31 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, el 24 de mayo de 1999, no tuteló el derecho, aunque reconoce que *“No se desconoce que las autoridades administrativas en alguna oportunidad expedían licencias de funcionamiento de las casetas de venta en vía pública, y ello se acredita de la copia allegada y certificación expedida por la Alcaldía zona III. Y por consiguiente, esto se debe tener en cuenta por la alcaldía local, al momento de estudiar la inclusión en el plan de reubicación de vendedores ambulantes, ...”*

CASODELA TUTELA CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE T-238007**1. HECHOS**

1.1. Eliécer Espitia Peña, dice ser vendedor ambulante desde 1987 (aunque no señala el sitio donde laboraba) y considera que al ser desalojado de su lugar de trabajo se le violó el debido proceso, la confianza legítima y el derecho de igualdad. Invoca también el derecho al trabajo y a tener un empleo.

1.2. Solicita mediante tutela que *“Debido a que por los artículos que ofrezco, dulces, galletería, cigarrillos, prensa, revistas y libros, no puedo aceptar reubicación en local comercial, por lo tanto solicito indemnización para colocar mi propio negocio ya que con engaños fui desplazado sin alternativas socio-económicas, por ello reitero la petición de indemnización”*.

2. PRUEBAS

2.1. Licencia de vendedor estacionario, expedida por el Distrito, para atender una caseta en la carrera 10 N° 20-30.

2.2. Trámite de recuperación del espacio público. Y hay constancia de que el día en que se efectuó el desalojo ya no se hallaba en el lugar Eliécer Espitia Peña pero sí se encontraba totalmente desocupada la caseta invasora.

2.3. Comunicación de la Secretaría de Gobierno del Distrito, -Directora oficina asesora jurídica- que expresamente dice: *“La administración distrital está promoviendo la incorporación de los vendedores ambulantes y estacionarios al mercado formal, con un claro criterio empresarial y un preciso contenido social; las principales estrategias y mecanismos que se han puesto en marcha, a través del Fondo de Ventas Populares, consiste en: a) Brindar asesoría técnica, económica, financiera y legal a los proyectos y propuestas que presenten los vendedores, a través de sus propias organizaciones o en forma independiente; b) Financiación parcial de los proyectos o propuestas, mediante recursos del IFI -Programa de crédito FINURBANO, apalancados por entidades del Distrito, una vez definida la viabilidad de los mismos y verificados los requisitos por parte de cada una de las personas; c) Actividades de capacitación en temas de relaciones humanas, trabajo en grupo, organización empresarial y procesos asociativos; d) Participación económica en los proyectos”*.

3. SENTENCIA OBJETODE REVISION

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 2ª, el 15 de julio de 1999, rechazó la tutela por improcedente en razón a que: *“...precisa la Sala que si lo que pretende el accionante es el reconocimiento de una indemnización, la misma debe estar establecida o regulada en alguna norma para que pueda proceder su reconocimiento, pero ni el accionante cita tal precepto legal ni el Tribunal conoce norma en tal sentido, por lo que en estas circunstancias lo que podría ejercitar es la acción de reparación directa en procura de la indemnización consagrada en el artículo 87 del C.C. A. dentro del término de caducidad que es de dos años de conformidad con el establecido en el artículo 136 ibídem”*.

CASO DE LA TUTELA CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE T-238474

1. HECHOS

1.1. Santos Pardo Palacios instauró tutela porque considera que se le han violado los derechos fundamentales contenidos en los artículos 13, 46, 54, 55, 29 de la C.P., por ser desplazados por la Alcaldía de su trabajo de vendedor ambulante. No dice exactamente dónde laboraba.

1.2. Solicita expresamente: *“Debido a que por los artículos que ofrezco, dulces, galletería, cigarrillos, prensa, revistas y libros, no puedo aceptar reubicación en local comercial, por lo tanto solicito INDEMNIZACION para colocar mi propio negocio ya que con engaños fui desplazado sin alternativas socio-económicas, por ello reitero la Petición de Indemnización.”*

2. PRUEBAS

2.1. Licencia de vendedor estacionario expedida por la Secretaría de Gobierno del Distrito en 1986.

2.2. Informe suscrito por el Inspector Local de Chapinero, de fecha 08 de julio de 1999, en donde da cuenta de la visita practicada a la caseta ubicada en la Avenida Caracas entre calles 62 y 63, frente al número 62-26, identificada con el N° 138, de donde se desprende que dicha caseta en la actualidad existe y no ha sido reiterada por la administración local.

2.3. Inventario efectuado el día 15 de abril de 1999 por parte de la Alcaldía Local de Chapinero, de la caseta ubicada entre las calles 62 y 63 de la Avenida Caracas, frente al número 62 - 26, en donde se consignó que no se adelanta querrela alguna por ocupación de espacio público.

3. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, el 16 de julio de 1999, denegó la acción por estas razones:

“La Administración Distrital, en el proceso de recuperación del espacio público adelanta procedimientos administrativos tendientes a la recuperación del espacio público para lo cual ha iniciado querellas que se han tramitado con el lleno de los requisitos legales, cumpliendo así con el debido proceso, respetando la doble instancia y el derecho de defensa.

Respecto de la indemnización solicitada, el Accionante, por medio de la ACCION DE TUTELA pretende que le sea reconocida, lo que no es viable por esa vía, puesto que esa solicitud le corresponde analizarla y dilucidarla a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir que existe una VIA JUDICIAL para resolver sobre la indemnización pedida.

Aparece demostrado que la caseta de propiedad del Accionante, en julio 8/99 aún se encontraba ubicada en la avenida Caracas, entre la calle 62 y 63 frente al número 62-36, es decir, que para la fecha de presentación de la ACCION DE TUTELA (Julio 1º/99), la caseta está ubicada en el mismo sitio.

Así las cosas, de lo afirmado por el Accionante y las pruebas aportadas por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, se tiene que no se han violado los derechos fundamentales invocados como quebrantados, lo que impone la denegación de la acción propuesta.”

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

Es competente la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución en armonía con los artículos 33, 35, y 42 del Decreto No. 2591 de 1991. Además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones hizo la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación y de la orden de acumular los cuatro casos.

B. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

1. Del concepto de espacio público y su protección constitucional.

En varios fallos, referentes a vendedores ambulantes de la ciudad de Santafé de Bogotá que han interpuesto acción de tutela para no ser desalojados, la Corte Constitucional ha expresado, entre muchos argumentos, los siguientes:

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentra a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común e indiscriminado de tales espacios colectivos.

La protección del espacio público, así entendida, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad.

El tema del espacio público, a partir de la Constitución de 1991, adquiere una clara connotación constitucional que supera los criterios del derecho administrativo y civil, previa-

mente delimitadores de la noción y su contenido y de las atribuciones de la autoridad en cuanto a su manejo y tratamiento en la legislación.

Para comprender la esencia de lo anteriormente mencionado, debe entenderse por *espacio público*, en virtud de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, el “conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.”¹ Esta definición, amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil² (Artículos 674 y 678 C.C.). En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que pertenecen al espacio público, es su afectación al interés general³ y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad. Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, - atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos-, por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no sólo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad⁴.

El trastorno del espacio público ocasionado por un particular o por la actuación de autoridades no competentes⁵, puede llegar a vulnerar no sólo derechos constitucionales individuales de los peatones, y aspiraciones colectivas de uso y aprovechamiento general, sino también la percepción de la comunidad respecto de las áreas a las que tiene acceso libre y a las que no lo tiene. En efecto, algunos estudios y estadísticas sugieren que los actos de perturbación que ocurren en un sitio público, posiblemente afectan a miles de personas por hora⁶. Los ciudadanos, entonces, a mayor desorden en las áreas comunes, tienen la tendencia de disminuir su acceso a ellas, generando en consecuencia un detrimento de esas mismas localidades y una disminución en su utilización por parte de la sociedad en general. Esas situaciones como consecuencia, crean la necesidad de cerrar establecimientos de comercio y de trasladar y cambiar los lugares de trabajo de muchas personas, en razón de la complejidad que adquieren tales zonas, el difícil acceso a ellas, al parqueo, e incluso el favorecimiento de actividades ilícitas.

Adicionalmente, las repercusiones pueden ser no sólo colectivas, sino también privadas, y acarrear la vulneración del derecho a la libertad de locomoción de los transeúntes al cual alude el artículo 24 de la Carta⁷, en cuanto se impide a las personas transitar en espacios que, por su carácter público, deben ser accesibles para todos los miembros de la comunidad en igualdad de condiciones. También se puede infringir “el derecho a la seguridad personal de los peatones y

¹ Ley 9ª de 1989. Artículo 5º.

² Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

³ La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (Marienhoff).

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ Robert C. Ellickson. Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-550 y T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

vehículos que se sirven de esos bienes públicos que son las vías, parques, aceras, etc. y el muy importante interés de los comerciantes aledaños que no solamente pagan sus impuestos, utilizan los servicios públicos domiciliarios y cumplen la ley, sino que también representan una actividad económica garantizada igualmente por la Constitución (arts. 333 y ss. C.N.) y, como si fuera poco, dan trabajo y son el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados.”⁸ Una situación de perturbación prolongada del espacio público, especialmente cuando es debida a factores estructurales de la sociedad, desborda el control de las autoridades, y también podría calificarse como un signo de erosión en el cumplimiento de los deberes de la Administración y del Estado. Es por ello, tal y como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades:

*“...una vía pública no puede obstruirse privando a las personas del simple tránsito por ella, pues semejante conducta atenta contra la libertad de locomoción de la mayoría de los habitantes y lesiona el principio de prevalencia del interés general, además de que constituye una apropiación contra derecho del espacio público, esto es, un verdadero abuso por parte de quien pone en práctica el mecanismo de cierre. No pueden tampoco ocuparse los andenes -que son parte de la vía pública- ni las áreas de circulación peatonal, espacios que se hallan reservados para el tránsito de toda persona sin interferencias ni obstáculos como, por ejemplo, estacionamiento de vehículos y el levantamiento de casetas de vendedores ambulantes. Tampoco puede invadirse el espacio público con materiales de construcción o exhibiciones de muebles o mercaderías, ni con la improvisación de espectáculos u otra forma de ocupación de las calles, claro está sin detrimento de las libertades de trabajo, empresa y reunión, las cuales deben ejercerse de tal forma que no lesionen otros derechos y de conformidad con las restricciones que impone el ordenamiento urbano a cargo de las autoridades municipales.”*⁹

El espacio público, al ser un ámbito abierto, es un área en la que todo el mundo quiere tener acceso libre y puede hacerlo, razón por la cual la tentación de abusar de él es permanente. Sin embargo, así como algunos son constreñidos a la usurpación del espacio público por problemas económicos y circunstancias sociales y por una ausencia real de oportunidades, y esta circunstancia debe tener connotaciones jurídicas; otras personas, desconociendo su propia responsabilidad social, hacen de esas posibilidades una verdadera oportunidad en los negocios, o un abuso desproporcionado de su derecho, poniendo en peligro la efectividad en la administración de tales espacios públicos.

Hay que tener claro, entonces, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el “*atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella*”.¹⁰

⁸ Corte Constitucional. T-778 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ Jane Jacobs. *The Death and Life of Great American Cities*. 1961. Citado, Robert C. Ellickson. *Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning*. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas¹¹ sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales.

La Corte Constitucional ha advertido, en consecuencia, la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en especial de los peatones. Así las cosas, la función de regular el uso del suelo y del espacio público corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención, entre los que tienen a su cargo las autoridades.¹²

2. Actuaciones de la policía administrativa respecto al espacio público

Los alcaldes están investidos de autoridad suficiente para disponer, en caso de ocupación, la restitución de bienes de uso público, de conformidad con el Código Nacional de Policía (artículo 132). También, tienen competencia para señalar restricciones en lo relativo a su uso por razones de interés común, sin que el razonable ejercicio de esta facultad represente desconocimiento de derechos o garantías constitucionales.

Sin embargo, las actuaciones de la policía que bajo esas atribuciones se realicen, deben orientarse esencialmente a hacer realidad los mandatos constitucionales de protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, en la búsqueda de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo (artículo 2º C.P.) y en la prevalencia del interés general (artículo 1º C.P.).

Por consiguiente, las autoridades no pueden apuntar a un solo objetivo en el momento en que se deciden a cambiar las condiciones que han generado ellas mismas, para el ejercicio de una actividad o para la ocupación de zonas de uso público, porque ellas son, por mandato constitucional, también las responsables de las alternativas que en este sentido se puedan desplegar para darle solución a los problemas sociales de sus propias localidades. En ese sentido no pueden buscar culpables sólo en los usurpadores aparentes del espacio público, sino en su propia desidia en la búsqueda de recursos efectivos en la solución de problemas sociales.

3. Comportamiento de la jurisprudencia constitucional colombiana frente a la ocupación del espacio público por vendedores informales

La Corte Constitucional, para resolver algunos de estos conflictos, ha optado por buscar una fórmula de conciliación conforme a la cual la administración cumpla su deber de proteger el espacio público, sin que ello signifique desconocimiento del derecho al trabajo de las personas que resulten afectadas en los procesos de recuperación del espacio público.¹³ Por consiguiente, *“ha ordenado que las autoridades respectivas implementen planes y programas que permitan*

¹¹ Robert C. Ellickson. Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-203 de 1993. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹³ Corte Constitucional. Sentencias T-225 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, T-091 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-115 de 1995 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo y T-160 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

la coexistencia armónica de los intereses que colisionan, toda vez que tampoco se puede desconocer”, como se verá, “el fenómeno social que conlleva esta economía informal”¹⁴.

Es por ello que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, aplicando el principio de **confianza legítima** como mecanismo para conciliar, de un lado el interés general que se concreta en el deber de la administración de conservar y preservar el espacio público y, de otro lado, los derechos al trabajo e igualdad de las personas que ejercen el comercio informal.¹⁵

Así las cosas, un detallado análisis de la jurisprudencia constitucional permite deducir las siguientes premisas:

a) La defensa del espacio público es un deber constitucionalmente exigible, por lo que las autoridades administrativas y judiciales deben ordenar su vigilancia y protección, según se explicó antes;

b) Quienes ejercen el comercio informal hacen uso de su derecho al trabajo, el cual también goza de protección constitucional. Claro que la actividad de los vendedores informales coloca en conflicto el deber de preservar el espacio público y el derecho al trabajo; y, hay algo muy importante, en algunas oportunidades se agregó que también habría que tener en cuenta la obligación estatal de *“propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”*, (Sentencias T-225 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein y T-578 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo);

c) Pese a que el interés general de preservar el espacio público prima sobre el interés particular de los vendedores ambulantes y estacionarios, es necesario, según la jurisprudencia, conciliar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes en conflicto. Por consiguiente, el desalojo del espacio público está permitido constitucionalmente, siempre y cuando exista un proceso judicial o policivo que lo autorice, con el cumplimiento de las reglas del debido proceso previo al desalojo y que se dispongan políticas que garanticen que los *“ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado Social de Derecho”* (Sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell);

d) De ahí que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado. Es así como los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de confianza legítima, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, por lo que esas personas tenían certeza de que *“la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga”* (Sentencia T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Dentro de este contexto, constituyen pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes: las licencias, permisos concedidos por la administración (sentencias T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz, T-550 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesay T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra), promesas incumplidas (sentencia T-617 de 1995), tolerancia y permisión del uso del

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional. Sentencia N° T-225. Junio 17 de 1992. Magistrado Ponente. Dr. Jaime Sanin Greiffenstein.

¹⁵ Ver las sentencias T-225 de 1992, T-372 de 1993, T-091 de 1994, T-578 de 1994, T-115 de 1995 y T-438 de 1996, T-617 de 1995, T-398 de 1997, T-160 de 1996, T-550 de 1998 y T-778 de 1998.

espacio público por parte de la propia administración (sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-438 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero). En consecuencia, “no pueden conculcar el derecho al trabajo de quienes, siendo titulares de licencias o permisos concedidos por la propia administración, se ajustan a sus términos” (Sentencia T-578 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Como corolario de lo anterior se tiene que los actos administrativos que autorizan el ejercicio del comercio informal no pueden ser revocados unilateralmente por la administración, sin que se cumplan con los procedimientos dispuestos en la ley.

4. Principio de la confianza legítima

El eje sobre el cual ha girado el amparo a los vendedores ambulantes es lo que la doctrina especializada¹⁶ considera como la **confianza legítima**. Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4º de la C.P.) y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible.

Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho:

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.”¹⁷

Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenien-

¹⁶ Al respecto pueden consultarse: González Pérez Jesús. “El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo.” Editorial Civitas. Madrid. 1983; García Macho Ricardo, Artículo “Contenido y límites del principio de la Confianza legítima” publicado en “Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí”. Editorial Civitas, Madrid. 1989; Dromi José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid.

¹⁷ Sentencia C-478 de 1998 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este tema también pueden consultarse las sentencias T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU-260 de 1998.

tes para la sociedad. La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

Ahora bien, debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado. Igualmente, este principio tampoco significa *“ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general”*¹⁸

Así las cosas, el principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que *“así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”*¹⁹

Un mecanismo que ha utilizado la jurisdicción constitucional colombiana para ponderar los intereses en conflicto, es ordenar a la administración que diseñe y ejecute un *“adecuado y razonable plan de reubicación”* (Sentencias T-225 de 1992, T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, que la administración tome *“medidas adecuadas, necesarias y suficientes para reubicar a los vendedores ambulantes”* (Sentencia T-372 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía).

Ha considerado la jurisprudencia que son presupuestos necesarios para que opere la reubicación de los vendedores ambulantes: *“que se trate de trabajadores que con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar un espacio público de uso común, hayan estado instalados allí”*; *“que dicha ocupación hubiese sido permitida con anterioridad por las respectivas autoridades, a través del respectivo permiso o licencia”* (Sentencia T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido las sentencias T-115 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

También se ha dicho que las políticas de reubicación se deben cumplir en igualdad de condiciones para los vendedores informales (Sentencias T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, la intención de la administración *“no puede quedar sin definición en el tiempo desconociendo el derecho al trabajo de quienes como realidad social dependen de actividades de ventas ambulantes”* (Sentencia T-133 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz). Pero, se repite, hasta ahora, lo principal que haya un plan razonable de reubicación.

¹⁸ Sentencia T-617 de 1995 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ *Ibidem*.

T-754/99

En una de las últimas sentencias que ha tocado el tema de la razonabilidad, la T-550/98²⁰, se explicó:

“sin embargo esta Corporación en múltiples pronunciamientos ha señalado la necesidad de buscar soluciones que permitan la coexistencia de los derechos o intereses que se encuentran enfrentados. Así, ha dicho la jurisprudencia cuando la autoridad local se proponga la recuperación del espacio público, debe igualmente ejecutar un plan que permita la reubicación de los vendedores estacionarios que han hecho uso del mencionado espacio, con el permiso de la autoridad competente previo el cumplimiento de los respectivos requisitos”.

La reubicación no es otra cosa que irse a otro sitio, en ocasiones sin políticas claras sobre si lo que se busca es saltar de la economía informal a la economía formal, pero si, como es apenas natural, no se trata solamente de cambio de sitio sino que adicionalmente uno de los objetivos que se persigue es evitar que crezca el desempleo, por eso la reubicación se convierte en un método que no puede ser el único. Es obvio que una política standard no puede ser para todos, puesto que la rigidez impide avanzar y dar mejores respuestas.

5. Posición adoptada en la SU-360/99.

En el caso concreto de las tutelas que han cursado contra el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, la Corte Constitucional, en la SU-360/99 hizo particular referencia a lo siguiente:

“Esta faceta (la del derecho al trabajo) no se puede desligar de la realidad del desempleo, lo cual conlleva a una intervención del Estado, de acuerdo con lo señalado en el artículo 334 de la Constitución, que precisamente en uno de sus apartes indica: El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”. El objetivo tendrá que ser una protección tal que las políticas de ajuste estructural no pueden llegar a la deshumanización, ni menos a aumentar el gravísimo problema del desempleo. Para ello el juez de tutela en sus decisiones, como funcionario del Estado, debe hacer una lectura integrada del artículo 334, del artículo 25 sobre derecho al trabajo y del artículo 54 en el cual el punto central es el del derecho al empleo en sociedades como la nuestra donde el desempleo es crónico y donde hay una marcada inclinación hacia un mundo de ciudades. (En América Latina y el Caribe, la urbanización en 1950 era 41%, en 1970 era 57%, en 1995 ascendió a 74%). Es obligación del juez constitucional aplicar la ley de leyes, y al hacerlo, en temas como el derecho al trabajo y el derecho al empleo, el juez no puede eludir un aspecto fáctico: que la incapacidad del sector formal para generar empleo lanza a grandes masas urbanas al sector no estructurado, tan es así que según informe de la OIT, en América Latina, entre 1990 y 1993, los nuevos empleos creados en el sector no estructurado ascendieron al 83%²¹, en otras palabras, se aumentó el ingreso bajo y la pobreza urbana.

Entran pues en juego, en el espacio jurídico, no solamente los artículos 25 y 334 de la C. P., sino el artículo 54 ibídem en cuanto señala que “El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar” y, entonces, esta última norma de carácter programático, se torna en una disposición activa, que apunta hacia el bienestar, el empleo inmediato y del entorno

²⁰ Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

²¹ OIT, The Employment Challenge in Latin America and the Caribbean.

en que se vive y que señala para los habitantes de la República un derecho a algo, enmarcado dentro de la intervención del Estado en la economía y compaginado con la cláusula del Estado social de derecho, convirtiéndose así el derecho al empleo en algo que no puede estar distante del derecho al trabajo. En este esquema es un contrasentido aumentar el desempleo y por consiguiente un juez no puede avalar que se emplee la fuerza precisamente para aumentar la crisis.

Aparece aquí una nueva cuestión social que según Emilio Bogado Valenzuela²² “se expresa principalmente en los campos de la educación, la salud, el medio ambiente, la vivienda, la alimentación, la igualdad de oportunidades, el empleo, la capacitación, la seguridad social, la marginación y exclusión, las relaciones de trabajo”. Se aprecia la presencia armónica del derecho al trabajo y el derecho al empleo, por ello Américo Pla Rodríguez²³ hace caer en la cuenta que “se ha sostenido por distinguidos laboristas que la desocupación se ha convertido en una compañera inseparable del derecho del trabajo, y que hay que acostumbrarse a la cohabitación con ella”.

6. Proyección práctica de la jurisprudencia contenida en la SU-360/99

Lo justo es que antes del desalojo se trate de concertar, con quienes estén amparados por la confianza legítima, un plan de reubicación u otras opciones que los afectados escojan, la administración convenga y sean factibles de realizar y principien a ser realizadas.

El plazo para la concertación tiene que ser fijo porque de lo contrario sería muy difícil recuperar el espacio público y así lo ha considerado la Corte Constitucional (ver sentencia de los recicladores). Si el plazo no se acuerda por los interesados y se llega a una decisión de tutela, será el juez constitucional quien acudirá a criterios de razonabilidad para establecerlo. Y, el plazo también debe darle seguridad al vendedor que va a ser desalojado porque de lo contrario la confianza legítima dentro de la cual esté, quedaría sin debida protección jurídica.

En la SU-360/99 se dijo:

“De allí se colige que los objetivos de la política de empleo a nivel local son indispensables para dar una justa solución. Sirve de ilustración el Convenio 122 de la OIT, numerales 2 y 3, art. 1º, que señala:

“La política indicada debe tender a garantizar:

a. Que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;

b. Que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;

c. Que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tenga en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social;

d. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales”.

²² Evolución del pensamiento juslaboralista, en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata, p. 331.

²³ *ib.*, p. 387.

*Por consiguiente, los objetivos pueden ir más allá de la simple reubicación, aspecto que no pueden despreciarse en las decisiones judiciales. A manera de ejemplo y continuando con la invocación a la OIT, se tiene que ésta al referirse al sector urbano no estructurado en los países en desarrollo, dice²⁴ que “ese sector desempeña una función de red de seguridad, consistente en absorber la mano de obra sobrante, la política general al respecto debería consistir en suprimir los obstáculos administrativos o de otra índole que coarten su crecimiento. Conviene además, promover el segmento modernizador del mismo facilitando su acceso al crédito, a insumos productivos y al conocimiento de técnicas mejores de producción, así como sus vínculos con el sector moderno”. Claro que “más que el acceso al crédito, es su costo el nudo de estrangulamiento de las empresas pequeñas” (R. Meier y M. Pilgrim en *Small Enterprise Development*, Londres, junio de 1994, pgs. 32-38). En otras palabras, una medida muy efectiva para superar el problema del desempleo urbano es la implantación de una política de calado popular; alentando ésta se contribuye a generar empleo, y, según la OIT “En muy diversos países, la aplicación de planes originales de crédito, destinados a los productores modestos, ha dado resultados excelentes” (Informe de la OIT sobre el empleo en el mundo, año 1995, página 13). Esto obliga a: estar abierto a sugerencias, integrar equipos multidisciplinarios. Y hay elementales principios: que la educación y formación del trabajador sea para que compita, que se planifiquen los recursos humanos, que se tomen en cuenta las dimensiones culturales de ajuste y por supuesto que haya voluntad política.”*

En estos casos la protección al trabajo no se puede desligar de la realidad del desempleo, lo cual conlleva a una intervención del Estado, de acuerdo con lo señalado en el artículo 334 de la Constitución, que precisamente en uno de sus apartes indica: *El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos*. El objetivo tendrá que ser una protección tal que las políticas de ajuste estructural no pueden llegar a la deshumanización, ni menos a aumentar el gravísimo problema del desempleo. Para ello el juez de tutela en sus decisiones, como funcionario del Estado, debe hacer una lectura integrada del artículo 334, del artículo 25 sobre derecho al trabajo y del artículo 54 C.P.. Esta última norma de carácter programático, se torna en una disposición activa, que apunta hacia el bienestar, el empleo inmediato y del mejoramiento del entorno en que se vive y que señala para los habitantes de la República un derecho a algo, enmarcado dentro de la intervención del Estado en la economía y compaginado con la cláusula del Estado social de derecho, convirtiéndose así el derecho al empleo en algo que no puede estar distante del derecho al trabajo.

Aparece aquí una nueva **cuestión social** que según Emilio Bogado Valenzuela²⁵ “se expresa principalmente en los campos de la educación, la salud, el medio ambiente, la vivienda, la alimentación, la igualdad de oportunidades, el empleo, la capacitación, la seguridad social, la marginación y exclusión, las relaciones de trabajo”.

Se aprecia la presencia armónica del derecho al trabajo y el derecho al empleo, por ello Américo Pla Rodríguez²⁶ hace caer en la cuenta que “se ha sostenido por distinguidos laboristas que la desocupación se ha convertido en una compañera inseparable del derecho del trabajo, y que hay que acostumbrarse a la cohabitación con ella”.

²⁴ El empleo en el mundo, año de 1995, p. 14.

²⁵ Evolución del pensamiento juslaboralista, en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata, p. 331.

7. Protección a los discapacitados

(Este aspecto se refiere única y exclusivamente a la T-220702).

El artículo 13 de la C. P. establece la protección especial del Estado para aquellas personas que se hallen en debilidad manifiesta, por su condición física, mental o económica. A su vez el artículo 54 *ibidem* establece que “*Es obligación del Estado y los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud*”.

Dentro de los ordenamientos legales, la Ley 361 de 1997, establece en su artículo 4º la obligación ineludible del Estado de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de los minusválidos. Entre los objetivos de la protección está la “integración laboral”.

Para la integración laboral de las personas con limitaciones físicas, la normatividad internacional también es prolija. Están, por ejemplo, la declaración de los derechos humanos proclamada por las Naciones Unidas en 1948, la declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447; en 1975; el Convenio 159 de la OIT²⁷, la Recomendación 168 de la misma OIT, artículos 1 a 14; la declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983.

Es constitucional proteger a los minusválidos. Y no es justo que se hallen de repente en el desempleo total, con franco deterioro para su forma de vivir, lo cual implica la propagación de la pobreza, que según la OIT es “*moralmente inadmisibles y económicamente irracionales*”²⁸.

CASOS CONCRETOS

En los casos de los señores Eliécer Espitia Peña y Santos Pardo Palacios, ellos expresamente manifiestan que no aceptan la reubicación y que piden indemnización. Ya se dijo que el juez constitucional no puede decretar indemnización (aspecto propio de la acción de reparación directa, que se tramita ante la jurisdicción contencioso-administrativa). Lo que se puede es ordenar reubicación por tutela, o las otras opciones señaladas anteriormente. Pero si los peticionarios rechazan la reubicación no cabrá la tutela, máxime si lo único que piden es la indemnización.

Para los otros casos, Salvador Rodríguez Toca, Pastor Aponte y Gilberto de Jesús Londoño, los elementos probatorios permiten la calificación de estar esos tres vendedores informales que instauraron la tutela, cobijados con la confianza legítima. En efecto: todos ellos tenían licencia de vendedores ambulantes, expedidas por los funcionarios de la Alcaldía. Con mayor razón se debe proteger al minusválido Salvador Rodríguez Toca, quien no sólo tenía licencia sino que goza del derecho a un trabajo acorde con sus limitaciones.

²⁶ *Ib.*, p. 387.

²⁷ Art. 7º del Convenio 159: “*Las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo...*”

²⁸ La OIT sostiene que “es importante ofrecer un mínimo de seguridad económica a los pobres ya que no tienen otro modo de valerse por sí solos”. El empleo en el mundo, Ginebra, 22 de febrero de 1995.

Si los trabajadores amparados por la confianza legítima ya fueron desalojados sin previa reubicación o cristalización de otras opciones, la solución no es permitirles nuevamente que ocupen el espacio público porque una decisión en este sentido no tendría validez jurídica. Indudablemente siguen operando la reubicación o las opciones antes indicadas. En conclusión, prospera la tutela, para Salvador Rodríguez Toca, Gilberto de Jesús Londoño Quiceno, Pastor Blanco Aponte. Se da protección al derecho al trabajo, en la dimensión que se ha indicado en este fallo, en cuanto los solicitantes están amparados por la confianza legítima.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la decisión contenida en el expediente T-220702, cuyo solicitante es Salvador Rodríguez Toca, por las razones expuestas en el presente fallo y en su lugar **CONCEDER** la tutela instaurada y proteger el derecho fundamental al trabajo por las razones indicadas en la parte motiva. En consecuencia se **ORDENA** al Alcalde de Santafé de Bogotá que en el término de ciento veinte días hábiles reubique al solicitante, pero si no se opta por la reubicación debe concertarse con el peticionario una o varias de las otras opciones indicadas en la parte motiva de esta sentencia, a saber: formación necesaria para ocupar un puesto de trabajo, colaboración para el acceso a créditos blandos, a insumos productivos, aplicación de planes originales de crédito y/o cualquier otra medida similar que la administración haya fijado en sus estrategias, siempre que no sea una reparación indemnizatoria.

Segundo. **REVOCAR** la decisión tomada en la tutela instaurada por Pastor Blanco Aponte, T-226606 y en su lugar **CONCEDERLA** en el sentido de **ORDENAR** al Alcalde de Santafé de Bogotá que en el término de ciento veinte días hábiles reubique al peticionario, pero si no se opta por la reubicación debe concertarse con el peticionario una o varias de las otras opciones indicadas en la parte motiva de esta sentencia, a saber: formación necesaria para ocupar un puesto de trabajo, colaboración para el acceso a créditos blandos, a insumos productivos, aplicación de planes originales de crédito y/o cualquier otra medida similar que la administración haya fijado en sus estrategias siempre que no sea una reparación indemnizatoria.

Tercero. **REVOCAR** la decisión tomada en la tutela instaurada por Gilberto de Jesús Londoño Quiceno, T-227519 y en su lugar **CONCEDERLA** en el sentido de **ORDENAR** al Alcalde de Santafé de Bogotá que en el término de ciento veinte días hábiles reubique al peticionario, pero si no se opta por la reubicación debe concertarse con el peticionario una o varias de las otras opciones indicadas en la parte motiva de esta sentencia, a saber: formación necesaria para ocupar un puesto de trabajo, colaboración para el acceso a créditos blandos, a insumos productivos, aplicación de planes originales de crédito y/o cualquier otra medida similar que la administración haya fijado en sus estrategias siempre que no sea una reparación indemnizatoria.

Cuarto. **CONFIRMAR** la decisión tomada en la tutela instaurada por Eliécer Espitia Peña, T-238007, en cuanto declaró improcedente la acción.

Quinto. **CONFIRMAR** la decisión tomada en la tutela instaurada por Santos Pardo Palacios, T-238474, en cuanto denegó la acción.

Sexto. Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRONARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-755

octubre 11 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD FINANCIERA- Procedencia por prestación de servicio público

DERECHO A LA SALUD- Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Fundamental por conexidad

PERJUICIO IRREMEDIABLE- Congelación transitoria de recursos de institución financiera que afecta derechos fundamentales de persona de la tercera edad

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Solicitud de devolución de dineros a Cooperativa intervenida

PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA- Solicitud extemporánea de devolución de dineros a Cooperativa intervenida/**ACCION DE TUTELA**- Improcedencia para revivir términos

PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA- Inclusión para reconocimiento de crédito por Cooperativa intervenida

Referencia: Expediente T-220.286

Peticionario: Colombia Abigail Cáceres

Procedencia: Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Alfredo Beltrán Sierra y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-220.286, adelantado por la señora Colombia Abigail Cáceres en contra de la Cooperativa de Ahorro y Crédito “Joreplat”.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante Auto del 11 de junio de 1999, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del mismo Decreto, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La señora Colombia Abigail Cáceres, actuando en nombre propio, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Joreplat", según se desprende de los siguientes:

2. Hechos

La demandante era cuentahabiente de la Cooperativa Joreplat desde 1993. Asegura que en 1998 reclamó la devolución de los dineros consignados en su cuenta de ahorros, pero la entidad, que se encontraba intervenida por el Departamento Administrativo de Cooperativas (Dancoop), rechazó la solicitud por haber sido presentada extemporáneamente.

La demandante agrega que no tiene ningún tipo de apoyo distinto a su cuenta de ahorros, ya que a los 72 años de edad es una persona viuda aquejada por la diabetes, que tiene cáncer de mama y sufre de la presión arterial. En razón de que debe solventar los gastos necesarios para conservar su salud, solicita la devolución del dinero consignado en la cuenta de la cooperativa demandada.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Diligencias de trámite

Por Auto del 6 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca procedió a notificar de la interposición de la demanda a la entidad accionada.

Siendo imposible localizar la sede de la compañía, el tribunal remitió entonces la notificación al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas -Dancoop-, entidad que a su vez corrió traslado de la misma al funcionario liquidador de Joreplat.

Habida cuenta de las dificultades que entorpecieron el trámite de notificación de la demanda, el memorial de descargos arribó al proceso después del fallo de instancia. Así las cosas, los argumentos esgrimidos por la entidad accionada serán relacionados en la parte motiva de esta Sentencia.

2. Unica instancia

Sin mayores consideraciones, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en Sentencia del 13 de abril de 1999, decidió negar las pretensiones de la demanda por estimar que el caso sometido a estudio debía ser resuelto en ejercicio de las acciones ordinarias, pero no en el marco de la tutela.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para examinar el fallo de tutela de la referencia.

2. Contestación de la demanda

En memorial radicado el 15 de abril de 1999, fecha que, como se dijo, es posterior al fallo de instancia, la abogada interna de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Joreplat -en liquidación- manifestó que la señora Colombia Abigail Cáceres no se encontraba relacionada en la lista de personas que oportunamente reclamaron el pago de sus acreencias comerciales durante el trámite del proceso liquidatorio. Asegura que la compañía concedió a los interesados los términos que le ordena el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 633 de 1993) con el fin de que aquellos se hicieran presentes para reclamar su dinero, por lo que si la solicitud de la demandante no aparece registrada, ésta debió presentarse de manera extemporánea. En tales condiciones -sostiene- la cooperativa no tiene facultad para aceptar reclamaciones por fuera del término.

3. Pruebas solicitadas por la Sala Novena de Revisión

Mediante Auto del 8 de septiembre de 1999, la Sala Novena de Revisión decretó algunas pruebas con el fin de determinar las condiciones en que se encontraba el proceso liquidatorio de la cooperativa demandada.

El Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria (Dansocial) manifestó que el proceso liquidatorio de la cooperativa en cuestión se encontraba en la “etapa de restitución parcial de acreencias, que de acuerdo a la liquidez con que cuenta la entidad, representa un 18% para todos los ahorradores”.

Dansocial agrega que “se viene desarrollando la compra por parte de FOSADEC a los ahorradores, de sus acreencias parciales por la suma de \$1'000.000, en aplicación del Decreto N° 678 de 1999.”

Por su parte, el representante legal de la Cooperativa Joreplat en liquidación reiteró a la Corte que por haber sido presentada por fuera del término previsto para esos efectos, la reclamación correspondiente a la peticionaria no había sido incluida en el proceso liquidatorio y por tanto era imposible darle trámite a la devolución de su dinero.

4. Acción de tutela contra entidades financieras

Resulta preciso anotar, como cuestión previa, que el caso sometido a revisión coincide, por sus características fácticas y las consideraciones jurídicas que le son aplicables, al que fuera objeto de estudio en la Sentencia T-735/98, dictada por la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional.

En estas condiciones, y visto que la Sala Novena de Revisión comparte plenamente los argumentos centrales de la providencia citada, resulta pertinente reiterar algunos de sus argumentos, con el fin de remitirse con posterioridad al análisis del caso planteado.

En primer lugar, debe resaltarse que la procedencia de la acción de tutela contra particulares se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos constitucionales establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política, así como a los de orden legal que consigna el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Entre los mismos se destaca, por su pertinencia, que el particular contra el cual se ejerce la acción de amparo esté encargado de la prestación de un servicio público.

La actividad de captar recursos económicos del público para administrarlos, invertirlos y obtener de su manejo un provecho de igual naturaleza, que es básicamente a lo que se restringe la actividad financiera, ha sido considerada por la Corte Constitucional como objeto propio de servicio público. Sobre este tópico ha dicho la Corte:

“El servicio público es definido en el derecho positivo colombiano como “...toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente *o por personas privadas* ...”

“De igual manera la jurisprudencia constitucional ha establecido que el servicio público es “ toda actividad dirigida a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su ordenación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”.

“(…)

“...[L]a actividad desplegada por las entidades financieras tiene la prerrogativa consistente en la facultad para captar recursos del público, manejarlos, invertirlos y obtener un aprovechamiento de los mismos, dentro de los límites y con los requisitos contemplados en la ley;

“(…)

“El artículo 335 de la Carta establece :

“Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

“(…)

“De los precedentes textos constitucionales aparece que la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1o. Constitución Política), **lo cual se concreta en el carácter de servicio público que se le atribuyó desde 1959...**” (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1992, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Acorde con lo dicho, se tiene entonces que los particulares encargados de la prestación del servicio público de intermediación financiera son potenciales sujetos pasivos de la acción de tutela, cuando ocurra que su conducta vulnere o amenace quebrantar los derechos fundamentales de los usuarios. Esto -claro está- incluye a las entidades del sector cooperativo que han especializado sus servicios en este sector de la economía, como es el caso de la entidad demandada.

En el fallo que sirve de base a este pronunciamiento (la Sentencia T-735/98), la Sala Octava de Revisión concluyó que la entidad demandada en esa ocasión, la Caja Popular Cooperativa, era una corporación dedicada a la actividad financiera y, portanto, susceptible de ser demandada por vía de tutela. Así lo manifestó entonces la Sala:

“En efecto, la Caja Popular Cooperativa es un establecimiento de ahorro y crédito, dedicado a la actividad financiera, con personería jurídica reconocida por Resolución No. 0665 de 26 de octubre de 1949, cuyo objeto social, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Tunja el 7 de julio de 1998, es el siguiente:

“Objeto social...Contribuir al desarrollo económico, social y cultural de sus asociados y a la satisfacción de sus diversas necesidades **por medio de la actividad de ahorro y crédito**, promover la financiación en el campo agropecuario, en la pequeña y mediana industria, en el mejoramiento de los municipios y servir de institución de fomento en todas las actividades económicas y sociales que busquen el desarrollo integral de sus asociados y de las clases trabajadoras.”

“Dicho objeto la coloca dentro de las denominadas cooperativas especializadas de ahorro y crédito, las cuales de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 79 de 1988 y en el artículo 2º del Decreto 1134 de 1989¹, pueden “...ejercer la actividad financiera de captar ahorros en depósito de terceros y otorgarles préstamos a éstos si así lo consagran expresamente sus estatutos...” , si cumplen los requisitos que señalen la ley y los reglamentos y reciben autorización previa para el efecto, del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas DANCOOP.

“Ese carácter las supedita, de conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 151 de la ya citada Ley 79 de 1988, al control integral de la Superintendencia Bancaria en los aspectos relacionados con la actividad financiera que ellas cumplen. También, desde luego, se encuentran sujetas al control del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, el cual tiene capacidad de intervenirlas de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 2º de la Ley 24 de 1981. Así las cosas, se concluye que la Caja Popular Cooperativa es una entidad que bajo la naturaleza jurídica cooperativa se organizó como entidad financiera, siendo su objeto desarrollar dicha actividad, para lo cual capta ahorros del público, incluidos particulares no cooperados, y otorga préstamos al público en general.

“En esa perspectiva, de conformidad con la jurisprudencia que sobre el tema ha producido esta Corporación, en tratándose de una entidad cooperativa organizada como institución financiera, ella presta un servicio público y en consecuencia contra la misma es procedente la acción de tutela, como mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales de la personas, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política.” (Sentencia T-735/98. M.P. Dr. Fabio Moron Díaz)

Dado que la Cooperativa “Joreplat” también desarrolla actividades propias del sector financiero, tal como lo indican su nombre y la descripción del objeto social: “*Organizar esfuerzos comunes para promover al asociado como persona, logrando un mejoramiento en el nivel de vida, productividad y cultura...realizando operaciones financieras...*”, le son aplicables las consideraciones vertidas por la Sentencia en comento y, por tanto, la tutela es procedente en su contra.

Ahora bien, como la demandante aduce que su derecho a la salud se encuentra sometido a un perjuicio irremediable ante la imposibilidad de recuperar su dinero, el cual le serviría para

¹ Vale aclarar, que a raíz de la grave crisis que afronta en la actualidad el sector cooperativo, el legislador expidió la Ley 454 de 1998, por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones; esa ley, de conformidad con lo establecido en su artículo 86, comenzará a regir un año después de su promulgación, esto es, el 4 de agosto de 1999, fecha a partir de la cual deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y expresamente los trámites y procedimientos existentes en otras normas sobre la materia.

solventar los gastos de su tratamiento médico, esta Sala considera oportuno referirse brevemente a este derecho y sus connotaciones en tratándose de personas de la tercera edad.

5. Derecho a la salud en personas de la tercera edad

Aunque el derecho a la salud, consagrado en el artículo 49 de la Carta Política, no es en sí mismo un derecho fundamental, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que éste se eleva a dicha categoría cuando su vulneración afecta el núcleo esencial de un derecho de rango superior.

Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior. A este respecto ha dicho la Corte:

“El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP art. 46 inc. 2), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art. 1º), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46).” (T-426/92. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la protección especial reservada para este grupo social incluye la posibilidad de que los conflictos surgidos en torno de la vigencia de los derechos fundamentales, de los cuales se derive un perjuicio irremediable, puedan ser resueltos de manera inmediata a través de la acción de tutela, sin necesidad de acudir a las vías ordinarias de defensa judicial establecidas por el ordenamiento jurídico. También sobre este particular se pronunció la Corporación:

“La Corte ha reconocido que algunas personas, en particular, quienes pertenecen a la tercera edad, gozan de lo que se ha denominado un derecho de trato o protección especial. El mencionado derecho apareja, entre otras cosas, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de posibilidad de una vida digna². (T-801/98 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Y en otra oportunidad manifestó la Corte:

“Esta Sala reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta no está obligado a soportar la carga que implica la definición judicial de la controversia, pues “la inminencia y gravedad del perjuicio y la urgencia e impostergabilidad de las medidas para impedir su consumación” hacen

² Cfr. T-036/95 (Magistrado Ponente. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

que deba concederse la tutela del derecho (...). (T-143/98 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

6. El caso concreto

Teniendo en cuenta los precedentes doctrinales citados, esta Sala considera oportuno resaltar el material probatorio obrante al proceso: i) figura en primer lugar la solicitud de reembolso de \$1'121.133, presentada el 16 de abril de 1998 y que corresponde al saldo de la cuenta de ahorros que la demandante tenía en la cooperativa accionada; ii) a folio 3 del expediente aparece una ficha clínica, un diagnóstico patológico proveniente del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” de 1997, según el cual, la señora Colombia Cáceres padece una “Colecistitis crónica y requiere una colecistectomía”; iii) además, tal como consta a folio 4 del plenario, de acuerdo con el recetario 340096 del 23 de marzo de 1999, expedido por la IPS, Plan Salud, la demandante padece hipertensión arterial, diabetes M2, osteoartritis y cáncer de mama; diagnóstico que coincide con el informe de patología expedido en el año 83 por el Hospital Universitario del Valle (folio 7), según el cual, la demandante presentaba para la época un adenocarcinoma metastásico ubicado en la zona infraclavicular izquierda; iv) finalmente, consta a folio 8 del expediente un segundo diagnóstico, fechado el 19 de marzo de 1996, referido al problema articular de la afectada, según el cual, la misma padece de una poliartropatía de grandes y pequeñas articulaciones.

En estas circunstancias, no es difícil deducir que el estado de salud de la peticionaria, aunado a su avanzada edad (72 años, según los cálculos permitidos por las fechas de los diagnósticos), se encuentra en precarias condiciones y que, independiente al hecho de que la misma se encuentre recibiendo en la actualidad un servicio de atención en salud, el hecho de que no pueda disponer a plenitud de sus recursos económicos para solventar el tratamiento constante de sus dolencias, podría abocarla a un perjuicio irremediable con evidentes repercusiones vitales. Así las cosas, en el caso de la tutelante, es ostensible que el derecho a la salud se encuentra comprometido en íntima conexidad con el derecho a la vida.

No obstante, como resalta de los antecedentes de esta tutela, a pesar de que la salud de la peticionaria se encuentre en franco estado de deterioro, las pretensiones de su demanda no van dirigidas a obtener la prestación de un servicio médico específico, sino a conseguir la devolución de un dinero que -en sus propias palabras-, le serviría para solventar si no todos, por lo menos algunos de los tratamientos clínicos.

Esta circunstancia hace que la Sala deba reiterar las consideraciones hechas en la Sentencia T-735 de 1998. En dicha oportunidad, la Corte concedió el amparo solicitado consiste en el reembolso de una suma de dinero consignada en unos CDT, a pesar de que contra la demandada -la Caja Popular Cooperativa- se gestaba un trámite liquidatorio similar al que ahora se sigue contra Joreplat.

La Sala Octava de Revisión expuso el tema en los siguientes términos:

“La intervención, en el caso concreto de la Caja Popular Cooperativa, implicó la adopción de medidas tales como la congelación de los recursos de que dispone dicha entidad, al menos por un tiempo aún no determinado³, la cual afecta a todos los ahorradores, lo que desvirtúa el cargo de violación del derecho a la igualdad que alegan en este caso los actores, pues la negativa

³ De acuerdo con el informe presentado a esta Corporación por el Vicepresidente Jurídico de la entidad demandada, fechado el 13 de noviembre de 1998, la congelación de los recursos de los accionantes es indefinida en el tiempo, pues ella se prolongará hasta que “...se levante la intervención por parte del DANSOCIAL.”

transitoria de devolverles los ahorros por ellos depositados, informada por la accionada de manera oportuna y completa a los mismos, lo que también desvirtúa la acusación de que el derecho de petición fue vulnerado, se ha aplicado sin distinción a todos los clientes de la demandada.

“En síntesis, la intervención que ordenó el gobierno en la entidad financiera demandada, ocasionó que éste dispusiera la congelación transitoria de todos los bienes y recursos de la misma, incluidos los ahorros depositados por todos sus clientes, lo que hace que en la actualidad la accionada esté imposibilitada para devolver las sumas de dinero que reclaman los actores; esa medida es precisamente la que ellos cuestionan, pues consideran que en sus casos específicos, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, al impedirles acceder a los tratamientos médicos que requieren con urgencia.”

Y en cuanto al estado de salud de los peticionarios y su evidente conexión con el derecho a recibir los dineros consignados en la cooperativa accionada para que con los mismos se solventara el costo de los tratamientos médicos, la misma Sala advirtió:

“Bajo esas circunstancias, el no reintegro inmediato de los depósitos por ella efectuados en la Caja Popular Cooperativa, efectivamente implica que no pueda asumir los costos del tratamiento que requiere dada la enfermedad que padece, lo que pone en grave peligro su salud y su vida y afecta de manera significativa su dignidad. Por esos motivos, la Sala en el caso de la actora, revocará los fallos de primera y segunda instancia, y en su lugar procederá a tutelar sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, para lo cual ordenará a la demandada, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas reintegre las sumas de dinero depositadas por ella en certificados de depósito a término.”⁴

Aunque como quedó visto, las circunstancias fácticas del proceso que sirve de referencia a este fallo coinciden en lo fundamental con los hechos narrados por la peticionaria, esta Sala debe reconocer que en el caso *sub judice* se presenta un elemento diferencial: mientras en la tutela de la Caja Popular Cooperativa los peticionarios hicieron su reclamación dentro del término estipulado por la ley, en la que hoy ocupa la atención de esta Sala la demandante dejó pasar la oportunidad para efectuar la reclamación, presentando su solicitud dos días después de vencido el plazo reglamentario.

Desde una posición estrictamente positiva y legalista, el conflicto jurídico objeto de análisis debería resolverse a favor de la entidad demandada, pues resulta innegable que la peticionaria omitió gestionar a tiempo, de acuerdo con las normas que regulan el proceso liquidatorio, la inclusión de su nombre en el grupo de acreedores que se verían beneficiados con el reembolso del dinero. Esta Sala reconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el mecanismo de la acción de tutela no puede activarse para revivir términos vencidos o para recuperar oportunidades perdidas por quien debió aprovecharlas en defensa de sus propios intereses.

Sin embargo, no estaría acorde con el espíritu proteccionista de la Carta, ni se ajustaría tampoco a la filosofía de la acción de tutela, que un argumento de escueto formalismo le negara la posibilidad a la actora, considerando su particular estado, de recuperar el dinero consignado en la cuenta de ahorros de Joreplat. Más aún, esta Sala considera que la protección que debe ofrecérsele a la peticionaria se impone como una necesidad real si se repara en que ni siquiera por las vías ordinarias de defensa judicial, aquella podría obtener el reembolso de los activos

⁴ *Ibidem*.

reclamados, ya que las oportunidades institucionales y reglamentarias concedidas para ese propósito se encuentran vencidas.

Es cierto, por otro lado, que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, con la información rendida por el liquidador de la cooperativa demandada y por el director del Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria -Dansocial-, el proceso liquidatorio de la empresa se encuentra en la etapa de restitución parcial de acreencias y que, simultáneamente, se viene desarrollando la compra de los créditos de los ahorradores hasta por el monto de \$1'000.000 por parte de FOSADEC, lo que haría suponer la imposibilidad de incluir a la peticionaria en el proceso de restitución; sin embargo, en aplicación directa de los preceptos constitucionales, particularmente de los que consagran la protección especial para las personas de la tercera edad y de quienes se encuentren en estado de debilidad manifiesta (arts. 13 y 46 C.P.) y el derecho a la seguridad social y a la atención en salud (arts. 48 y 49 *Ibíd.*), esta Sala de Revisión considera necesario aplicar a favor de la tutelante una medida de excepción que le permita participar en el proceso liquidatorio adelantado sobre la cooperativa Joreplat.

No sobra precisar que esta misma actitud fue la asumida por la Sala Octava de Revisión en la sentencia que se viene citando: la Sala, a pesar de aceptar que el trámite liquidatorio estaba siguiendo su curso regular y que a él debían atenerse los acreedores de la cooperativa intervenida, dispuso un tratamiento de excepción para los tutelantes por razón de su edad y de sus condiciones de salud:

En estos términos sustentó la Corte su decisión:

“Para la Sala es claro que el proceso de intervención que ordenó el gobierno a la demandada, dada la grave crisis financiera que afronta, está dirigido fundamentalmente a proteger, en condiciones de igualdad, los intereses de los ahorradores de la misma y desde luego la estabilidad del sistema; no obstante, si se llegare a comprobar que las medidas adoptadas en los casos específicos que se revisan, efectivamente ponen en peligro la vida de los actores, personas de la tercera edad que dicen estar afectadas de graves enfermedades y carecer de recursos para atender los gastos que demandan sus respectivos tratamientos, se configuraría un perjuicio irremediable que haría procedente un tratamiento de excepción para los mismos, en aras de proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, y su dignidad.”⁵

Con base en las consideraciones precedentes, esta Sala concederá el amparo solicitado por la tutelante. Para tales efectos, se ordenará al liquidador de la Cooperativa Joreplat que incluya a la peticionaria en el proceso liquidatorio con el fin de que se reconozca su crédito y, conforme a lo dispuesto por el Decreto 2506 de 1998, modificado por el Decreto 678 de 1999, se lo reporte y certifique ante el Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación – FOSADEC–.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

⁵ Sentencia T-735/98 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la Sentencia del 13 de abril de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que decidió negar la protección solicitada por la señora Colombia Abigail Cáceres.

Segundo. **CONCEDER** la acción de tutela impetrada por la demandante de la referencia y, en consecuencia, ordenar al liquidador de la Cooperativa Joreplat que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, incluya a la peticionaria en el proceso liquidatorio con el fin de que se reconozca su crédito y, conforme con lo dispuesto por el Decreto 2506 de 1998, modificado por el Decreto 678 de 1999, se lo reporte y certifique ante el Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación–FOSADEC–.

Tercero. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, **DESE** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Sustanciador

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-756

octubre 12 de 1999

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Período mínimo de cotización no es extensible a casos de urgencia o gravedad

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Período mínimo de cotización no es extensible a casos de urgencia para enfermedades de alto costo

DERECHO A LA SALUD- Período mínimo de cotización no es extensiva a casos de urgencia para enfermedades de alto costo

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- En casos de urgencia y ante imposibilidad económica del usuario que no cumple período mínimo de cotización podrá acudir al Fosyga

PRINCIPIO DE BUENA FE POR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Culminación de tratamiento médico

Referencia: Expediente T-224408

Acción de tutela instaurada por José Luis García Gallego contra el Seguro Social.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los doce (12) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las que le confieren los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo que adoptara el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín el veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), al resolver sobre la acción de tutela instaurada por José Luis García Gallego contra la EPS Seguro Social.

I ANTECEDENTES

José Luis García Gallego instauró acción de tutela contra la EPS del Seguro Social, Seccional Antioquia, para la protección de sus derechos a la dignidad humana, a la vida, la igualdad y a la salud.

Según el actor, está afiliado al Seguro Social desde 1966. En diciembre de 1998 el ortopedista de la EPS del Instituto, Dr. Horacio Vanegas, lo remitió para prótesis total del hombro y para transposición miotendinosa, con carácter urgente.

La orden médica fue llevada a la EPS del Seguro de Envigado y de allí remitieron al accionante a la EPS del Seguro en Monterrey. Pero siempre quedó pendiente de que le fuera resuelta su situación, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda de tutela hubiese obtenido lo más mínimo en relación con sus requerimientos de salud.

Señaló en su demanda que a diario padece un fuerte dolor en el hombro por la grave luxación que presenta desde hace más de seis meses y el dolor se agudiza ante la negligencia del Instituto en cuanto a la práctica del procedimiento que le ordenaron. Tal fue precisamente el objeto de la acción instaurada.

En el expediente reposan los documentos que a continuación se destacan:

a. Solicitud de Remisión del médico tratante con carácter URGENTE en la cual se solicita una “Protesis total de hombro+ Transposición Miotendinitis Hombro”. (folio 4).

b. Oficio del Seguro Social del 16 de abril de 1999, dirigido al Juez de tutela, suscrito por el Gerente de la Seccional, EPS, en el cual se manifiesta:

“(…)

De acuerdo con la certificación de semanas cotizadas, el paciente tiene 21 semanas de cotización según lo expide la coordinación de recaudo y cartera, con fecha del 16 de abril de 1999.

El paciente requiere tratamiento para su patología de base, (prótesis total de hombro), siendo su enfermedad de las llamadas catastróficas. No reúne las cien semanas de cotización al sistema que le dan el derecho a ello, por lo cual se le pide que pague el excedente.

(…)

Las razones para que en el Seguro Social se estén implementando los períodos de carencia, al igual que existen de tiempo atrás en otras EPS, son de dos tipos diferentes. En primer lugar, de índole normativo, pues la propia Ley 100 de 1993 los autorizaba, y las normas reglamentarias de esta Ley, contenidas en el Decreto 1938 de 1994 y en la Resolución 5261 de 1994, ambas emanadas del Ministerio de Salud, así lo estipulaban.

En segundo lugar, razones de índole práctica, pues mientras no se exigieron esos períodos de carencia, se apreciaron utilizations fraudulentas o por lo menos indebidas de los servicios médicos en el ISS por parte de muchos afiliados.

(…)

Si un afiliado a una EPS no tiene las 100 semanas y requiere atención para una patología de tipo catastrófico, tiene dos opciones: sigue siendo atendido por esa EPS pero cancelando la diferencia de su propio peculio; o busca la protección del Estado, pero ya no a través de la EPS en la cual está afiliado, sino a través de instituciones públicas prestadoras de servicios de salud (dependientes directamente del Estado). Esto es lo que se ofreció al paciente”. (folio 9).

c. Declaración del peticionario en la cual dice tener 60 años de edad, cuatro hijos y dos personas a su cargo. En cuanto a su problema del hombro manifestó: “Yo no tengo fuerza en el brazo derecho; por eso no puedo trabajar en otra cosa que vender chance y lotería; siento mucho dolor; diario tengo que tomar droga; ya estoy perdiendo musculación en el brazo; se está

segundo. La misma orden de la clínica es que necesito cirugía URGENTE, y esa orden es del 9 de diciembre de 1998” (folio 13).

d. Certificación de la “Compañía Colocadora de Apuestas del Valle de Aburrá y Cía. Ltda.”, según la cual Jose Luis García es trabajador de esa empresa desde el 7 de julio de 1998 (folio 30).

e. Oficio del 27 de abril de 1999 del Secretario Seccional de Salud de Antioquia y dirigida al Juez 10 Civil del Circuito en el cual informa que las IPS públicas con las que hay contrato vigente para la prestación de servicios de salud con el Departamento y que están en capacidad de realizar las intervenciones “Protesis de hombro + Transposición miotendinosa” son el Hospital San Rafael de Itagüi y el Hospital General de Medellín.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISION

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, en fallo del veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), denegó la protección solicitada y ordenó a la EPS Seguro Social que en el término de 3 días actualice la información concerniente al número de semanas de cotización de José Luis García Gallego. Previno a la entidad para que en el futuro dé respuesta oportuna y clara a sus afiliados en cuanto a las solicitudes de atención de salud, bien en sentido positivo o negativo.

El Juzgado encontró válido el argumento de la EPS del Seguro Social en el sentido de que el peticionario no tenía las cien semanas de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a pesar de haber estado cotizando en épocas anteriores, dado que su última afiliación data del 7 de julio de 1998 y no cotizaba aproximadamente desde 1990. Es decir, que había perdido la antigüedad dentro del sistema por haber suspendido la cotización por seis o más meses continuos, como señala la norma.

Señaló el juez que la posición del Seguro Social tiene fundamento legal en las disposiciones del Decreto 806 de 1998, por lo cual no era posible acceder a la petición del accionante frente a la EPS del Seguro Social para que le prestara los servicios quirúrgicos objeto de su demanda.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

En los casos de urgencia no se puede negar la prestación del servicio por parte de una E.P.S. aunque falten semanas de cotización en enfermedades catastróficas. La buena fe de los pacientes. Al recibir el caso se asumen obligaciones

La Corte Constitucional ratificará en este evento su reiterada jurisprudencia, en el sentido de que, si bien resulta admisible la exigencia de períodos mínimos de cotización para la atención de ciertas enfermedades catastróficas que deben estar claramente definidas con anterioridad en decreto reglamentario expedido por el Gobierno (Cfr. sentencias C-089 del 18 de marzo de 1998, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y C-112 del 25 de marzo de 1998, M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz), los casos de urgencia no pueden supeditarse al número de semanas cotizadas ni al desembolso que haga el afiliado:

“Así las cosas, 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 período 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 según la norma antes transcrita es “el porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados” en ese mismo artículo. No se olvide que el

usuario pertenece al régimen contributivo y, por tanto, se presume su capacidad de pago. Pero ¿qué ocurre cuando se presentan casos de urgencia?. En estos eventos, la misma ley 100/93 en su artículo 168, 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. El costo de estos servicios está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, respectivamente.

Entonces, bien puede afirmarse que ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de “alto costo”, necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-112 de 1998, ya citada).

En caso similar al presente, esta Sala tuvo ocasión de afirmar:

“La Corte, pues, aplicará su jurisprudencia, en el sentido de exigir al Seguro Social que, en el presente caso, reconozca la precaria situación económica de los afectados y, en consecuencia, no niegue al paciente la atención inmediata que requiere, ya que al hacerlo lesiona su derecho a la salud y pone en grave riesgo su derecho a la vida, dado el carácter y la naturaleza de la enfermedad que padece.

Considera la Corte que en un evento como el aquí examinado debe hacerse valer el concepto del Estado Social de Derecho, proclamado por el artículo 1 de la Carta...”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-469 del 6 de julio de 1999).

Ha destacado también la Corte que, en caso de urgencia y probada la imposibilidad económica del usuario, las E.P.S. pueden acudir al Fondo de Solidaridad y Garantía -establecido justamente para impedir que se niegue atención a tales personas-, en solicitud de los recursos que cubran el excedente que corresponda si falta tiempo de cotización.

Oponer el período mínimo de cotización a quien presenta una situación de urgencia, arriesgando su vida e integridad personal, implica no solamente abierta vulneración del artículo 164 de la Ley 100 de 1993 -cuya constitucionalidad fue condicionada por esta Corte en el expresado sentido- sino desconocimiento de los principios básicos del Estado Social de Derecho, y es un comportamiento inhumano, respecto del cual cabe necesariamente la tutela, con el objeto de contrarrestar la amenaza evidente de los aludidos derechos fundamentales.

Por otra parte, a juicio de esta Corte, no tiene sentido la remisión del paciente -en especial si su afección puede catalogarse como “urgencia”- de una oficina a otra, o a distintos centros asistenciales, a lo largo de muchos meses, sin prodigarle efectiva protección a su salud en ninguno de ellos.

Cuando así ocurre, la entidad responsable, además de retardar injustificadamente la asistencia requerida, con el ya subrayado riesgo para los derechos fundamentales, crea en el usuario expectativas y esperanzas frustradas, con grave daño a la buena fe que según el artículo 83 de la Constitución debería presidir esta clase de relaciones.

Para la Corte es claro que, en guarda del postulado constitucional en mención, si, aun conociendo el tiempo de cotización del afiliado, el tipo de enfermedad del que se trata y el diagnóstico sobre el tratamiento o procedimiento que debe practicarse, la E.P.S. remite al paciente a determinados puestos de atención bajo su dependencia, o con los cuales contrata, asume la

obligación de culminar la prestación del servicio médico, quirúrgico, terapéutico o asistencial que se haya recetado por su personal científico, sin que pueda alegar después la falta de períodos mínimos de cotización ni otra causa para excusarse de actuar o para negar los cuidados requeridos por la persona.

En el presente caso, José Luis García Gallego, de 60 años, ha venido cotizando al Seguro Social a lo largo de su vida laboral, desde 1966, con algunas interrupciones, como lo señala en la declaración que rindió ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín el día 20 de abril de 1999.

El actor tiene dos personas a su cargo, que son su señora y su hija menor, y tiene que asumir todos los gastos de sostenimiento del hogar con su único ingreso, compuesto exclusivamente por el salario que devenga. No se observa que el peticionario tenga ingreso adicional alguno.

La Sala estima que en el presente caso se configuran las condiciones para la atención inmediata por parte del Seguro Social, pues en primer término se trata de un caso de **urgencia**, como bien lo definió el médico remitente.

El peticionario debe ser atendido de manera completa e integral, y el Seguro está obligado a practicarle la intervención quirúrgica que por los médicos de la institución le fue ordenada. Y, como carece de los recursos necesarios, nada obsta para que el Seguro acuda al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Ahora bien, la remisión del paciente a la E.P.S. del Seguro en Envigado y a la de Monterrey debe entenderse en el sentido de que la entidad asumió la obligación de atenderlo hasta obtener el restablecimiento de su salud en la materia objeto del dictamen médico, y mal puede ahora disculparse de aquélla acudiendo a normas que no hizo conocer al afiliado desde el comienzo, cuando afectó su buena fe y puso en grave peligro su integridad personal.

Se revocará el fallo de instancia y se concederá la protección solicitada, ordenando al Seguro Social la inmediata práctica de la cirugía para la “Prótesis total de hombro + Transposición Miotendinosa”, que el personal médico del Seguro ordenó respecto de José Luis García.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR**, en cuanto había negado la tutela, el fallo del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín del día veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido al resolver sobre la acción promovida por JOSE LUIS GARCIA GALLEGO contra el Seguro Social.

En su lugar, **SE CONCEDE** la protección solicitada, relativa a los derechos a la salud, en conexión con la integridad personal del afectado.

SE CONFIRMAN los apartes de la Sentencia en que se formularon prevenciones al Seguro Social para futuros casos.

Segundo. **ORDENAR** al Seguro Social que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, disponga la práctica de la cirugía de “Prótesis Total de Hombro + Transposición Miotendinosa” que requiere el paciente, bajo supervisión de los médicos del mismo Instituto que ordenaron tal procedimiento, sin perjuicio de acudir, en los

términos de la legislación, al Fondo de Solidaridad y Garantía en cuanto al cubrimiento de lo no sufragado por el afiliado.

Tercero. El incumplimiento de lo aquí ordenado dará lugar a las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. Por lo dispuesto en este Fallo responderá el Director de la E.P.S. del Seguro Social, Seccional Antioquia.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

**JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
(Presidente de la Sala)**

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-757

octubre 12 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional

SUBORDINACION LABORAL- Aplicación

DERECHO A LA SALUD- Mora en pago de aportes patronales

JUEZ DE TUTELA- Deber de tramitar demanda

DERECHO A LA SALUD- Amenaza por mora patronal en aportes a seguridad social

EMPLEADOR- Asunción servicio de salud por mora en aportes

Referencia: Expediente T-225512

Acción de tutela instaurada por Juan Antonio Castro Zapata contra la empresa “Muebles Hermes Ltda”.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los doce (12) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja (Antioquia), para resolver sobre la acción de tutela instaurada por Juan Antonio Castro Zapata contra la empresa “Muebles Hermes Ltda.”.

LANTECEDENTES

Juan Antonio Castro Zapata promovió acción de tutela contra la empresa “Muebles Hermes Ltda.”, a la cual presta sus servicios mediante contrato de trabajo a término indefinido desde hace aproximadamente 20 años.

Según el accionante la empresa lo ha tenido afiliado en salud y pensión a la EPS del Seguro Social, mediante el régimen contributivo.

En el mes de septiembre de 1998, al solicitar el servicio de salud que le fue negado, el demandante se dio cuenta de que su empleador no estaba al día en el giro de las cotizaciones

al Seguro Social. Al interrogar a su patrono acerca de la falta de pago, éste le respondió que si cancelaba al Seguro Social no tenía con qué pagar la nómina, ya que la empresa pasaba por una situación económica muy difícil.

De acuerdo con la demanda, lo acontecido afecta tanto al actor como a sus beneficiarios, pues no cuenta con los recursos suficientes para poder sufragar los gastos de la atención médica que ellos requieran. Considera que la empresa le está vulnerando sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, toda vez que él nunca ha sido reactivo a que le descuenten el valor de las cotizaciones.

Informó el solicitante que el 9 de febrero de 1999 ejerció el derecho de petición, mediante carta dirigida al Seguro Social, Seccional Antioquia, para poner en su conocimiento los hechos relatados, pero, hasta la fecha de presentación de la demanda, no había recibido respuesta satisfactoria.

En el expediente se encuentra una comunicación del 3 de mayo de 1999 dirigida al juez de tutela por el representante legal de la empresa demandada, en la cual manifiesta:

“La razón por la cual la empresa no ha cancelado los aportes al Seguro Social, de sus trabajadores, estriba en la precaria situación económica que soporta desde 1997 por la situación determinada en las medidas laborales y empresariales tomadas por el Gobierno Nacional. Esto, no obstante, nos permitió cancelar dichos aportes hasta el mes de agosto de 1998, sin perjuicio, además, de que -como lo probaré en el transcurso de esta acción- en ningún momento se ha vulnerado el derecho a la salud de sus trabajadores, pues la empresa tiene contrato vigente para esa atención con el Hospital y la Clínica San Juan de Dios, así como para la atención médico-hospitalaria y farmacéutica que el trabajador requiera, a la institución que él escoja para su atención, en caso de que no quiera ser atendido en el Hospital o en la Clínica.

Incluso, puedo afirmar que han preferido esta opción a la de someterse a las madrugadas y largas colas que tienen que hacer los usuarios del ISS para recibir, en pago de esos aportes, una cita diferida a dos o tres meses, cuando la atención que se requiere es urgente, y fórmulas con drogas que por lo general no despacha el ISS.

En relación con la copia del pago de los aportes al Seguro Social durante el último año, por la razón expuesta en el numeral 1º, le confieso que no se ha hecho ningún aporte desde hace 6 meses hacia acá, repitiéndole que esto no significa que se haya desprotegido la salud y la atención médica de los trabajadores, ni mucho menos que se les haya vulnerado su derecho fundamental constitucional. Y la retención se hace por obligación legal, para conferirle derecho al trabajador para reclamar el servicio.

En relación con este caso, no puedo aportar pruebas de atención médica hospitalaria o farmacéutica suministrada al accionante, debido a que hasta el momento no la ha requerido”.

En oficio del 24 de abril de 1999, la Clínica San Juan de Dios informó que en ese momento no existía contrato alguno con la empresa “Muebles Hermes”. Se atiende en cada caso particular según el estado de cartera de la misma (folio 24).

Existe una comunicación del 27 de abril de 1999 dirigida al juzgado de conocimiento, en la cual el Hospital de La Ceja dice no tener contrato de prestación de servicios de salud con la empresa “Muebles Hermes”

II. LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, en providencia del 19 de marzo de 1999, negó por improcedente la tutela, sin hacer mayores verificaciones. Esta decisión fue recurrida por el peticionario, llegando al conocimiento del Tribunal Superior de Familia de Antioquia, Sala de Familia, el cual, en fallo del veintisiete de abril del mismo año, decretó la nulidad de lo actuado en la primera instancia por falta de notificación de la sociedad demandada y, en consecuencia, se ordenó al Juzgado del conocimiento reanudar el trámite del proceso y comunicar a la parte accionada la existencia del mismo.

Reingresado el expediente al Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, en fallo del 10 de mayo de 1999, se negó por improcedente el amparo, por considerar que la acción de tutela exige el agotamiento previo de los procedimientos administrativos. No se vislumbró por el Juez la vulneración de los derechos fundamentales señalados en la demanda de tutela por cuanto, según expresó, el derecho a la salud en sí mismo no reviste el carácter de fundamental.

Además -sostuvo la providencia-, cuando los empleados lo requieren y llevan orden, la Clínica y el Hospital San Juan de Dios los atienden y el valor se le cobra a la empresa, lo que indica que el empleador está cumpliendo con la obligación que la ley le impone de correr con los gastos por la atención en seguridad social de sus empleados.

Y agregó el fallo:

“...tampoco se ha probado que la empresa demandada, por intermedio de sus directivas, le esté vulnerando los derechos fundamentales al accionante; que está incumpliendo sí con los deberes patronales de cancelar los aportes al Seguro Social, pero es este último el que debe accionar ante la autoridad pertinente, previos los informes que los mismos afiliados le presenten sobre esa anomalía.

El ordenarle al patrono la cancelación de esos aportes mediante la acción de tutela, sería tanto como fallar un proceso ejecutivo inexistente y sin las observancias del debido proceso”:

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Acción de tutela contra particulares. El juez está obligado a dar trámite a la demanda de tutela. La amenaza de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social por la omisión en el pago de aportes patronales

Tanto en el artículo 86 de la Constitución Política como en el Decreto 2591 de 1991 se consagra que la acción de tutela procede excepcionalmente contra particulares, en los casos taxativamente señalados.

El artículo 42 del Decreto citado establece, en el numeral 4º, que cabe la acción de tutela cuando la solicitud es dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o contra quien sea el beneficiario real de la situación que motivó la demanda, siempre y cuando el solicitante esté subordinado o se encuentre indefenso ante aquélla. En el numeral 9º *Ibidem* se prevé la tutela de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto de un particular.

Ya la jurisprudencia ha precisado que, cuando existe un contrato de trabajo, es innegable la relación de “subordinación” existente, toda vez que la continuada dependencia del trabajador respecto de su patrono es elemento esencial de la vinculación contractual.

Así las cosas, en el presente caso, podía el trabajador, quien se consideraba afectado por las omisiones de su patrono privado, ejercer la acción de tutela en guarda de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, se daba la circunstancia de una amenaza a derechos fundamentales -la vida, la integridad personal, la salud y la seguridad social, estos dos últimos en conexidad con los primeros-, toda vez que la omisión en el pago de los aportes a la entidad encargada de prestar a los trabajadores los servicios de seguridad social en salud significa efectiva y evidente desprotección de aquéllos y de sus familias.

De allí que no se encuentre fundamento para el rechazo que de la demanda de tutela se hizo inicialmente por el juez de instancia, quien no le dio trámite alguno, ni practicó pruebas y ni siquiera ordenó la notificación de la entidad demandada, como lo expuso después el superior jerárquico al declarar la nulidad de lo actuado.

La Corte Constitucional estima que el juez de tutela se encuentra obligado por el artículo 56 de la Carta Política a tramitar, en los términos del Decreto 2591 de 1991, las demandas de tutela; a practicar las pruebas necesarias para empaparse de los hechos; a examinar frente a la Constitución las circunstancias concretas que se llevan a su estudio, y, por supuesto, a fallar de mérito sobre el amparo pedido, ya que expresamente se le prohíbe la inhibición.

2. El caso concreto

En el caso que se revisa, el peticionario siente amenazados sus derechos a la salud y la vida, así como el derecho a la seguridad social, por el hecho de que su patrono no se encuentra al día en el pago de las cotizaciones de salud al Seguro Social, circunstancia que está plenamente probada con la declaración que hiciera el representante legal de la empresa accionada. Teme - y en ello no le falta razón- que hacia el futuro, al requerir la atención médica, se le niegue atención y se vulneren sus derechos y los de sus beneficiarios, pues carece de recursos económicos para tener que asumir los costos de un eventual problema de salud.

En el caso concreto, aunque no está probado en el expediente que exista un riesgo **inminente** y **actual** contra la salud o la vida del peticionario o de sus beneficiarios, pues del material allegado al mismo no se desprende que él o su familia estén padeciendo de algún problema de salud que esté requiriendo, hoy por hoy, de los inmediatos servicios de salud de la EPS, sí existe una evidente amenaza a la salud y por ende a la vida y a la integridad personal, pues en cualquier momento pueden surgir, por diversas causas, situaciones de riesgo o daño, o desatarse procesos patológicos que requieren no solamente tratamiento al presentarse sino la necesaria prevención y profilaxis, de todo lo cual está despojada la persona cuando, por falta de los aportes, se encuentra desvinculada de la entidad que le debía prestar asistencia en materia de salud.

Por eso, una vez más repite la Corte que, en casos como el presente, el patrono está obligado a asumir en su integridad los costos que en materia del cubrimiento de seguridad social requieran sus empleados, mientras se regularizan los pagos ante la respectiva EPS, y ésta reasume el cubrimiento de los riesgos. El patrono deberá entonces suministrar la atención médica, hospitalaria, quirúrgica, asistencial y farmacéutica, según sea del caso, que requieran el peticionario y sus beneficiarios, sin perjuicio de las sanciones legales por el no pago de las cotizaciones.

En evento similar esta Corporación sostuvo:

“La Corte debe insistir en que la seguridad social para los trabajadores y sus familias no es una dádiva del patrono ni algo que dependa de su libre voluntad, sino un derecho inalienable

de aquéllos, que hace parte de las condiciones dignas y justas que deben rodear las relaciones de trabajo (arts. 25 y 53 de la Constitución y, en concordancia con ellos, el 48 *Ibíd*em), lo que significa una correlativa y perentoria obligación de todo patrono, quien no puede eludir la afiliación de sus empleados al sistema contemplado en la ley, desde cuando principia el vínculo laboral en cualquiera de sus formas (Cfr., entre otras, la Sentencia T-166 del 1 de abril de 1997, de esta misma Sala).

Por eso -ha dicho la Corte-, la omisión del patrono implica que él asuma, de su bolsillo y de manera total, los costos que genere la atención de la salud del trabajador -por enfermedades profesionales o no profesionales, accidentes de trabajo o ajenos al mismo, atención médica, intervenciones quirúrgicas, terapias, tratamientos, consultas, medicamentos y todo lo necesario para su pleno restablecimiento- y, por supuesto, también de manera integral, la de la familia de aquél, que ha debido ser beneficiaria de los servicios correspondientes. También -claro está- en el expresado evento debe el patrono cancelar todas las cuotas dejadas de consignar a título de aporte, desde el primer día del vínculo de trabajo, y si fuere el caso de que, habiendo solicitado el trabajador reconocimiento de su pensión de jubilación, le hubiese sido negada por faltar semanas de cotización a causa de la omisión patronal, a cargo del patrono está el pago de las mesadas pensionales, de manera indefinida, mientras el requisito legal queda cumplido y la entidad de seguridad social principia a extender efectivamente su cobertura pensional en favor del extrabajador, para lo cual parte de la base de que se ha cotizado lo legalmente previsto". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-120 de 1999).

La Corte ha considerado igualmente -y lo reitera- que la falta de pago de las cotizaciones por parte del patrono, en cuanto atenta contra varios derechos fundamentales, obliga al juez a conceder la protección, aunque no sea actual el daño a la salud o no exista una dolencia específica, ya padecida por el usuario, que se deba tratar de modo inmediato:

“Acerca de la amenaza de derechos fundamentales, como razón y fundamento de la tutela, ha manifestado esta Corte:

“...no puede perderse de vista que la Constitución Política, en su artículo 86, al consagrar los motivos por los cuales puede ejercerse acción de tutela, no se limita a prever hechos que impliquen violación de los derechos fundamentales sino que contempla la amenaza de los mismos como posibilidad cierta e inminente de un daño futuro susceptible de evitarse mediante la protección judicial.

Hallarse amenazado un derecho no es lo mismo que ser violado. La amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla.

La amenaza a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones: puede estar referida a las circunstancias específicas de una persona respecto al ejercicio de aquel; a la existencia de signos positivos e inequívocos sobre el designio adoptado por un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho; o estar representada en el desafío de alguien (tentativa), con repercusión directa sobre el derecho de que se trata; también puede estar constituida por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho; igualmente pueden corresponder a una omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se

acreciente un riesgo...” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-349 del 27 de agosto de 1993).

(...)

“Así las cosas, una vez determinado que no se puede abandonar al trabajador a su propia suerte en materia de seguridad social, debe la Sala detenerse a analizar cuál va a ser la orden que impartirá, de acuerdo con las particularidades del asunto objeto de juicio.

En el presente caso, aunque, como lo dijo el juez de instancia, no se demostró que el actor o algún miembro de su núcleo familiar padecieran actualmente de alguna enfermedad que requiriera atención médica y hospitalaria, de esa circunstancia no se puede deducir, como lo hizo el fallo revisado, la improcedencia de la tutela, ya que esa posibilidad procesal de defensa no necesariamente está circunscrita a los eventos de actual violación de derechos fundamentales. También el artículo 86 de la Constitución la contempló para las circunstancias en que ellos se vean amenazados.

(...)

“En el caso de autos, no puede sostenerse que el riesgo no exista y que por ende no sea objeto de protección constitucional, pues es indudable que el incumplimiento patronal ha potenciado el riesgo, lo ha aumentado; tanto es así que quien no recibe una atención médica oportuna puede ver afectada su vida o su salud, siendo cierto que la mora en el pago efectivo de las cotizaciones implica la suspensión de los servicios, como se ha señalado.

Vale la pena recalcar que no resulta justo que quien es precisamente la parte más débil de la relación contractual, esto es, el trabajador, sea a su vez la que deba asumir las consecuencias negativas del incumplimiento del empleador. Ello contraría los principios y derechos constitucionales.

En consecuencia, probado como está el ostensible retardo en la consignación de los dineros retenidos al trabajador para seguridad social y de las cuotas destinadas a la A.R.S. (fls. 17, 19 y 35), se condenará al patrono a asumir los gastos correspondientes a la atención de la salud del actor y de su familia; se le conminará a que efectúe en el término de cuarenta y ocho (48) horas los depósitos que hasta la fecha haya dejado de efectuar en favor del trabajador demandante, todo ello sin perjuicio de la orden dirigida al I.S.S. para que ponga en marcha los procedimientos que prevé la ley con el fin de que los aportes lleguen efectiva y oportunamente a su adecuado destino”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-382 del 30 de julio de 1998).

No sobra recordar que, además, el patrono puede incurrir en responsabilidad penal si, descontando a los trabajadores los aportes de éstos para seguridad social, no los traslada a la entidad correspondiente, pues tales recursos -que son parafiscales- no le pertenecen.

V. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo del Juzgado Promiscuo de La Ceja (Antioquia), proferido el 10 de mayo de 1999, al resolver sobre la acción de tutela incoada por Juan Antonio Castro Zapata

T-757/99

contra la empresa “Muebles Hermes Ltda.” y, en consecuencia, conceder la protección solicitada.

Segundo. **ORDENAR** a la mencionada empresa el cubrimiento total de la atención de salud que requieran Juan Antonio Castro Zapata y sus beneficiarios, mientras se pone al día en el pago de las cotizaciones a la correspondiente EPS, lo cual deberá hacerse en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo.

Tercero. Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
(Presidente de la Sala)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-758

octubre 12 de 1999

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- No prestación, en principio, de atención médica por no pago de aportes

No puede exigirse a una empresa promotora de salud que continúe prestando atención médica, quirúrgica y hospitalaria a un usuario respecto de cuya afiliación o cobertura como beneficiario se presenta el fenómeno del no pago de los aportes o cotizaciones patronales.

EMPLEADOR- Asunción servicio de salud por mora en aportes

ACCION DE TUTELA- No se concede contra conductas legítimas de un particular

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Reembolso de dineros por asunción de costos médicos

Referencia: Expediente T-225575

Acción de tutela instaurada por Jaime Eduardo Suárez López, contra la EPS Salud Total

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los doce (12) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Jaime Eduardo Suárez López contra la EPS “Salud Total”.

I ANTECEDENTES

Jaime Eduardo Suárez López promovió acción de tutela contra la EPS “Salud Total”, buscando que se le protegiera su derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida.

Según la demanda, el pasado 23 de marzo el accionante sufrió una caída desde el segundo piso de un inmueble. Internado de urgencia en la Clínica “El Bosque”, fue intervenido quirúrgicamente y le dieron de alta el 28 de marzo.

El 29 de marzo debió ser internado de nuevo por urgencias y posteriormente hospitalizado, esta vez a raíz de una severa sobreinfección y neumonía, causadas por la misma contusión

pulmonar. Estuvo en la unidad de cuidados intensivos por autorización de la EPS “Salud Total” y cuando se requirió una intervención quirúrgica indispensable para su total recuperación pulmonar, la entidad se negó a seguir prestando el servicio, a partir del 8 de abril, sobre la base de que el actor, de su peculio, debía asumir los costos por atención médica, cirugía y demás gastos causados, todo por una valor de \$9.419.148.

Dijo el solicitante estar al día en sus aportes con la EPS hasta el mes de abril inclusive. Agregó que el problema no radica únicamente en el pago de la suma en referencia, sino en que su estado de salud cada día se complica más y tiene la urgente necesidad de cuidados post-operatorios, los cuales fueron interrumpidos intempestivamente a pesar del dictamen médico, lo que ha motivado su petición de tutela pues dice haber quedado desprotegida su salud, con grave riesgo para su vida.

Solicita que mediante la tutela se ordene a la EPS “Salud Total” el cubrimiento íntegro de la suma adeudada a la Clínica “El Bosque” así como el concerniente tratamiento médico post-operatorio.

II. LA DECISION JUDICIAL

Correspondió decidir al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, el cual, en fallo del diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), resolvió declarar improcedente la tutela.

Para el Juez, no hay duda de que el accionante se encuentra afiliado ante la accionada como trabajador dependiente de la “Unión Colombiana de Músicos”, y también es claro que los pagos que alega el peticionario se hicieron como afiliado dependiente. La entidad demandada respondió que entre el 23 de marzo y el 7 de abril realizó el cubrimiento económico de la atención que requirió el señor Suárez y que a partir del 7 de abril de 1999 es el empleador quien debe hacerse cargo de los costos que se derivan de la atención médica requerida por el usuario, en vista de que éste fue afiliado como trabajador dependiente y el empleador se encuentra en mora en el pago de los correspondientes aportes.

Afirmó el juez en su providencia:

“En este orden de ideas, no encuentra el Despacho en esta oportunidad que la accionada haya incurrido en omisión alguna que atente contra el derecho a la vida del accionante, porque está demostrado que la accionada le ha prestado los servicios que ha requerido el actor. Lo que hay es una controversia jurídica entre el empleador cotizante y el ente afiliado, respecto de la forma de afiliación del actor y la responsabilidad en el pago de los aportes, así como también de los gastos correspondientes a los servicios prestados por dicha entidad al accionante. Por ello entiende el Juzgado que el actor solicita de manera subsidiaria que se ordene al ente accionado el cubrimiento total de la suma adeudada a la Clínica “el Bosque” y lo concerniente al tratamiento médico post-operatorio. Pretensión esta que no es procedente ordenar como resultado de la presente acción de tutela, por cuanto, esto se trata de un conflicto económico generado por las posibles irregularidades que se han podido presentar en la afiliación del accionante, así como por el no pago de las cotizaciones, las cuales por sí solas no son susceptibles de resolverse mediante el procedimiento de la tutela, ya que de todo esto no se vislumbra la violación de un derecho fundamental, sino todo lo contrario, se ve a las claras que se trata de un conflicto del orden legal que debe ser resuelto a través de los jueces ordinarios aplicando las disposiciones legales pertinentes”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. En principio, la atención en salud a cargo de las EPS está supeditada al pago oportuno de las cotizaciones patronales. Conducta legítima de un particular. El patrono incumplido asume la totalidad de los costos. Improcedencia de la tutela para obtener el reembolso de sumas de dinero

Al efectuar la presente revisión, basta a la Corte reiterar varios principios plasmados en sus providencias:

-No puede exigirse a una empresa promotora de salud que continúe prestando atención médica, quirúrgica y hospitalaria a un usuario respecto de cuya afiliación o cobertura como beneficiario se presenta el fenómeno del no pago de los aportes o cotizaciones patronales.

Resulta evidente que, si tal circunstancia aparece probada, siempre que no se trate de ninguno de los eventos que la Corte contempló en su Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero), que declaró exequible el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en los cuales el servicio tiene que ser prestado aun con la posibilidad de que la EPS repita contra el patrono, no es ilegítimo que ésta niegue al solicitante la continuidad de los cuidados que demanda.

Como lo ha observado la Corte, el servicio no puede ser negado por la EPS en casos de urgencias o cuando hay derechos fundamentales de por medio, o si se verifica la imposibilidad del patrono moroso en el sentido de responder inmediatamente por las prestaciones de salud (incluso si no está en juego un derecho fundamental), pues la carencia del servicio implicaría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, e inclusive podría poner el peligro su vida (Cfr. Sentencia mencionada).

Pero, si no corresponde el caso a ninguna de las hipótesis aludidas, en principio la falta o la mora en el pago de las cotizaciones patronales libera a las EPS de continuar prestando los servicios inherentes a la protección a la salud de afiliados y beneficiarios, pero es claro que en tales circunstancias es el patrono incumplido el que debe asumir directamente los costos de la atención que demanden los trabajadores a su cargo.

-Es claro, además, que cuando el patrono no gira oportunamente el valor correspondiente a las cotizaciones para seguridad social en salud, debe asumir directamente los costos de la atención, en todos los aspectos requeridos para la completa y eficaz cobertura de los correspondientes derechos del trabajador y de su familia.

-Para la Corte, los eventos en que la indicada exoneración no cabe deben ser probados satisfactoriamente cuando la protección se reclama por la vía de la tutela, ya que sólo entonces se entendería que, al negar un servicio que debía prestar, la EPS viola o amenaza derechos fundamentales.

De lo contrario, la conducta de la EPS es legítima y se rige, en consecuencia, por lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, a cuyo tenor “no se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular”.

-Ahora bien, si la EPS, en caso de una urgencia por ejemplo, ha prestado -como es su deber- la atención requerida por el usuario, aun conociendo sobre la mora patronal, existe una obligación pecuniaria en cabeza de ésta, ya que, como se ha dicho, la empresa promotora de salud puede repetir lo pagado.

Y puede ocurrir que, ya prestados los servicios, ni la EPS ni el patrono hayan pagado al centro asistencial (hospital o clínica) que en efecto brindó protección al enfermo, y que exista controversia entre éste y aquéllos sobre quién tiene la obligación de sufragar los gastos y en torno a la cuantía de los mismos.

Diversas respuestas podrían darse, según el caso, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, pero, superada ya la etapa en la cual pudieron estar afectados o en peligro derechos fundamentales en concreto, no es el juez de tutela el encargado de resolver sobre las discrepancias surgidas.

En otros términos, la acción de tutela es improcedente para reclamar, en situaciones como las descritas, el pago o reembolso de sumas de dinero. Ello debe tramitarse ante los jueces ordinarios.

2. El caso concreto

Según obra a folio 7 de expediente, Jaime Eduardo Suárez López se inscribió a “Salud Total”, el día 24 de febrero de 1999, quedando afiliado a partir del 26 de febrero y figurando como empleador la “Unión Colombiana de Músicos” y en blanco el espacio relativo a “entidad anterior” o EPS a la cual hubiera estado afiliado.

El 23 de marzo de 1999 sufrió un accidente y fue atendido en la Clínica “El Bosque”, la cual solicitó la autorización para la atención médica necesaria a “Salud Total”, autorización que fue suministrada, teniendo en cuenta que el usuario presentaba un estado de urgencia que debía ser atendido en forma inmediata y sin condicionamiento alguno. Presentaba en efecto, un diagnóstico de politraumatismo, fractura de costilla, trauma cerrado de tórax izquierdo y fractura de mano derecha el día 28 de marzo de 1999, Suárez fue dado de alta por la Clínica “El Bosque”. (folios 30 y 31).

El concepto médico que obra a folio 2 del expediente señala:

“...ingresó el 23/III/99 por contusión pulmonar y neumotórax que resolvió con T de tórax y salió el 28/III/99. El 29/III ingresó por neumonía severa por sobreinfección. Las complicaciones infecciosas sistémicas han sido consecuencia de la contusión pulmonar sufrida el 23/III/99”.

El 29 de marzo la Clínica “El Bosque” se comunicó telefónicamente con “Salud Total” para solicitar que se autorizara una nueva hospitalización. Según dice la EPS, por error involuntario suyo, se expidió la autorización, pero horas más tarde se estableció que el período de urgencias del peticionario había cesado el 25 de marzo de 1999, y también que su empleador, la “Unión Colombiana de Músicos”, se encontraba en estado de mora frente al Sistema General de Salud por 24 de sus trabajadores. Esta entidad, por conducto de su presidente, manifestó que dicha empresa no era tal, que era un Sindicato de Gremio y que, por tanto no era empleadora de persona alguna, por cuanto los músicos que a ella se encuentran asociados son en realidad trabajadores independientes.

Según obra a folio 35, la acreditación de pruebas documentales que permitieron establecer la existencia o inexistencia de relaciones y contratos de trabajo, “Salud Total” se encontró con que la “Unión Colombiana de Músicos”, aparecía irregularmente registrada como empleador, sin serlo, situación ésta que indujo a error a la EPS.

Ante la imposibilidad de lograr el pago de lo adeudado, el siete (7) de abril de 1999, “Salud Total” dirigió comunicación al empleador, en la que le informaba que, frente a la Clínica “El Bosque”, la EPS asumirá el costo generado por la atención médica por el período comprendido entre el 29 de marzo de 1999 y el 7 de abril del mismo año, fecha en la que se notificó al empleador

que debía hacerse cargo del costo económico derivado de la atención que necesitó el actor, y que, a partir de esa fecha, “Salud Total” cesaba en el cubrimiento económico de lo que demandara el enfermo.

Lo que el actor pide ahora es que, por tutela, se ordene a la EPS asumir los aludidos costos ante la Clínica.

No afirma la Corte que el solicitante carezca de razón en sus pretensiones económicas, si pagó por los servicios prestados, pero establecer si en realidad existía entre él y la “Unión Colombiana de Músicos” una relación laboral -punto que se halla en controversia- y si es la EPS o el patrono quien le debe reintegrar lo pagado, no es asunto de tutela, pues excede el preciso campo del artículo 86 de la Constitución, habiéndose prestado ya efectivamente la atención médica a la persona accidentada y no estando ya en peligro sus derechos fundamentales, al menos por causa del insuceso que dio lugar al mencionado trámite. Cosa distinta es que pueda el solicitante formular reclamo a quien sea su patrono por las cotizaciones dejadas de pagar a la EPS y también para obtener que asuma los costos de su salud y la de su familia, pero no puede obtenerse orden alguna en este estrado por no haber sido dirigida la demanda de tutela contra el empleador y estar inclusive en tela de juicio esta calidad en el caso de la “Unión Colombiana de Músicos”. Lo pedido por el demandante debe buscarse mediante el proceso respectivo ante los jueces ordinarios.

DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR**, por las razones expuestas, el fallo del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, del día catorce (14) de mayo de 1999, proferido al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Jaime Eduardo Suárez López contra la EPS “Salud Total” y, en consecuencia, negar la protección solicitada.

Segundo. Por Secretaría, **LIBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-759

octubre 12 de 1999

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA- Procedencia

La tutela como mecanismo transitorio es viable, como lo ha expresado la Corte, cuando en virtud de la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares se viola o amenaza vulnerar los derechos fundamentales de las personas y se requiere de la adopción por el juez de tutela de medidas urgentes, impostergables y eficaces que aseguren la protección de éstos en forma inmediata, con la finalidad de asegurar su goce efectivo e impedir que se consume un perjuicio irremediable, mientras la jurisdicción competente, a la cual le corresponde conocer de la solución del conflicto objeto de la acción correspondiente al medio alternativo de defensa judicial, adopta la decisión de fondo. La tutela como mecanismo transitorio supone necesariamente que exista un mecanismo alternativo de defensa judicial, pero que haya la necesidad o la urgencia de proteger el derecho fundamental, mientras la autoridad judicial competente para resolver de fondo la controversia adopta la correspondiente decisión.

REVOCACION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO- Circunstancias para la procedencia

La posibilidad de la revocación directa de los actos de carácter particular y concreto o subjetivos sólo es posible en las siguientes circunstancias: i) cuando media el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular; ii) cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo; iii) si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales; iv) y en general, cuando sea necesaria la revocación para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión. En el evento en que el acto haya ocurrido por medios ilegales se requiere, como lo ha admitido esta Corte, que se encuentre debidamente probado que su expedición estuvo determinada e influida por la conducta ilícita de quien resulta favorecido con la situación subjetiva creada por aquél. Pero en todo caso, según se deduce de la preceptiva del art. 74 del C.C.A. se requiere que se adelante una actuación administrativa que garantice el debido proceso.

REVOCACION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO- Revocación acto de elección de Presidente del Concejo Distrital

DEBIDO PROCESO- Revocación acto de elección de Presidente del Concejo Distrital

DERECHO A SER ELEGIDO Y ACCEDER AL DESEMPEÑO DE CARGOS PUBLICOS- Revocación acto de elección de Presidente del Concejo Distrital

Referencia: Expediente T-211426

Acción de tutela instaurada por Uldis Arelis Pérez Maestre contra el Concejo del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre doce (12) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra y Eduardo Cifuentes Muñoz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA,

en el trámite de la revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Tercero Penal del circuito de Santa Marta y el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala de Decisión Penal, dentro de la acción de tutela instaurada por Uldis Arelis Pérez Maestre contra el Concejo del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos

1.1. Manifiesta la demandante que en la sesión ordinaria del 19 de octubre de 1998 de que da cuenta el acta N° 126 el Concejo del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta, se presentó, discutió y aprobó la proposición No. 159, por medio de la cual se citó a esa Corporación para la elección de la mesa directiva correspondiente, fijándose el día 27 del mismo mes y año para llevar a cabo dicho acto.

1.2. En sesión del 27 de octubre de 1998, según se expresa en el acta N° 131, el Concejo del Distrito de Santa Marta procedió a elegir su mesa directiva para el período comprendido entre el 1° de enero de 1999 y el 31 de diciembre del mismo año. En tal virtud, se eligió a la peticionaria como presidente de la Corporación, así como a otras personas para ocupar los cargos de primer vicepresidente, segundo vicepresidente y secretario general de dicha Corporación.

1.3. Posteriormente, en la sesión ordinaria del Concejo Distrital de Santa Marta del día 24 de noviembre de 1998 se aprobaron las proposiciones No. 188, 189, 190 y 191, que se encuentran contenidas en el acta N° 150, y se revocó la elección de los integrantes de la mesa directiva elegida el 27 de octubre de 1998.

1.4. En la misma sesión del Concejo, tal como consta en el acta No. 150 del 24 de noviembre de 1998, se aprobó la proposición N° 192 que fijó el día 3 de diciembre del mismo año para elegir una nueva mesa directiva, por el período legal comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1999.

2. Pretensión

La demandante impetra, como mecanismo transitorio, la tutela de sus derechos fundamentales al debido proceso, al libre desarrollo de la personalidad y a elegir y ser elegida, mientras se decide de fondo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instauró contra los actos del Concejo Distrital de Santa Marta, por medio de los cuales se eligió Presidente del Concejo a Orlando Cardiles Hernández y se revocó el acto de su elección como presidenta de dicha Corporación.

Justifica la demandante la pretensión de tutela como mecanismo transitorio, en la circunstancia de que ésta es el único instrumento eficaz que le permite amparar sus derechos y evitar un perjuicio irremediable. En efecto, expresa que la justicia contencioso administrativa resolvería el caso de fondo cuando el período para el cual fue elegida este muy avanzado o ya haya culminado y, en consecuencia, no podría desempeñar las funciones durante el período legal para el cual fue elegida.

Igualmente solicita que:

“1. Se suspenda la aplicación de lo establecido en las proposiciones contenidas en el acta N° 150 del 24 de noviembre de 1998, y los actos que se deriven de las mismas, es decir, de haber una segunda elección no se le dé posesión a los allí elegidos.”

“2. Se dé aplicación a lo contenido en el acta N° 131 del 27 de octubre de 1998 y se ordene a la corporación dar posesión a los elegidos en esa fecha, una vez termine el período de la mesa directiva actual, es decir, se ordene posesionar a los elegidos el 27 de octubre pasado, a más tardar el día dos (2) de enero de 1999, para lo cual la corporación debe reunirse por citación expresa del Alcalde, por lo tanto se ordene al Alcalde realizar los actos correspondientes para tal fin, por encontrarse el Concejo en receso.”

3. Sentencias objeto de revisión

3.1. Primera instancia

En sentencia del 16 de diciembre de 1998 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta resolvió negar la tutela impetrada, con fundamento en consideraciones que se pueden resumir de la siguiente manera:

- La accionante dispone de un medio de defensa judicial que goza de eficacia y casi de la misma celeridad que la acción de tutela, toda vez que por tratarse de un acto administrativo, es susceptible de pedir su nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, conjuntamente con esta petición la ley faculta a la accionante, para solicitar la suspensión provisional del referido acto administrativo, sobre la cual los jueces administrativos deben pronunciarse por mandato legal en un término muy breve, sin que ello incida en lo que se resuelva al final del proceso en cuanto a la petición de nulidad.

- La acción de tutela no es procedente, porque si de lo que se trata es de señalar si el procedimiento utilizado para revocar la elección del 27 de octubre de 1998 se ajusta a la ley, el juez de tutela no puede pronunciarse sobre ello, toda vez que invadiría la órbita propia asignada por competencia a la jurisdicción contencioso administrativa. Dentro de esta perspectiva expresa el juzgado:

“Realmente para este despacho, lo importante es señalar si esta disputa que se suscita al interior del Concejo Municipal de Santa Marta, en cuanto a los cargos directivos, puede o no resolverse mediante una acción de tutela, ya que en nuestro criterio, ésta es una situación que debe resolverse por la vía propia señalada en la ley para tal efecto, cual es, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debemos recordar que la misma naturaleza del hecho que se ha sometido a tutela, nos indica muy a las claras, que son los jueces de lo contencioso administrativo, los llamados a resolver esta situación, que se ha suscitado al interior del Honorable Concejo Municipal de Santa Marta, y mal puede el juez de tutela, señalar mediante un fallo, cual de estas dos elecciones, se ajusta a derecho cuando para ello existe una jurisdicción propia para declararlo, sin que ello se preste a duda alguna”.

- Ni siquiera es procedente la tutela como mecanismo transitorio, porque no se ha establecido en forma alguna el perjuicio irremediable que dice la actora se le ocasiona con la revocación de su elección. En efecto, señala el juzgado:

“Para esta agencia judicial, no está evidenciado dicho perjuicio irremediable en virtud, que de acuerdo con el sentir legal, los cargos directivos dentro de una Corporación Pública, como lo es el Concejo Municipal de Santa Marta, son eminentemente honoríficos, y son unas dignidades con las cuales se revisten a algunos miembros de estas corporaciones públicas, sin que ello signifique para dicha persona un desmedro o un aumento en su patrimonio económico, sólo se trata de una exaltación, que debe cumplir el miembro de la Corporación, de carácter honorario y honorífica”.

3.2. Impugnación

El fallo de primera instancia fue impugnado por la peticionaria, quien expone como motivos de su inconformidad con la decisión del juzgado el desconocimiento del sentido y alcance de su petición, toda vez que lo solicitado por ella es que se amparen sus derechos en forma transitoria para asegurar su goce oportuno y efectivo mientras se decide de fondo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre la demanda que instauró. No se trata, por consiguiente, de determinar cuál de las dos elecciones es la válida como erróneamente lo entendió el juzgado. Es así como anota en el respectivo escrito:

“El fundamento de mis pretensiones es precisamente el evitar se me vulneren mis derechos fundamentales, cuando se hace una revocatoria del acta del 27 de octubre, fecha en la cual fui elegida como Presidente de la Corporación para el periodo comprendido entre el 1 de enero a 31 de diciembre de 1998, y acudo a la justicia para que por medio de la acción de tutela, como mecanismo transitorio se me amparen mis derechos fundamentales y se evite me causen un daño irremediable, porque al acudir como en efecto debo hacerlo a la justicia ordinaria, ya el tiempo para el cual fue elegida, estaría agotado o en su defecto muy avanzado. Se hizo una revocatoria sin el lleno de los requisitos, desconociendo así el debido proceso, evitando que pueda demostrar mis facultades y desarrollar mi personalidad desde la presidencia del Concejo, violando igualmente el derecho a elegir y ser elegido”.

“Lo solicitado por mí en la acción de tutela no corresponde a lo apreciado por el señor juez, no he solicitado que se pronuncie ese despacho determinando cuál de las dos elecciones se ajusta a derecho, lo que se ha solicitado es que se amparen mis derechos fundamentales, teniendo en cuenta que al revocar una elección, lo cual es un derecho concreto y particular, se ha hecho sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley, y se causará un daño irremediable en la medida, que aun fallándose a favor la demanda que se instaure en las autoridades contencioso administrativa, no se puede recuperar el tiempo para el cual fui elegida....”

(...)

“No es cierto que por ser honoríficos los cargos a ocupar dentro de la mesa directiva de los Concejos, no se cause un daño irremediable, ya que al no permitir el desempeño de una persona cuando ya ha sido elegida como Presidente de la mesa directiva, se está coartando el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, sus capacidades se ven cercenadas, no tiene la posibilidad de desarrollar un cargo acorde con su trabajo, llevando así a un desconocimiento total de un derecho fundamental, además, es la forma como se quiere desconocer ese derecho particular y concreto, lo que hace que se viole el derecho al debido proceso, tal como quedó establecido en el escrito de tutela”.

“No ha sido una petición en la tutela que se declare cuál elección es la legal o no, a 30 de noviembre cuando se presentó la acción de tutela, no se había elegido una nueva mesa directiva, es allí donde estriba la equivocación del juez, lo que se ha solicitado es que se deje sin efecto la revocatoria que se hizo en forma indebida, con la cual se desconocen mis derechos fundamentales”.

“Es sólo mediante la adopción de medidas urgentes, esto es se deje sin efecto por el juez de tutela, la revocatoria realizada el 24 de noviembre, que se evita mientras el juez natural, falle de fondo, se vulneren mis derechos. De no procederse así, no cabe la menor duda, que precluye mi oportunidad de ejercer el cargo para el cual fui elegida, o puede cercenarse parte del tiempo que me corresponde ejercer, hasta que se produzca una decisión judicial...”

3.3. Segunda instancia

El Tribunal Superior de Santa Marta, Sala de Decisión Penal, mediante sentencia del 2 de marzo de 1999, revocó en todas sus partes el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad y, en su lugar, tuteló en forma transitoria los derechos al debido proceso, al libre desarrollo de la personalidad y al buen nombre de la demandante Uldis Arelis Pérez Maestre, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelve la controversia que originó la presente acción.

Fundamentó el Tribunal su decisión en las siguientes consideraciones:

- Fluye de las constancias acreditadas en este asunto que la revocación del mandato de la mesa directiva escogida el 27 de octubre de 1998, resulta a todas luces transgresora del artículo 29 de la Constitución, según el cual, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

- De otra parte, estima que la existencia de otro medio de defensa judicial no obsta para que se decrete el amparo transitorio, cuando se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Y dado que éste aparece inminente es procedente la vía invocada y deberá ordenarse que no se aplique el acto atacado respecto de la situación concreta; ello, porque la tutela debe concederse apenas de manera temporal y sus efectos permanecerán vigentes sólo durante el término que la autoridad judicial utilice para decidir de fondo la acción instaurada por el afectado.

- Señala además, que considerada la particular y específica situación en que se encuentra la solicitante, resulta conveniente recordar que aún en el supuesto de una declaración de suspensión provisional del acto demandado, dado el tiempo que de ordinario implica su adopción, más el que transcurriría debido a los recursos interpuestos, sus efectos se vendrían a observar ya transcurrida parte importante del período (un año), para el cual fueron elegidos los afectados, tornándose en esta forma el instrumento judicial del contencioso administrativo un tanto extendido y dilatado en su tramitación, lo que le restaría una clara idoneidad y eficacia a dicho mecanismo judicial.

- Finalmente sostuvo el Tribunal que “... en situaciones como la que ocupa la atención de la Sala donde tiene real significado y efectividad la tutela como instrumento idóneo de carácter perentorio e inmediato para que cesen las conductas abusivas y los atropellos que empezaron a fraguarse con la revocatoria del 24 de noviembre de 1998 contentiva de la proposición No. 192, sin que ello signifique, de otro lado, que la actora no pueda ni deba recurrir ante la jurisdicción ordinaria para obtener una solución definitiva al conflicto que ha venido soportando, como resultado de unas conductas desconocedoras de sus derechos y, si como aparece en el

expediente, la constancia de haberse impetrado la acción contenciosa administrativa, a ella debe estarse, supeditándose la tutela a guardar vigencia hasta cuando la decisión de la vía ordinaria se pronuncie en definitiva, o si antes de esa eventualidad se produce una suspensión provisional, a este pronunciamiento debe someterse la presente acción tutelar por ser de carácter subsidiario e introducida como mecanismo transitorio”.

4. Actuación procesal durante la revisión.

Mediante auto del 6 de julio de 1999, la Sala ordenó poner en conocimiento de Orlando Cardiles Hernández, quien fue elegido el 3 de diciembre de 1998 como Presidente del Concejo del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, tanto la demanda como las sentencias dictadas dentro de la presente acción, con el fin de que se pronunciara en relación con las pretensiones de la actora y con el problema jurídico que en ella se plantea.

En cumplimiento de lo anterior, Orlando Cardiles Hernández en escrito de fecha julio 15 del presente año se pronunció de la siguiente manera:

- En relación con la suspensión de la aplicación de las proposiciones contenidas en el acta No. 150 del 24 de noviembre de 1998 y los actos que se deriven de las mismas, manifestó:

“Es cierto que el legislador quiso acabar con la tan mentada o mencionada presidencia, de varios días y varias noches, al vaivén de las mayorías dentro del seno del Concejo Distrital con la ley 136 de 1994, artículo 28 con un período fijo de un año, pero para el caso que nos ocupa hubo una nueva mayoría política dentro del tiempo de sesiones ordinarias y dentro del período para elegir no habiéndose posesionado la junta directiva cuya revocatoria se produjo (lo subrayado es mío), por el vacío tanto en el reglamento como en la ley que no ordena dentro del último período, cuál es el día y la fecha para elegir nueva mesa directiva para el año próximo”.

- En cuanto al problema jurídico que plantea la tutela anotó:

Con relación a la presunta violación del art. 16 de la Constitución, considera que la interferencia de unas nuevas voluntades mayoritarias nacidas en el interior del Concejo Distrital no se puede entender como una violación a la citada disposición, porque de ser así, se entendería que las voluntades políticas de unas mayorías en el interior de los Concejos Municipales atenta contra la Constitución.

Tampoco se violó el art. 29 de la Constitución, porque no existe norma prohibitiva o lo que es lo mismo que le prohíba a la voluntad mayoritaria el no revocar sus actos, siempre y cuando esto no vaya contra la ley. Agrega, que se procedió dentro de las sesiones ordinarias del Concejo, se siguieron los procedimientos normales y legales que impone el reglamento del mismo, y el 24 de noviembre de 1998 se suscribió el acta N°150, por medio de la cual se revocó parte del acta N° 131 del 27 de octubre de 1998 y prorrogó por 10 días más la fijación de la fecha de la nueva elección de la Mesa Directiva, con fundamento en el art. 23 párrafo 1° de la Ley 136 de 1994.

Respecto del perjuicio irremediable alegado por la demandante, considera que toda vez que la posesión de Uldis Pérez Maestre nunca se dio, no se vislumbra por ninguna parte el mencionado perjuicio y expresa que es contrario a derecho pensarlo, como también es ostensible y claro que la vía de tutela no era procedente en este caso en especial, así como tampoco el juez de tutela es competente para inmiscuirse en asuntos que son propios de otra jurisdicción, como lo es la contenciosa administrativa, por cuanto es a ella a quien en el fondo le corresponde dirimir el conflicto jurídico suscitado con motivo de la elección de la mesa directiva del Concejo Distrital de Santa Marta.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Planteamiento del problema.

Impetra la demandante la protección de los aludidos derechos fundamentales, con el fin de que se suspendan transitoriamente las decisiones del Concejo Distrital de Santa Marta en virtud de las cuales se revocó el acto de su elección como presidenta de dicha Corporación y se eligió una nueva mesa directiva, mientras se decide de fondo sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que la actora instauró ante el Tribunal Administrativo del Magdalena contra los referidos actos.

Corresponde a la Corte determinar si no obstante existir en este caso un mecanismo alternativo de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que ya la demandante instauró ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, es procedente el amparo solicitado, en forma transitoria, para evitar un perjuicio irremediable.

2. Solución al problema planteado

2.1. La tutela como mecanismo transitorio es viable, como reiteradamente lo ha expresado la Corte, cuando en virtud de la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares se viola o amenaza vulnerar los derechos fundamentales de las personas y se requiere la adopción por el juez de tutela de medidas urgentes, impostergables y eficaces que aseguren la protección de éstos en forma inmediata, con la finalidad de asegurar su goce efectivo e impedir que se consuma un perjuicio irremediable¹, mientras la jurisdicción competente, a la cual le corresponde conocer de la solución del conflicto objeto de la acción correspondiente al medio alternativo de defensa judicial, adopta la decisión de fondo.

Significa lo anterior, que la tutela como mecanismo transitorio supone necesariamente que exista un mecanismo alternativo de defensa judicial, pero que haya la necesidad o la urgencia de proteger el derecho fundamental, mientras la autoridad judicial competente para resolver de fondo la controversia adopta la correspondiente decisión.

2.2. Los actos administrativos que la actora cuestiona son controlables por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.) ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es decir, que existe un medio alternativo de defensa judicial que es idóneo y eficaz para la defensa de los derechos que la demandante estima conculcados; en efecto, a través de esta acción la actora puede obtener la nulidad de los referidos actos y el consiguiente restablecimiento del derecho presuntamente lesionado con motivo de su expedición.

2.3. Procede la Sala a considerar si, no obstante la existencia del medio alternativo de defensa judicial, es viable conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En tal virtud, razona de la siguiente manera:

a) La decisión de revocar el acto de elección de la peticionaria de la tutela, adoptada en la sesión ordinaria del Concejo Distrital de Santa Marta del día 24 de noviembre de 1998 (acta 150), se fundamentó en las siguientes consideraciones:

“3. Que existe un evidente vacío en la ley y en el reglamento en cuanto a la fecha de elección del Presidente del Concejo para el segundo y tercer año de cada trienio constitucional, toda vez

¹ Sentencia T-225/93 Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

que el art. 28 de la ley 136 de 1994 se limita a señalar que ‘la mesa directiva de los concejos se compondrá de un presidente y dos vicepresidentes, elegidos separadamente para un periodo de un año’, sin que se pueda encontrar norma legal o reglamentaria vigente que precise la fecha cuando dicha elección deba llevarse a cabo”.

“4. Que a pesar del acto eleccionario, se modificaron las circunstancias de hecho que dieron origen al mismo a constituirse una nueva voluntad mayoritaria dentro de la Corporación para facilitar y garantizar la adopción de normas de bien común y los programas de desarrollo y ordenamiento que necesite la ciudad, este último hecho político o susceptible de revisión o recurso por y ante la jurisdicción administrativa”.

“5. Que la regla fundamental de la democracia política es la adopción de decisiones por parte de la voluntad mayoritaria de quienes intervengan en la misma, la mayoría del pueblo soberano en caso de elecciones nacionales, y la mayoría de los miembros cuando se trate de Corporaciones como el Concejo distrital, principio que es ratificado por el art. 30 de la ley 136/94”.

“6. Que el art. 6 de la Constitución Política de Colombia establece y es de este tenor: ‘Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.’”

“7. Que por otra parte el Decreto-ley 1333 de 1986, art. 127 consagra la facultad expresa para que los Concejos Municipales o Distritales puedan revocar nombramientos que no se hubieren comunicado, como evidentemente ha ocurrido en el presente evento, tal como lo certifica la Secretaría General del Concejo, mediante oficio de fecha noviembre 20 de 1998, dirigido a un Honorable Concejal de este Distrito, en donde se hace constar lo siguiente: “..le informo que revisados los archivos de esta Corporación no existe ni reposa en los mismos, documento u oficio alguno donde figure comunicación sobre designación de dignatarios de mesa directiva y secretario general de la Corporación, durante los meses de octubre y noviembre del presente año”.

“8. Que a pesar del acto eleccionario anotado, resulta evidente que no se ha cumplido con las exigencias complementarias para la firmeza del acto anotado a que se refieren los arts. 28, 35, 36 y 49 de la ley 136 de 1994, entre otros, siendo claramente indicativo de que la Honorable Concejal que aparece elegida Presidenta del Concejo en el acta a que se refiere el título de esta proposición, aún no le ha sido comunicado, ni se ha juramentado y tomado posesión del ejercicio de sus funciones”.

“9. Que la función de Presidente del Concejo Distrital no constituye un destino remunerado, sino una responsabilidad, no siendo susceptible dicha elección de crear o modificar un derecho particular o concreto, para cuya modificación se requeriría la aceptación de quien presuntamente resultare afectado”.

“10. Que vistas las anteriores circunstancias esta Corporación estima que no se ha integrado totalmente la voluntad mayoritaria del Concejo Distrital, ni se han cumplido las formalidades que la ley exige para el desempeño del cargo, ni se ha iniciado el periodo de un (1) año a que se refiere el art. 28 de la ley 136/94, constituyéndose el acto de elección en un acto imperfecto, susceptible de su revocatoria por expresa voluntad de la mayoría de los miembros de la Corporación”.

b) En la sentencia T-347/94² la Sala Segunda de Revisión se refirió a la institución de la revocación directa en los siguientes términos:

“Uno de los caracteres propios del acto administrativo es su revocabilidad, que se traduce en la potestad de la administración para revisar y volver a decidir sobre las cuestiones o asuntos sobre los cuales ha adoptado una decisión invocando razones de legalidad o legitimidad, con miras asegurar el principio de legalidad, o la oportunidad, el mérito o conveniencia de la medida que garanticen la satisfacción y prevalencia del interés público o social”.

“Según la legislación que nos rige, los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que lo hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a petición de parte, cuando se den las causales previstas en el art. 69 del C.C.A. esto es, por razones de legitimidad o legalidad -oposición con la Constitución o la ley o por razones de mérito o conveniencia- cuando no estén conforme con el interés público social o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”.

“Cuando se trate de actos de contenido general es admisible su revocabilidad por la administración, sin ninguna limitación, mediante la invocación de las aludidas causales. En cambio, los actos administrativos que reconocen un derecho subjetivo o una situación jurídica particular y concreta en favor de una persona no son revocables sino con el consentimiento escrito y expreso del titular del derecho. (art. 73 inciso 1 del C.C.A.)”.

“Razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo”.

“Es cierto que según el inciso 2o. del art. 73 en referencia es posible la revocación de los actos administrativos de contenido subjetivo o particular y concreto “cuando resulten del silencio positivo, si se dan las causales previstas en el art. 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”; pero esta norma debe ser entendida en el sentido de que hace alusión exclusivamente al llamado acto presunto, producto del silencio administrativo positivo, que ha reconocido una situación jurídica particular o un derecho subjetivo a una persona”.

“Dicho de otra manera, los actos administrativos expresos expedidos por la administración que reconocen un derecho subjetivo no son revocables por ésta sino en los términos ya indicados (arts. 73, inciso 1 del C.C.A.). En tal virtud cuando la administración observe que un acto de esta naturaleza es contrario a la Constitución o la ley debe proceder a demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 149 inciso 1 del C.C.A.), pero no podrá revocarlo directamente”.

c) Posteriormente en la sentencia T-441/98³ la misma Sala de Revisión dijo:

“2.2. Los criterios expuestos en la citada sentencia fueron complementados y precisados en la sentencia T-639/96⁴, en la cual se admitió la posibilidad de la revocación directa de los actos administrativos expedidos como consecuencia de la comisión de hechos manifies-

² Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

³ Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

tamente fraudulentos y por consiguiente delictuosos, pero con la condición de que se observe para dicha revocación el debido proceso.”

d) En síntesis, la posibilidad de la revocación directa de los actos de carácter particular y concreto o subjetivos sólo es posible en las siguientes circunstancias: i) cuando media el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular; ii) cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo; iii) si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales; iv) y en general, cuando sea necesaria la revocación para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

En el evento en que el acto haya ocurrido por medios ilegales se requiere, como lo ha admitido esta Corte, que se encuentre debidamente probado que su expedición estuvo determinada e influida por la conducta ilícita de quien resulta favorecido con la situación subjetiva creada por aquél. Pero en todo caso, según se deduce de la preceptiva del art. 74 del C.C.A. se requiere que se adelante una actuación administrativa que garantice el debido proceso.

2.4. A juicio de la Sala el acto de revocación de la elección de la actora se adoptó ilegítimamente, por las siguientes razones:

- En cuanto a los motivos invocados, estima que ellos no se encuentran debidamente fundados ni justificados. En efecto:

Es un hecho que la actora fue elegida como presidente para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1999, en razón de que la mencionada Corporación consideró, según su prudente juicio e interpretando la normatividad vigente, que la elección podía hacerse en la forma y bajo las condiciones en que se llevó a cabo. Por consiguiente, no es posible ahora cuando se ha generado una situación subjetiva favorable a aquélla que se aduzca presuntos vacíos en la ley y en el reglamento “en cuanto a la fecha de elección del presidente del concejo para el 2º y 3º año de cada trienio constitucional”.

La modificación de la mayoría política en el Concejo tampoco es motivo para realizar la revocación de la elección, pues, por la misma razón anotada, se impone el respeto por la intangibilidad del acto de elección.

No se puede invocar el art. 30 de la Ley 136 de 1994 como fundamento para la revocación del nombramiento, pues la norma alude simplemente a las mayorías que se deben tener en cuenta para adoptar las decisiones, y es un hecho incuestionable que la demandante fue elegida por la mayoría de los asistentes del 27 de octubre de 1998.

No se justifica la revocación de la elección de la actora con fundamento en el art. 127 del decreto Ley 1333/86, porque si bien esta norma expresa que no se pueden revocar los nombramientos ya comunicados y, por lo tanto, pueden ser objeto de revocación los no notificados, es un hecho evidente que el acto de elección de la actora se le dio a conocer a ésta dentro de la misma sesión en que ésta tuvo lugar.

En cuanto a que se justifica la revocación del acto de elección, con fundamento en lo previsto en los artículos 28, 35, 36 y 49 de la Ley 136/94, por no haberse comunicado la elección ni haber tomado posesión como presidenta de la Corporación la Sala anota:

El artículo 28 simplemente se refiere a la composición de las mesas directivas de los Concejos, al periodo de éstas que es de un año, y a la participación de las minorías.

El artículo 35 se refiere a la oportunidad para la elección de los funcionarios de los concejos. No alude esta norma, por ende, a la elección de la mesa directiva de estas corporaciones; fue así como el Concejo Distrital de Santa Marta estimó que la elección podía hacerse en la oportunidad en que se realizó.

El artículo 36 se refiere al término que tienen los funcionarios elegidos por los concejos para posesionarse y aun cuando podría aplicarse analógicamente para efectos de determinar la oportunidad en que debe ocurrir la posesión del presidente, la cual debe hacerse con las formalidades que prescribe el artículo 49, observa la Sala que su posesión sólo puede llevarse a cabo una vez se venza el periodo de quienes venían desempeñando los respectivos cargos. En este orden de ideas, mal podía la actora posesionarse de sus funciones como presidenta del Concejo cuando aún no había vencido el periodo del presidente a quien debía remplazar. Dicho de otra manera, no era posible que la actora pudiera posesionarse y entrar a ejercer de inmediato las funciones de un cargo o dignidad que no se encontraba vacante.

No comparte la Sala la aseveración que hace el Concejo en el sentido de que la elección de la peticionaria “no constituye un destino remunerado sino una responsabilidad”, que no crea un derecho particular y concreto, siendo, en consecuencia, posible la revocación sin obtener su consentimiento, porque el artículo 73 del C.C.A. protege con la irrevocabilidad no sólo los derechos, sino las situaciones jurídicas individuales o subjetivas, que pueden asumir diferentes modalidades, esto es, el reconocimiento de intereses de diversa índole que, en estricto sentido, no configuren propiamente derechos.

2.5. La decisión del Concejo Distrital de Santa Marta que eligió como su Presidente a la actora, creó a favor de ésta una situación jurídica subjetiva y concreta que la habilitaba para desempeñar las funciones propias de la dignidad que se le otorgó, por el periodo de un año, comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1999.

La situación jurídica favorable originada en el acto de elección no podía ser desconocida por la referida Corporación, a su arbitrio, porque tratándose de un acto que generaba un derecho o un interés protegido en beneficio de la actora, sólo podía ser revocado con invocación de las causales de revocación y los requisitos y procedimientos que exige la ley para el retiro del ámbito jurídico de un acto de esta naturaleza.

Al examinar la decisión del Concejo Distrital de Santa Marta que revocó el mencionado acto, observa la Sala:

Que las causales que se invocan como revocación no se subsumen dentro de las previstas en el artículo 69 del C.C.A. para justificar la revocación de un acto administrativo.

Que el acto de elección no podía ser revocado, sino con el consentimiento expreso y escrito de la accionante, como titular del referido derecho o interés, pues su situación no encajaba dentro de ninguna de las previsiones establecidas en los incisos segundo y tercero del artículo 73 del C.C.A. para la revocación de los actos administrativos. Por lo tanto, el referido acto sólo podía ser excluido del mundo jurídico por decisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con base en la demanda que de su propio acto instaurara la administración.

2.6. Si bien la Corte ha analizado el caso concreto bajo la perspectiva legal, en cuanto a la posibilidad de que el acto de elección de la actora como Presidenta del Concejo Distrital de Santa

Marta pudiera ser revocado directamente, la decisión de la Sala tiene indudablemente un fundamento constitucional en lo siguiente:

- En que a la demandante se le desconoció el derecho al debido proceso al haberse producido ilegítima e irregularmente la revocación del mencionado acto, cuando lo procedente, era acudir al trámite de un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de demanda que debía instaurar la propia administración.

- En la violación de su derecho a ser elegida y a acceder al desempeño de funciones públicas.

Los principios constitucionales relativos a la efectividad de los derechos, a la garantía de éstos, a la buena fe en las actuaciones y decisiones de la administración, a la responsabilidad de ésta y a la seguridad jurídica, entre otros, que son connaturales al Estado Constitucional Social de Derecho, justifican y legitiman el respeto por la estabilidad de los actos que expiden las autoridades, los cuales sólo pueden ser invalidados por los medios regulares institucionalizados en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, los derechos de la demandante a ser elegida y a acceder al desempeño de funciones públicas, implicaba necesariamente el de permanecer en el ejercicio de éstas, mientras no se retirara el acto o se invalidara a través de la utilización de los referidos medios.

Por lo demás, razones del buen servicio administrativo, fundadas en los principios relativos a la necesidad de dar satisfacción de los intereses generales, de igualdad, eficacia e imparcialidad, que rigen la función administrativa, determinan que la conformación de las mesas directivas de los concejos municipales y distritales se mantengan estables durante el periodo respectivo, pues el cambio de éstas sin motivo legítimo impide o por lo menos dificulta el adecuado funcionamiento de estos cuerpos colegiados y les resta credibilidad a sus actuaciones frente a la comunidad.

2.7. En conclusión, por estimar la Sala que a la demandante se le violaron los derechos fundamentales al debido proceso, a ser elegida y a acceder al desempeño de funciones públicas se confirmará la sentencia de segunda instancia que concedió la tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, con la modificación de que únicamente se tutelan los referidos derechos.

Encuentra la Sala acertado el razonamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala de Decisión Penal, en cuanto encontró acreditado el perjuicio irremediable, pues el goce efectivo de los referidos derechos fundamentales, violados por el Concejo, exige de una decisión que los proteja en forma inmediata, de modo que se garantice a la demandante que, mientras se falla la demanda contencioso administrativa que instauró, pueda desempeñar sus funciones como presidenta de dicha Corporación.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala de Decisión Penal, que concedió, como mecanismo transitorio, la tutela impetrada por Uldis Arelis Pérez Maestre, con la modificación de que únicamente se tutelan los derechos al debido proceso, a ser elegida, y a acceder al desempeño de funciones públicas.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

T-759/99

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-780

octubre 12 de 1999

DERECHO A LA EDUCACION- Fundamental

DERECHO A LA EDUCACION- Función social

DERECHO A LA EDUCACION- Presupuesto básico para la efectividad de otros derechos

LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO- Definición y límites

LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Definición

LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Relación y acción del Estado para garantizar realización

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EDUCATIVAS- Alcance

DERECHO A LA EDUCACION- Proyección en ámbitos de interés social

El derecho a la educación tiene una amplia proyección en ámbitos de interés social, pues comprende el desarrollo de principios y valores constitucionales, toda vez que se erige en canal de acceso a la formación ciudadana dentro de parámetros de participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, permite realizar los principios básicos de un Estado social de derecho, como el pluralismo, la tolerancia, el respeto a la dignidad humana y desarrollar una cultura alrededor de los valores que alimentan la democracia y, además, se instituye en un instrumento apto para formar a las colombianas y colombianos en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo y la recreación.

EDUCACION- Elemento esencial del desarrollo humano

La educación debe ser reconocida como elemento esencial del desarrollo humano, pues “su ejercicio es uno de los elementos indispensables para adquirir las herramientas que permitan al ser humano desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información” y, como consecuencia de esto, representa un objetivo de especial atención del Estado, partiendo de su naturaleza de fundamental dentro del patrimonio de las personas y de su prestación como servicio público revestido de una función social.

DERECHO A LA EDUCACION- Atención preferencial

La educación debe constituir materia de una política pública integral y consistente, y propósito de la actuación concreta y positiva a cargo de los organismos del Estado, en virtud

de lo cual, tanto el legislador como el gobierno están obligados a concederle una “atención preferencial para la satisfacción de las demandas de la población enderezadas a hacer efectivo el derecho a la educación”, ello es indispensable para dar una estructura presupuestal en la cual se oriente prioritariamente el gasto social, con el fin de superar las deficiencias en su prestación. La “atención preferencial” deberá satisfacer el núcleo esencial; en consecuencia, el Estado ha de suministrar las garantías y medios necesarios para que cada persona tenga derecho a acceder a un establecimiento educativo y, de no ser posible, por lo menos a un sistema que le permita una adecuada formación, así como a permanecer en el mismo. No se puede ignorar la existencia de condicionamientos a la satisfacción plena del derecho a la educación y que pueden estar sustentados, de un lado, en las condiciones materiales del Estado colombiano, como serían “las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen (limitación material)” y, de otro, “por los requerimientos académicos y administrativos (limitación técnica) que éstas reclaman de quienes pretenden acceder a sus aulas”, dado que el cumplimiento de las responsabilidades académicas que les caben a los educandos, son resultado de la condición de derecho-deber que tiene el derecho a la educación.

DERECHO ALA SUSTITUCION PENSIONAL- Alcance

DERECHO ALA SUSTITUCION PENSIONAL- Carácter fundamental

DERECHO ALA SUSTITUCION PENSIONAL- Finalidad

El derecho a la sustitución pensional se orienta al propósito de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión de jubilación o tenía derecho a su reconocimiento, una vez producido el fallecimiento de ésta y mientras dure la condición que le impide proveerse de propios ingresos, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa.

DERECHO ALA SUSTITUCION PENSIONAL POR ESTUDIOS- Protección

La protección especial estatal predicable del derecho a la sustitución pensional por estudios, tiene su razón de ser en el estado de debilidad manifiesta que presenta la persona que hasta ahora ostenta la calidad de estudiante, por cuanto es indudable su estado de indefensión cuando apenas transita por el camino de la formación educativa, en aras de acceder a un conocimiento que le permita valerse por sí misma, a través de la capacitación para ejercer una profesión u oficio y alcanzar un desarrollo humano integral, con la posibilidad de desenvolverse autónomamente en el campo laboral, personal y social. El Estado frente a esas condiciones y a través de sus distintos órganos, debe realizar un acondicionamiento general de garantías respecto de la debilidad que muestra ese grupo de ciudadanos, para lo cual habrá de desechar las restricciones que impidan la realización del derecho a la educación y de los demás derechos que con la sustitución pensional se protegen y que, por el contrario, agraven la situación de inferioridad.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL POR ESTUDIOS- Cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SUSTITUCION PENSIONAL POR ESTUDIOS- Alcance de la limitación señalada como cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL POR ESTUDIOS- Intensidad de medida limitativa que restringe principios y derechos constitucionales

INAPLICACION DE DECRETO REGLAMENTARIO- Incompatibilidad con principios y derechos constitucionales

Referencia: Expediente T-226.658

Acción de tutela instaurada por Dolores Elena Acosta Parejo contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Santa Fe de Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Catorce Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Dolores Elena Acosta Parejo contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

A la ciudadana Dolores Elena Acosta Parejo, la División de Prestaciones Económicas del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución No. 1566 del 8 de mayo de 1996, modificada por la Resolución No. 893 del 8 de mayo de 1997, le reconoce el derecho de sustitución pensional, con ocasión del fallecimiento de su padre, Orlando Acosta Melo, y por haber acreditado la condición de estudiante incapacitada para trabajar por razón de la misma.

Durante el primer semestre de 1997, la accionante cursa estudios de Análisis y Programación de Computadores, en el Centro de Estudios Técnicos UNITEC de la ciudad de Santa Marta y, posteriormente, en el segundo semestre de ese mismo año inicia los de Ingeniería de Sistemas, en la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior, de esa misma ciudad.

Mediante oficio DPE-0902 del 3 de abril de 1998, suscrito por la Jefe de la División de Prestaciones Económicas del Fondo accionado, se le suspende el pago de la sustitución pensional por haberse evidenciado un cambio de carrera, con fundamento en el artículo 16 del Decreto 1160 de 1989 que establece que *"...el cambio de carrera o profesión por razones distintas a salud harán perder el derecho a la sustitución pensional"*.

Con base en lo anterior, la actora al instaurar la acción de tutela contra el mencionado Fondo, por estimar vulnerado su derecho a la educación, manifiesta que la causal invocada no está configurada, pues el traslado de Análisis y Programación de Computadores a Ingeniería de Sistemas no representa un cambio de carrera o profesión, en la medida en que constituyen estudios afines dentro de una misma área, sólo que los primeros estudios son de nivel tecnológico y los segundos de nivel profesional, situación que, en su criterio, no debería dirimir la entidad accionada, como en efecto lo ha hecho a través de una interpretación aislada y contraria a la Constitución.

Por último, la demandante señala que se trata de una persona huérfana sin recursos económicos ni trabajo, que sólo cuenta con la ayuda de una tía pensionada con muy pocos medios de subsistencia; por lo tanto, solicita un amparo transitorio del derecho invocado como vulnerado, con la respectiva orden de reanudación de pago de las mesadas pensionales, así como de las dejadas de percibir para poder así culminar su carrera.

2. Sentencia objeto de revisión

El Juez Catorce Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 10 de mayo de 1999, deniega el amparo solicitado por la actora, por considerar que la protección del derecho amenazado o vulnerado por la revocatoria del derecho de sustitución pensional, es un asunto de la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la anterior providencia proferida por el juez de tutela, dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del auto de fecha 12 de julio de 1999, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Siete de esta Corporación.

2. La materia a examinar

Como se deduce de los hechos antes relatados, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia suspendió el pago de las mesadas pensionales que la actora venía devengando con ocasión de la sustitución pensional por estudios obtenida en virtud de la muerte de su padre, una vez comprobado, por el Fondo, que la accionante realizó un cambio de carrera o profesión, al igual que de entidad educativa.

La anterior decisión fue motivada por la jefe de la División de Prestaciones Económicas del referido Fondo, de la siguiente manera:

“Lo anterior obedece a que según certificación expedida por el Centro de Estudios Técnicos “UNITEC” usted cursaba en ese claustro estudiantil primer semestre de al carrera de Análisis y Programación de Computadores, en el año inmediatamente anterior.

Que de acuerdo a la constancia de estudio expedida por la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior anexa a su nueva solicitud, se establece que usted se encuentra matriculado para el primer período de 1998 en la carrera de Ingeniería de Sistemas.

Que por las precedentes circunstancias y al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto reglamentario 1160 de 1989 el cambio de carrera o profesión por razones distintas a salud, hará perder el derecho a la sustitución.

Por lo anterior sírvase aclararnos esta situación en el menor tiempo posible o de lo contrario el derecho se extinguirá.”

Sobre el particular, la actora considera que se le ha aplicado una sanción sin estar incurso en la respectiva causal que la origina y en su defensa alega que no ha dado lugar a un cambio de carrera o profesión, sino un traslado entre niveles de estudios dentro de una misma área.

En consecuencia, la revisión del fallo de tutela que denegó el respectivo amparo por considerar que existe otro medio judicial de defensa para resolver sobre el derecho reclamado, debe detenerse a analizar los efectos que en el derecho a la educación de la actora se producen con la limitación impuesta al derecho prestacional por sustitución pensional del cual venía disfrutando, como resultado de la aplicación del Decreto 1160 de 1989, y si con ello se configura un desconocimiento de la garantía constitucional con que cuenta ese derecho fundamental y, eventualmente, un exceso que demande el ejercicio del respectivo control constitucional por la vía de la acción de tutela.

3. Naturaleza, alcances y condicionamientos del derecho a la educación, y su estrecha relación con la realización de otros derechos fundamentales como la libertad de escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad

Para el estudio que la Sala se propone adelantar, se hace necesario formular algunas consideraciones acerca de la naturaleza, alcances y condicionamientos del derecho a la educación bajo la actual perspectiva constitucional y, de conformidad, con el desarrollo jurisprudencial proferido al respecto.

En ese orden de ideas, se tiene que el derecho a la educación, como derecho esencial e inherente a los seres humanos y elemento dignificador de la persona humana, presenta carácter de fundamental en la Constitución Política de 1991 y constituye el medio a través del cual se garantiza el acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y los demás bienes y valores de la cultura. De este derecho son responsables el Estado, la comunidad y la familia, se presta en la forma de un servicio público con función social, bajo la inspección y vigilancia estatal, con el propósito de asegurar su calidad, fines, así como la más óptima formación moral, intelectual y física de los educandos hacia su desarrollo humano (C.P., art. 67).

El derecho a la educación presenta como elementos esenciales, los siguientes:

“En efecto, el derecho a la educación debe entenderse como factor de desarrollo humano, su ejercicio es uno de los elementos indispensables para que el ser humano adquiera herramientas que le permitan en forma eficaz desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información que existe a su alrededor y ampliar sus conocimientos a medida que se desarrolla como individuo; es por ello que la educación cumple una función social que hace que dicha garantía se considere como un derecho deber que genera para las partes del proceso educativo obligaciones recíprocas de las que no pueden sustraerse porque realizan su núcleo esencial.” (Sentencia T-452 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Las anteriores características dan lugar a una connotación especial al derecho a la educación, de orden filosófico, que irradia la estructura normativa constitucional, de la manera que se destaca a continuación:

“Es por ello que si hay un derecho que ilumine todo el texto constitucional es el de la educación. En efecto, ya desde el propio preámbulo (sobre cuya eficacia ya se pronunció esta Corporación en Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992 MP Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo) se reconoce al “conocimiento” como uno de los fines del Estado. Asimismo si pasamos revista del cuerpo normativo, encontramos entre otras las siguientes disposiciones que se refieren al tema: el deber estatal de “promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente...” (CP art. 70); la educación como derecho prestacional (art. 67 Superior); el “*prius*” tratándose de los niños (art. 44 *eiusdem*), como una necesidad insatisfecha que merece especial

atención por el Estado dentro su finalidad social (art. 366 *ibídem*) y la destinación constitucional del situado fiscal en primer lugar a la educación (art. 356 CP).

“Con fundamento en este marco normativo, que como ha dicho esta Corporación siguiendo al profesor italiano Alessandro Pizzorusso constituye lo que puede llamarse la “constitución cultural”, la jurisprudencia constitucional desde sus primeros fallos le reconoció a la educación su carácter de derecho fundamental¹, cuyo núcleo esencial estriba no sólo en la garantía de acceso sino también en la permanencia.” (Sentencia T-331 de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Se resalta y agrega, frente a los anteriores señalamientos que la vigencia del derecho a la educación dentro del ordenamiento superior, constituye un presupuesto básico de la efectividad de otros derechos, principios y valores constitucionalmente reconocidos.

Así, es indudable la injerencia que el derecho a la educación proyecta en los derechos del ser humano relativos a la escogencia de una profesión u oficio, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de oportunidades en materia educativa.

En efecto, el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio (C.P., art. 26), como lo ha manifestado esta Corporación, “*consiste en esencia en la posibilidad de optar sin coacciones ni presiones por la actividad lícita, profesional o no, a la que habrá de dedicarse la persona teniendo en cuenta su vocación, capacidades, tendencias y perspectivas*”². El mismo presenta una naturaleza subjetiva y no tiene un carácter absoluto, ya que puede estar sujeto a ciertos requisitos legales³ acerca de “*la obligación de competencia o habilitación requeridas de acuerdo con cada actividad*”⁴.

Su ejercicio guarda estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16), el cual comprende “*la autonomía de cada uno para realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios, trazando a su propia existencia en los variados aspectos de la misma las directrices que mejor le convengan y agraden en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo, ni se opongan al orden jurídico*”⁵.

La Corte sobre la íntima relación que existe entre esos derechos y la acción que debe desplegar el Estado para garantizar su realización, ha señalado lo siguiente:

“La categoría jurídica de la libertad de escoger o elegir libremente la profesión, el arte, la ocupación o el oficio, que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, emana de la libertad general de actuar y constituye una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Nadie puede imponer a una persona el ejercicio de una ocupación habitual, ni impedirle el desarrollo de la actividad laboral que corresponda a sus conocimientos o a sus dotes.(...) No obstante, es importante anotar que el derecho mencionado no existe ni subsiste por sí solo, sino que conlleva una obligación correlativa por parte del Estado, cual es la de crear

¹ Corte Constitucional. Sentencias T 002, T 009, T 015, T 402 y T 420 de 1992, T 092 y T 467 de 1994 entre otras.

² Sentencia T-624/95, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³ Sentencia T-308/95, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Sentencia T-610/92, Magistrado Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵ Sentencia T-624/95, antes citada.

los mecanismos y las condiciones que hagan factible el libre ejercicio del derecho, pues de nada valdría tener el derecho si no puede hacerse efectivo su goce y ejercicio. Por ello, el Estado debe desarrollar los medios que hagan realizable su práctica.” (Sentencia T-106 de 1993, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

En cuanto al derecho a la igualdad de las personas, la educación presenta una clara injerencia en su efectividad, pues en el sentido indicado por la doctrina constitucional, el acceso a similares posibilidades educativas se traducirá, necesariamente, en oportunidades comparables de evolución integral de tipo personal⁶, cuyos alcances a continuación se resaltan:

“...la igualdad de oportunidades educativas supone que cada cual tenga la posibilidad de satisfacer los deseos de recibir una educación compatible con sus capacidades a fin de lograr la preparación más adecuada para alcanzar las metas que cada ser humano se proponga en una sociedad determinada por la competencia creciente -y a veces despiadada- en la cual el éxito material y deslumbrante termina por desplazar elementales exigencias de solidaridad, como la búsqueda de un sentido en el apuramiento para vivir una existencia digna del hombre.

Explicada así la naturaleza propia de la igualdad de oportunidades en el ámbito de la educación y comprometido como se halla el Estado colombiano a promover las condiciones para que ella sea real y efectiva, esta Corte rechaza en la forma más categórica prácticas cuyo efecto concreto -querido o no- sea la construcción de barreras que desde un comienzo hagan nugatoria dicha igualdad y la integración social, o propicien discriminaciones por razón de raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica o condición económica. Porque todas estas formas de discriminación vulneran abiertamente el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991”. (Sentencia T-064 de 1993, M.P., Dr. Ciro Angarita Barón).

De otra parte, el derecho a la educación tiene una amplia proyección en ámbitos de interés social, pues comprende el desarrollo de principios y valores constitucionales, toda vez que se erige en canal de acceso a la formación ciudadana dentro de parámetros de participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, permite realizar los principios básicos de un Estado social de derecho, como el pluralismo, la tolerancia, el respeto a la dignidad humana y desarrollar una cultura alrededor de los valores que alimentan la democracia y, además, se instituye en un instrumento apto para formar a las colombianas y colombianos en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo y la recreación (C.P., arts. 1o., 2o. y 67).⁷

Los anteriores presupuestos permiten aseverar que la educación debe ser reconocida como elemento esencial del desarrollo humano, pues “su ejercicio es uno de los elementos indispensables para adquirir las herramientas que permitan al ser humano desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información”⁸ y, como consecuencia de esto, representa un objetivo de especial atención del Estado, partiendo de su naturaleza de fundamental dentro del patrimonio de las personas y de su prestación como servicio público revestido de una función social.

⁶ Ver las Sentencias T-002/92, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero y T-329/97, Magistrado Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁷ Ver la Sentencia T-672/98, Magistrado Ponente. Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁸ Sentencia T-239/98, Magistrado Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz.

A partir de la consideración de esa primera característica, es decir de su naturaleza de *ius fundamental*, el derecho a la educación cuenta con los medios necesarios para obtener una protección especial estatal; dentro de ellos la acción de tutela adquiere prevalencia para exigir en forma inmediata su garantía frente al Estado, al igual que ante los particulares que presten ese servicio público, con el propósito de “...neutralizar aquellas acciones y omisiones que comporten la negación de las prerrogativas en que consiste el derecho”⁹.

Igual predicamento resulta aplicable en relación con los derechos que guardan estrecho vínculo con el derecho a la educación y que comparten su mismo *status* constitucional, como sucede con los derechos ya enunciados, reconocidos en los artículos 26, 16 y 13 superiores.

Así mismo, derivado de la segunda condición aludida del derecho a la educación, la prestación del mismo como servicio público, se debe evidenciar como una actividad con la cual se pretenda satisfacer de manera continua, permanente y en términos de igualdad, las necesidades educativas de la sociedad, de manera directa por el Estado o mediante el concurso de los particulares, con su vigilancia y control¹⁰.

Lo anterior implica que la educación deba constituir materia de una política pública integral y consistente, y propósito de la actuación concreta y positiva a cargo de los organismos del Estado, en virtud de lo cual, tanto el legislador como el gobierno están obligados a concederle una “atención preferencial para la satisfacción de las demandas de la población enderezadas a hacer efectivo el derecho a la educación”¹¹, ello es indispensable para dar una estructura presupuestal en la cual se oriente prioritariamente el gasto social, con el fin de superar las deficiencias en su prestación (C.P., art. 366)¹².

Es del caso señalar que la “atención preferencial” deberá satisfacer el núcleo esencial; en consecuencia, el Estado ha de suministrar las garantías y medios necesarios para que cada persona tenga derecho a acceder a un establecimiento educativo y, de no ser posible, por lo menos a un sistema que le permita una adecuada formación¹³, así como a permanecer en el mismo.

Por último, no se puede ignorar la existencia de condicionamientos a la satisfacción plena del derecho a la educación y que pueden estar sustentados, de un lado, en las condiciones materiales del Estado colombiano, como serían “las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen (limitación material)” y, de otro, “por los requerimientos académicos y administrativos (limitación técnica) que éstas reclaman de quienes pretenden acceder a sus aulas”, dado que el cumplimiento de las responsabilidades académicas que les caben a los educandos, son resultado de la condición de derecho-deber que tiene el derecho a la educación.¹⁴

⁹ Sentencia T-329/97, Magistrado Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁰ Ver la Sentencia T-078/96, Magistrado Ponente. Dr. Hernando Herrera Vergara.

¹¹ *Idem*.

¹² Ver la Sentencia T-236/94, Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

¹³ Ver la Sentencia T-534/97, Magistrado Ponente. Dr. Jorge Arango Mejía.

¹⁴ Ver las Sentencias T-186/93 y T-373/96.

4. Garantía del derecho a la educación a través del régimen de sustitución pensional por estudios

El régimen de la sustitución pensional constituye una garantía del derecho a la educación y de otros derechos conexos a éste. Al respecto, es pertinente traer a colación según ha precisado esta Corporación algunos apartes de la sentencia T-190 de 1993¹⁵, mediante la cual se definió el contenido y alcances de ese derecho prestacional:

“La sustitución pensional, de otra parte, es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, párrafo 1º). La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”

La Corte ahondó en este asunto y estableció que el derecho a sustitución pensional es fundamental y configura un medio de garantía de otros derechos y valores con claro reconocimiento constitucional:

“Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable; la transmisión en el sector privado fue reglada por la Ley 33 de 1973 artículo 1º. Teniendo como antecedentes el Código Sustantivo del Trabajo art. 275, Ley 171 de 1961 art. 12, Ley 5º de 1969 art. 1º, Decreto 435 de 1971 art. 15 y la Ley 10 de 1972 art. 10. En la Ley 100 de 1993 a esta situación se le da el calificativo de PENSION DE SOBREVIVIENTES (artículo 46 a 49). Se ratifica que a ella tiene derecho en forma vitalicia el cónyuge supérstite y se aclara que además son beneficiarios los hijos menores de 18 años y hasta los 25 siempre que estén incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez (art. 47-b)

Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial.(...) (Subraya la Sala de la Sentencia T-173 de 1994, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Como corolario de lo antes reseñado, se tiene que el derecho a la sustitución pensional se orienta al propósito de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión de jubilación o tenía derecho a su reconocimiento, una vez producido el fallecimiento de ésta y mientras dure la condición que le impide proveerse de propios ingresos, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa.

¹⁵ Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Dentro de las condiciones establecidas legalmente para su reconocimiento, se exige la demostración de la calidad de estudiante; de este modo, el criterio definido en el sentido expuesto en la anterior cita jurisprudencial, permite señalar que el derecho a la educación configura, igualmente, un valor tutelable del derecho prestacional a la sustitución pensional, situación que parte del cumplimiento de un fin esencial del Estado, como es el de asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2o.) y del principio de igualdad (C.P., art. 13) en el intento de favorecer a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad por la *“involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo o protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2 y 3 del artículo 13 C.N.)”*¹⁶

En este orden de ideas, la protección especial estatal predicable del derecho a la sustitución pensional por estudios, tiene su razón de ser en el estado de debilidad manifiesta que presenta la persona que hasta ahora ostenta la calidad de estudiante, por cuanto es indudable su estado de indefensión cuando apenas transita por el camino de la formación educativa, en aras de acceder a un conocimiento que le permita valerse por sí misma, a través de la capacitación para ejercer una profesión u oficio y alcanzar un desarrollo humano integral, con la posibilidad de desenvolverse autónomamente en el campo laboral, personal y social.

El Estado frente a esas condiciones y a través de sus distintos órganos, debe realizar un acondicionamiento general de garantías respecto de la debilidad que muestra ese grupo de ciudadanos, para lo cual habrá de desechar las restricciones que impidan la realización del derecho a la educación y de los demás derechos que con la sustitución pensional se protegen y que, por el contrario, agraven la situación de inferioridad.

Cabe anotar, que la exigencia de esa protección estatal al estudiante que ha obtenido una sustitución pensional se afianza, aún más, en la consideración de las características naturales del momento de la vida en la cual aquella es reconocida, es esto es dentro de una etapa que cobija la adolescencia y los comienzos de la edad adulta, pues ese derecho pensional es reconocido a los 18 años del beneficiario, edad en la cual el ambiente familiar, los valores sociales y culturales inciden en la estructuración de la personalidad, de una identidad propia y autónoma de la de los padres, y que naturalmente se refleja en la definición de sus metas de desarrollo integral futuros, especialmente en lo relacionado con su profesión u oficio.

Con el fin de establecer parámetros precisos para alcanzar la socialización del adolescente colombiano, el Constituyente de 1991 determinó que éste *“tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”* (C.P., art. 45).

De manera que, se le reconoce una obligación al Estado de proteger especialmente a estas personas dadas sus condiciones especiales y vulnerables de desarrollo humano.

Con base en las argumentaciones hasta aquí expuestas, entra la Sala a examinar el caso en estudio.

¹⁶ Sentencia T-292/95, Magistrado Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz.

5. Análisis del caso concreto

Como se ha venido señalando, la actora interrumpió sus estudios por la decisión de la entidad estatal demandada, al considerar ésta que aquella incumplió con las condiciones exigidas para el disfrute de la sustitución pensional. Si bien el cuestionamiento se centra en descartar un cambio de carrera o de profesión, insistiendo en una indebida aplicación de la causal de suspensión de la prestación social, el conflicto jurídico que genera ese acto no se limita, exclusivamente, a la discusión de un derecho en litigio de orden legal, como equivocadamente lo advirtió el juez de tutela, sino que el mismo tiene relevancia constitucional, pues la medida impuesta por el Fondo accionado afectó derechos con rango fundamental, así como principios constitucionales.

Sobre el particular, se tiene que la pensión que por sustitución se encontraba disfrutando la actora, fue reconocida bajo la vigencia de la Ley 71 de 1988¹⁷, la cual introdujo algunas modificaciones al régimen de sustitución pensional. Esa ley fue reglamentada mediante el Decreto Reglamentario 1160 de 1989¹⁸, el cual estableció los requisitos para acceder a dicha sustitución pensional.

El numeral 2o. del artículo 6o. del Decreto *Ibidem* señala como beneficiarios de ese derecho “a los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios”. Y, el artículo 16 preceptúa que, para acreditar la calidad de estudiante, se deberá presentar una certificación de estudios expedida por el establecimiento docente reconocido por el Ministerio de Educación, en el cual se cursen los estudios, y fija una limitación para el ejercicio del derecho, cual es que “el cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud, hará perder el derecho a la sustitución pensional” (Subraya la Sala).

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, en su parágrafo 3 dispone que “las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados”, es decir, que constituyen una excepción al Sistema Integral de Seguridad Social establecido por esa Ley 100.

Tienen en este asunto clara aplicación los criterios que han sido establecidos en los acápites anteriores, en relación con la protección estatal efectiva de la cual deben ser objeto el derecho a la educación y los demás derechos vinculados a su ejercicio, como son la libertad de escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de oportunidades educativas, así como respecto de la garantía constitucional de la que son destinatarios los adolescentes, en el ámbito del reconocimiento de una sustitución pensional por estudios, de la siguiente manera:

Sea lo primero precisar que el alcance de la medida limitativa de la sustitución pensional que presenta esa normatividad debe analizarse con base en un juicio de proporcionalidad, según el cual se evalúa si la restricción impuesta es adecuada y necesaria para alcanzar el fin deseado y si no se sacrifican valores y principios de mayor peso constitucional que los que se pretende proteger con esa disposición. Así lo ha establecido esta Corporación:

¹⁷ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

¹⁸ “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988”.

“(..) el llamado juicio de proporcionalidad, mediante el cual se estudia si los mecanismos y la restricción que se propone son adecuados para lograr el fin que se quiere alcanzar; si es necesaria la restricción porque no existen otros medios menos onerosos en términos de ponderación de principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, si es “proporcionada *stricto sensu*”, lo que se refiere a que no se sacrifiquen valores y principios de un mayor peso constitucional que los que se pretende proteger.¹⁹ En otras palabras, lo que se busca es que la medida sea válida y realice objetivos constitucionalmente claros y fundamentales, que ponderados, legitimen la injerencia en un determinado derecho. (Sentencia T-124 de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Efectivamente, el propósito de la disposición cuya aplicación cuestiona la actora en su caso particular puede tener justificaciones que, en principio, aparecen razonables, si con ella se pretende lograr un gasto eficiente del presupuesto destinado a esta clase de pensiones, en beneficio de los derechos de otros usuarios del sistema de pensiones y, a la vez, si con ella se busca impedir que el beneficiario de la prestación social aludida efectúe un uso abusivo de la misma, por intentar convertirla en un ingreso económico permanente para su subsistencia material, a través de constantes cambios de carrera, desvirtuando el objetivo real para la cual fue establecida, como es el de suministrar temporalmente un apoyo económico mientras se alcanza una formación educativa, que permita un posterior desempeño laboral.

Sin embargo, si se analiza el mandamiento restrictivo que contiene el artículo 16 del Decreto 1160 de 1989, desde la perspectiva de la razonabilidad que debe existir entre una medida normativa limitativa y la finalidad esperada con su operancia, el mismo no supera el juicio de proporcionalidad que le es exigible, pues aun cuando los propósitos, en los términos ya señalados, puedan tener cierto grado de necesidad, por un interés general o la protección de derechos de otras personas con rango legal, el resultado efectivo de la restricción en derechos y principios constitucionales evidencia un sacrificio mayor de éstos, constitucionalmente inaceptable.

A la anterior conclusión se llega con base en los siguientes razonamientos:

5.1. No se da prevalencia al principio de la buena fe que debe regir las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas (C.P., art. 83), pues si se estima el cambio de carrera o de profesión como una forma de evitar que los estudiantes que se encuentren gozando de una sustitución pensional se trasladen sucesivamente, para obtener unos recursos económicos prolongadamente en el tiempo, dicha actuación no es observada como lo que realmente es: una decisión factible, inherente y coherente con la de selección de opciones a la cual se ve enfrentada una persona en una etapa temprana de la vida en la cual debe definir sobre su futuro personal y profesional, bien sea, en virtud del amplio abanico de posibilidades que existen en relación con la formación académica, o quizás por la carencia de elementos conceptuales suficientes para tomar una decisión acertada respecto de lo que el estudiante espera debe ser ese desarrollo intelectual y profesional para el resto de su vida.

Por lo tanto, la modificación en la escogencia inicial sobre los estudios superiores que se cursan al ser calificada de esa manera, genera una carga valorativa negativa en contra del estudiante que lo somete a una sanción de pérdida de la sustitución pensional, con desconocimiento la protección especial de la cual es destinatario el adolescente para asegurar su

¹⁹ Sentencia C-309 de 1997. Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

formación integral (C.P., art. 45), ya que si en gracia de discusión tal situación fuese cierta, la misma reglamentación que impone límites a la edad del estudiante para el reconocimiento de la sustitución pensional, configuraría una forma de contener una posible extralimitación de esta clase.

5.2. El alcance de la disposición restrictiva del artículo 16 del Decreto 1160 de 1989 produce una transgresión del principio constitucional a la solidaridad contenido en el artículo 1o. de la Constitución, entendido como un postulado básico para el cumplimiento de los fines esenciales estatales dentro de un Estado social de derecho y del comportamiento de todos los integrantes de la sociedad, como garantía de la existencia de un orden social justo.

Si, como lo ha señalado esta Corporación, con el principio de solidaridad se pretende realizar el valor de la justicia que *“ en términos constitucionales representa el papel activo del Estado, comprometido a prestar el apoyo que requieran las personas para alcanzar la efectividad de sus derechos y para colmar las aspiraciones propias de la dignidad humana. Es, entonces, un concepto ligado íntimamente a la función del Estado Social de Derecho.”*²⁰

Como puede deducirse, la efectividad del derecho a la educación de las personas que disfrutaban de una sustitución pensional por estudios, reclama tanto de las autoridades como de los particulares que presten ese servicio acciones concretas y positivas para su protección, en virtud de la debilidad manifiesta de orden económico que presentan, en desarrollo del principio de la solidaridad.

5.3. También puede predicarse del contenido del artículo 16 del Decreto 1160 de 1989 una vulneración del derecho a la educación y a la libertad de escoger profesión u oficio de la actora.

En efecto, la aplicación que hizo la entidad accionada, a la accionante, de la restricción que trae el Decreto mencionado en su artículo 16, produjo una lesión excesiva en su posibilidad de acceso y permanencia en el sistema educativo, toda vez que la eliminación del beneficio prestacional impidió que la misma contara con un sustento económico para pagar sus estudios y, de esta manera, continuara con su formación profesional, en aras de su desarrollo integral de orden personal y profesional.

La dependencia de la accionante a ese ingreso económico es tal que, según lo afirma en uno de sus escritos, mientras se le reconocía la sustitución pensional tuvo que dejar los estudios de Análisis y Programación de Computadores, en el Centro de Estudios Técnicos UNITEC, para luego optar por otro programa de estudios en distinto centro educativo (Ingeniería de Sistemas en la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior).

Es oportuno recordar que el fundamento de la sustitución pensional es la dependencia económica de un menor o un estudiante a lo que ordinariamente suministran sus padres para su sustento vital; de manera que, la ausencia de éstos, como le ocurre a la actora, la coloca en un estado de debilidad manifiesta que el ordenamiento constitucional busca solventar, mediante una protección estatal especial.

Además, si bien el derecho a seleccionar una profesión u oficio como ya se dijo no es absoluto sino que puede estar sujeto a unos requisitos que aseguren la idoneidad de quien pretende ejercer una determinada profesión u oficio, desde un punto de vista académico y con fundamento

²⁰ Sentencia T-067/94, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

normativo, como lo ha indicado la Corporación, el coartar su ejercicio configura una violación del mismo, como ocurre ante “la imposición oficial o familiar de seguir cierta carrera o en la prohibición de iniciarla o de continuarla, pese al querer del interesado”²¹, situaciones análogas a la de la actora, a quien, en su condición de estudiante beneficiaria de una sustitución pensional por estudios, se le impide un cambio de carrera o de profesión, so pena de perder ese derecho.

De esta manera, en la disposición cuya aplicación se cuestiona, no se evidencia realizado el deber en cabeza del Estado de brindar las condiciones necesarias que permitan hacer efectivo del ejercicio de estos derechos.

5.4. La violación en el presente caso del derecho a la educación también produce un desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de oportunidades educativas. En efecto, la imposibilidad de continuar con su educación superior ha significado para la accionante un obstáculo en el desarrollo de su personalidad conforme a sus expectativas, aptitudes y aspiraciones de vida, en el campo económico, laboral, cultural, etc.; así mismo, con la pérdida del derecho a la pensión a la accionante se le impide gozar de igualdad de posibilidades de educación y de esta manera de oportunidades en la vida para realizarse como persona, sin discriminación alguna.

De manera que, no se observa una justificación razonable para que el acceso y permanencia en el sistema educativo y la posibilidad de realizar un desarrollo personal libre según sus aspiraciones y expectativas de vida, así como de obtener una formación en igualdad de oportunidades sea obstruido con una medida limitativa de esa naturaleza, como la de la pérdida de la sustitución pensional por el cambio de carrera o de profesión.

5.5. Con base en todo lo anterior, es forzoso concluir que la protección especial que se deriva del reconocimiento de una sustitución pensional, por razón de la debilidad manifiesta de quien es su beneficiario, en este caso la actora, y sus efectos en otros derechos fundamentales, no es tenida en cuenta en el mandato restrictivo del artículo 16 del Decreto 1160 de 1998.

Efectivamente, la limitación del derecho a la sustitución pensional requiere de un fundamento jurídico constitucional que haga soportable la carga que recae sobre la efectividad de los derechos fundamentales y principios superiores en juego, fundamento que no puede predicarse del deseo de proteger un interés general o los derechos de las personas de orden legal y, mucho menos, de la manifestación del Fondo accionado de estar cumpliendo con una norma jurídica vigente.

La intensidad de la medida limitativa adoptada en el artículo 16 del Decreto 1160 de 1989 al asegurar los propósitos pretendidos con la misma, restringió excesivamente el derecho a la educación y las libertades de escoger profesión y oficio y desarrollo de la personalidad, así como al derecho a la igualdad de oportunidades educativas, y desconoció los principios tan caros al constitucionalismo colombiano como son la solidaridad y la buena fe, sin reparar en la necesidad de llevar a cabo una “ponderación valorativa” de los mismos con el fin de hacer respetar su jerarquía.

De manera que, la obligación del Estado, en este caso específico a cargo del gobierno nacional al expedir dicho decreto reglamentario, era la de garantizar la protección del derecho a la sustitución pensional por estudios, con su carácter de fundamental y como presupuesto de la

²¹ Ver la Sentencia T-308/95, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

efectividad de la educación como valor tutelable y de los demás derechos y principios fundamentales inherentes a su ejercicio, a través de una medida menos limitativa en relación con el sacrificio impuesto, el cual no resulta comparable con los propósitos que con la medida en cuestión se pretendían proteger.

6. Inaplicación del artículo 16 del Decreto 1160 de 1989 y alcances de la decisión

Por las razones antes expuestas, la Sala observa que el artículo 16 del Decreto 1160 de 1989, es constitucionalmente censurable en la parte que establece que *“El cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud, hará perder el derecho a la sustitución pensional”*.

Como ha sido criterio reiterado de esta Corporación, es factible que durante el trámite de un proceso de tutela se deduzca la amenaza o vulneración de derechos fundamentales del accionante, por la aplicación de una norma jurídica, cualquiera que ella sea, esto es de orden legal o como concreción suya²², y en virtud de la incompatibilidad que pueda presentar con el ordenamiento superior. En este caso, el juez de la causa, en clara prevalencia y primacía del valor normativo superior de la Constitución, deberá inobservarla mediante la denominada excepción de inconstitucionalidad, a la cual están obligadas tanto las autoridades judiciales como las administrativas, en cumplimiento del artículo 4o. de la Carta Política, el cual señala:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

De suerte que, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica²³, como tampoco el desconocimiento de la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos o el valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico, pues la primacía y vigencia directa de las normas constitucionales se impone en todo momento sobre el contenido de las leyes y demás normas jurídicas que las contradigan.

Lo anterior, adicionalmente, porque con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad *“no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular”*.²⁴

Debe, igualmente, reiterarse que, el control constitucional que se ejerce a través de la acción de tutela no procede contra los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto (Decreto 2591/91, art. 6o., num. 5o.), sino frente a la materialización en un caso particular de la vulneración de los mandatos constitucionales que sus preceptos puedan producir; toda vez que, como lo ha señalado la Corporación: *“en principio, la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos únicamente puede desvirtuarse mediante la nulidad declarada por la correspondiente jurisdicción. No obstante, ellos pueden inaplicarse en el caso concreto si son incompatibles con la Constitución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4º de ésta”*.²⁵

²² Ver la Sentencia T-067/98, Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ *Idem*.

²⁴ Sentencia T-614/92, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ Ver la Sentencia T-450 de 1994, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Dicha situación se evidencia en el caso que ocupa la atención de la Sala, pues, si bien el contenido normativo restrictivo que se le impuso al derecho a la sustitución pensional de la actora está regulado en un Decreto Reglamentario, el 1160 de 1989, el cuestionamiento en que se funda la demanda no se dirige contra el mismo, sino respecto de la decisión del Fondo accionado de dar aplicación a la limitación de la pérdida del derecho pensional por el cambio de carrera o profesión; es decir que se censura el desarrollo que dio esa autoridad de la regla restrictiva con amenaza de sus derechos fundamentales.

Como lo ha aceptado la Corporación en esta situación de amenaza de derechos fundamentales por un norma reglamentaria²⁶, en las condiciones antes precisadas, tienen lugar coetáneamente tanto la llamada excepción de inconstitucionalidad, así como el amparo judicial por la vía de la acción de tutela, como debe establecerse en el presente caso.

En consecuencia, la intervención del juez constitucional, en el proceso de tutela de la referencia, era necesaria para velar por la supremacía e integridad del ordenamiento superior, y la efectividad de la vigencia de los derechos fundamentales de la actora, así como de los principios constitucionales analizados; por lo tanto, resulta cuestionable la decisión apresurada del Juez Catorce Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en la cual se avizora un afán más bien por despachar el asunto sin mayores miramientos, cuando en sus deberes, como director del proceso, ha debido valorar otros aspectos que con base en la Constitución y la doctrina constitucional, le hubiesen permitido ordenar el amparo de tutela correspondiente.²⁷

Por consiguiente, en la parte resolutive de esta providencia se adoptarán las siguientes órdenes: 1) se revocará la sentencia proferida por el Juez Catorce Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá y en su lugar se concederá la tutela a Dolores Elena Acosta Parejo como protección de sus derechos fundamentales a la educación, libertad de escoger profesión u oficio, libre desarrollo de la personalidad e igualdad de oportunidades educativas; 2) se ordenará inaplicar la parte censurada del artículo 16 del decreto 1160 de 1989 que establece que *“El cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud, hará perder el derecho a la sustitución pensional”* y 3) se ordenará a la jefatura de la División de Prestaciones Económicas del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia que proceda a reanudar, en favor de la accionante, el pago de las mesadas pensionales por la sustitución pensional que venía disfrutando por su condición de estudiante.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juez Catorce Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, y en su lugar **CONCEDER** la tutela a Dolores Elena Acosta Parejo para la protección de sus derechos fundamentales a la educación, libertad de escoger profesión u oficio, libre desarrollo de la personalidad e igualdad de oportunidades educativas.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Ver Sentencia SU-547/97, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Segundo. **INAPLICAR**, con base en el artículo 4o. de la Carta Política, la parte del artículo 16 del Decreto 1160 de 1989 que establece que *“El cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud, hará perder el derecho a la sustitución pensional”*.

Tercero. **ORDENAR** a la jefatura de la División de Prestaciones Económicas del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que proceda a reanudar a la actora el pago de las mesadas pensionales que venía devengando en virtud de la sustitución pensional reconocida.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-787

octubre 12 de 1999

UNIVERSIDAD NACIONAL- Programa para mejores bachilleres de municipios pobres

AUTONOMIA UNIVERSITARIA- Distribución de cupos atendiendo principios y derechos constitucionales/**ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA**- Cupos son bienes escasos

DERECHO A LA IGUALDAD EN ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA- Criterio objetivo para distribución de cupos que constituyen bienes escasos

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA- Criterio básico es el mérito académico/**ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA**- Criterios adicionales para asignación de cupos

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA- Importancia de exámenes de admisión y pruebas de Estado

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA- Cambio en proceso de selección de alumnos a los que se entregará formularios

Referencia: Expediente T-224455

Acción de tutela instaurada por Yehelena Patricia Melo contra el Colegio Nacional Simón Bolívar de Samaniego, Nariño.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego, Nariño, dentro de la acción de tutela instaurada por Yehelena Patricia Melo contra el Colegio Nacional Simón Bolívar de Samaniego, Nariño.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 La Universidad Nacional de Colombia creó, mediante el Acuerdo N° 93 del 1° de noviembre de 1989, el “Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres”, con el

objeto de facilitar el ingreso a la Universidad de los mejores estudiantes de los colegios ubicados en zonas deprimidas del país. El texto del acuerdo es el siguiente:

“ACUERDO NUMERO 93

ACTA NUMERO 22 DEL 1º DE NOVIEMBRE DE 1989

“Por el cual se crea el PROGRAMA DE ADMISION PARA MEJORES BACHILLERES DE MUNICIPIOS POBRES”.

“EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO

En ejercicio de sus facultades legales, y

“CONSIDERANDO:

1. *Que es propósito de la Universidad, en desarrollo del interés social del Estado, promover los mecanismos que persigan una mayor igualdad de oportunidades de acceso a la Educación Superior.*

2. *Que debido a los desequilibrios del desarrollo regional y local, existen en Colombia una gran cantidad de Municipios en estado de extrema pobreza, en los cuales sus estudiantes culminan su educación secundaria en medio de múltiples dificultades y carencias y con pocas posibilidades de continuar estudios superiores.*

3. *Que según el Acuerdo N° 22 de 1986 del Consejo Superior Universitario dictó “disposiciones acerca del ingreso a la Universidad de integrantes de comunidades indígenas” en desarrollo del mismo objetivo social que se busca en el presente Acuerdo.*

4. *Que el Consejo Superior Universitario acordó distribuir gratuitamente 200 formularios entre los mejores bachilleres de 50 municipios pobres, escogidos aleatoriamente para ingresar a este programa en el primer semestre académico de 1990,*

ACUERDA:

ARTICULO 1º. *A partir del presente Acuerdo se contempla un cupo equivalente al 2% de los cupos establecidos para cada Carrera que ofrezca la Universidad en su Sede Bogotá y Seccionales, para ser llenado por los aspirantes de Municipios pobres, seleccionados en este Programa.*

PARAGRAFO: *Cuando el 2% de los cupos señalados en este Artículo no correspondan a un número entero, el Comité de Admisiones procederá a realizar la aproximación a los enteros superior o inferior inmediatos.*

ARTICULO 2º. *Los aspirantes a los cupos establecidos para el presente Programa deberán obtener el puntaje mínimo de ingreso ordinario que se establezca para la Universidad, en los respectivos exámenes de admisión.*

ARTICULO 3º. *Todos los aspirantes al presente programa deberán reunir todos los requisitos que exige la Universidad para ingresar a ella.*

ARTICULO 4º. *Los aspirantes admitidos en desarrollo del presente programa, pagarán la matrícula mínima y serán beneficiarios del Préstamo-Beca, en el monto que resulte del análisis de su situación socioeconómica. El mantenimiento de este préstamo-beca, a lo largo de la Carrera, estará sujeto al rendimiento académico de cada estudiante, según reglamentación que para el efecto expida la Rectoría de la Universidad.*

ARTICULO 5º. El Comité de Admisiones establecerá semestralmente los Municipios que serán beneficiados por el presente programa y definirá la documentación adicional a la ordinaria que deberá ser presentada por los aspirantes.

ARTICULO 6º El Comité de Admisiones de acuerdo con los estudios estadísticos sobre los aspirantes al presente programa y al seguimiento realizado sobre los admitidos, presentará al Consejo Superior Universitario propuestas que permiten extender la cobertura del mismo y modificar si es conveniente su administración...”

1.2. Mediante carta del 4 de febrero de 1997, el Director del Departamento de Admisiones e Información Profesional de la Universidad Nacional de Colombia le comunicó al rector de la jornada diurna del Colegio Simón Bolívar del municipio de Samaniego, en el departamento de Nariño, que el plantel había sido seleccionado por la Universidad como beneficiario del Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres y que, en consecuencia, se le enviarían en la primera semana de marzo cuatro formularios de inscripción para el examen de admisión a la Universidad.

En la carta se señalaba que para la selección de los colegios beneficiarios del programa se había tenido en cuenta “el desempeño de sus alumnos en el ingreso a la Universidad durante el año inmediatamente anterior y se han seleccionado aquéllos que presentan los mayores índices de admisión (número de admitidos sobre número de inscritos)”. Por último, el Director de Admisiones le manifestaba al Rector lo siguiente: “le reitero que los formularios deben entregarse a los cuatro estudiantes que actualmente cursan grado 11 y que hayan mostrado los mejores desempeños durante los grados 9, 10 y el período académico transcurrido del grado 11, a la dirección ya mencionada”. Con base en esta indicación, el colegio procedió a asignar los formularios de la Universidad a aquellos estudiantes que poseían los mejores promedios académicos durante los últimos años de la secundaria.

1.3. También en 1999 el Colegio fue incluido dentro del grupo de planteles beneficiarios del programa. Así lo manifestó el Director del Departamento de Admisiones e Información Profesional de la Universidad Nacional de Colombia, en carta enviada, el 24 de febrero de 1999, al rector del Colegio. El texto de la carta se transcribe a continuación:

“La Universidad Nacional de Colombia, con base en los resultados del proceso de admisión realizado para el segundo semestre de 1998 y con el propósito de estimular los esfuerzos que procuran la excelencia académica, ha incluido su Colegio, jornada Comple, dentro del grupo de 28 instituciones educativas en el Programa de *MEJORES BACHILLERES DE MUNICIPIOS POBRES*.

“El privilegio que esta distinción otorga a su Colegio está representado por tres formularios de inscripción que acompañan esta carta y que deben diligenciarse por los tres estudiantes de Grado 11, seleccionados como los mejores de su promoción. La universidad quiere reunir en sus programas curriculares a los jóvenes de mejor rendimiento académico en todo el país y, en consecuencia, espera que la selección de los mejores estudiantes de su Colegio corresponda a un proceso de amplia participación de la comunidad educativa y esté caracterizado por criterios de excelencia, equidad y transparencia.

“Los estudiantes seleccionados por el Colegio deben presentar el examen de admisión en la fecha programada, concursar con las condiciones acordadas para el Programa y reunir los requisitos que la Universidad Nacional fije para obtener el cupo. Quienes sean admitidos

disfrutarán de algunas ventajas en el pago de matrícula y en el acceso a préstamo-beca, de acuerdo con la Reglamentación existente en la Universidad Nacional.

“El formato de presentación diligenciado por el (la) Señor (a) Rector (a) y los formularios diligenciados por los estudiantes deben enviarse por correo, de acuerdo con las instrucciones que encontrarán en la cartilla que acompaña al formulario de inscripción.”

1.4. En esta ocasión, el rector y los Consejos Académico y Directivo del Colegio Simón Bolívar decidieron que era necesario adecuar el procedimiento de selección de los estudiantes beneficiarios de los formularios entregados por la Universidad a los lineamientos expresados en la carta transcrita. De esta manera, se decidió preseleccionar a un grupo de 15 estudiantes - los más destacados académicamente durante el bachillerato -, para que presentaran una prueba similar a las del ICFES, cuyo resultado sería computado con el de sus logros académicos durante los últimos años. Los formularios serían entregados, entonces, a los que obtuvieran los tres mejores resultados finales.

La mencionada decisión fue rechazada por distintas personas. Así, el 11 de marzo de 1999, la Personera Delegada de Samaniego le envió una carta al rector en la que le manifestaba que la escogencia de los estudiantes debía ceñirse a la carta enviada por la Dirección de Admisiones y que ésta era clara en expresar que el beneficio se otorgaría a los mejores estudiantes, “enfaticando en que éstos no deben ser escogidos en sorteo sino previa revisión de sus hojas de vida de noveno y décimo grado, de los cuales los más distinguidos deben ser los favorecidos”. Igualmente, el 15 de marzo, la señora Yehelena Patricia Melo Melo, madre de Ibeth Marcela Erazo Melo, estudiante del grado 11 que contaba con el mejor rendimiento académico del Colegio Simón Bolívar de Samaniego, le dirigió una carta al Presidente de la Junta Municipal de Educación - JUME- en la que le solicitó investigar el procedimiento llevado a cabo por el Colegio mencionado. Fundamentó su solicitud en que “en el año 1993 uno de los formularios fue entregado a un alumno que no era de los mejores bachilleres, quizá negándosele la oportunidad a otros alumnos que sí se lo merecían por ser mejores bachilleres y que lo superaban en promedio académico, en ese entonces el señor rector no consultó a nadie para otorgar dicho formulario, mientras que en esta oportunidad el atropello se lo comete injustamente con mi mencionada hija y con tres estudiantes más que ocupaban los mejores promedios a lo largo de los grados 8°, 9° y 10°, como en este año se mandó a promediar”. En su carta añadía que “el día 10 de marzo se enteró que convocaron a 14 estudiantes y a sus respectivos padres de familia para comunicarles que el Consejo Académico había resuelto efectuar un examen interno para entregar los formularios, situación que ni a mí ni a mi hija nos comunicaron”.

El Consejo Académico del Colegio Simón Bolívar respondió a las anteriores objeciones en una carta dirigida a la señora Yehelena Patricia Melo Melo, en la que manifiesta lo siguiente:

“En referencia a la asignación de formularios enviados por la Universidad Nacional, le comunicamos que fue decisión del Consejo Académico realizar un proceso de selección partiendo de los resultados internos, pero respaldado en una prueba tipo ICFES, por algunas razones negativas de años anteriores. No se ha tratado de discriminar o favorecer a nadie ni se ha pretendido quitar derechos o desconocer directrices trazadas por la Universidad. Es claro en el oficio recibido, del cual enviamos copia, que se debe realizar una selección, la cual no se había hecho en años anteriores porque las exigencias de la Universidad fueron otras y esta vez se habla de tal proceso.(...)”

1.5. El 17 de marzo de 1999, Yehelena Patricia Melo Melo, actuando en representación de su hija Ibeth Marcela Erazo Melo, instauró una acción de tutela en contra del Colegio Nacional Simón Bolívar, porque éste no seleccionó a la menor dentro de los tres estudiantes beneficiarios del programa “Mejores Bachilleres de Municipios Pobres”, a pesar de que ella contaba con los mejores promedios académicos de su curso. Afirma que esa decisión vulnera los derechos de su hija a la educación, a la igualdad y el debido proceso.

La actora sostiene que se presentaron ciertas irregularidades académicas en el proceso de selección de los estudiantes beneficiarios del Programa. Al respecto señala que el representante legal del Colegio desconoció lo manifestado por la Dirección de Admisiones de la Universidad Nacional en la carta del 24 de febrero de 1999 y sin autorización del Consejo Directivo solicitó “que los 15 alumnos que al momento de la convocatoria tuvieran los mejores promedios fueran sometidos a un examen interno de conocimientos para que con esto y posterior calificación se sacaran a los tres alumnos que pudieran acceder a los formularios antes referidos”.

Señala la actora que no hubo convocatoria “legalmente hablando”, puesto que su hija “en ningún momento fue requerida para este examen”, y, además, porque la institución que lo realizó “no goza de las garantías académicas y facultades legales para realizar dichos exámenes”. Concluye que los exámenes no tienen ninguna validez porque “desconocen ostensiblemente el debido proceso ya que es clara la comunicación de la Universidad Nacional que quienes tienen derecho a esta oportunidad son los tres mejores estudiantes quienes hayan obtenido un promedio alto en su rendimiento académico y entre ellas está mi hija Ibeth Marcela Erazo Melo”.

2. Pruebas

2.1 El rector del Colegio demandado plantea, en primer lugar, que la información de la Universidad y los formularios de inscripción llegaron a sus manos apenas el día 7 de marzo, lo cual dificultó la planeación del proceso de asignación de los formularios, pues el plazo límite para inscribirse en la Universidad era el 19 del mismo mes. Por tal razón debió adecuarse un sistema de selección de manera urgente, “porque es claro que no se puede tomar al pie los resultados internos, y, fuera de la directriz de la Universidad, que puede cambiar cada año como lo aprueba el comunicado de 1997, no existe ninguna reglamentación para la asignación de los formularios, pues es un evento que no está asegurado todos los años, porque son políticas de las universidades que pueden desaparecer en cualquier año”.

Señala que se solicitó a la Secretaria del Colegio - Yehelena Patricia Melo, quien es precisamente la actora de este proceso de tutela - que hiciera un informe acerca de los estudiantes de grado 11 que habían obtenido los mejores promedios de los grados 8, 9 y 10. Luego, se citó al Consejo Académico con el fin de determinar el proceso a seguir, pues “la directriz trazada por la Universidad sugiere realizar un proceso de selección”. Expone que en la reunión se manifestó que la fórmula adoptada durante los años anteriores, de acuerdo con la cual se entregaban los formularios a los alumnos que se habían destacado académicamente en los años cursados en el Colegio, no había demostrado ser la mejor, puesto que muchos de estos estudiantes no sobresalían en las pruebas del Icfes. Por lo tanto, afirma que en esta ocasión se acordó la aplicación de una prueba tipo ICFES, cuyo resultado habría de promediarse con el de los logros académicos obtenidos por los estudiantes durante los últimos años. El rector manifiesta que la intención de cambiar los mecanismos de selección de los estudiantes a los que se les entregarían los formularios no era nueva y que la anterior preocupación se acentuaba “al observar que la

Universidad cada vez reducía el número de Colegios incluidos en el Plan pues en 1996 se habla de 68 colegios, en 1997, son 54 planteles, en 1998 son 41 Colegios y en 1999 se dice que son 28 instituciones educativas.”

Expone que se decidió igualmente que el Consejo Académico sería el encargado de establecer directrices, tomar determinaciones y organizar el sistema de selección. Luego de acordar lo anterior, se informó a los estudiantes sobre la decisión y se les pidió llamar a sus padres para que ellos conocieran el proceso que se seguiría y manifestaran tanto la aceptación del mismo como su disposición de apoyar a sus hijos en todo lo necesario, en caso de que resultaran seleccionados en el proceso. El rector anota que a dicha reunión no asistió la actora, pues había recibido permiso de la rectoría para ausentarse del colegio. Con todo, anota que ella se enteró al día siguiente acerca de la propuesta, como lo demuestra el hecho de que presentara una petición a la personera encargada. Agrega que los padres que fueron requeridos expresaron verbalmente, o por escrito, su disposición de apoyar o no apoyar a sus hijos, para el caso de que fueran beneficiarios de un formulario.

Señala que, con la debida autorización del Consejo, se decidió contratar para la realización de la prueba los servicios de INSUCA. Expresa que la prueba era como un simulacro de prueba del Icfes, pero con un número menor de preguntas. El objetivo de ella era observar el desenvolvimiento de los estudiantes en ese tipo de pruebas, “porque la experiencia de años anteriores nos indica que no siempre quien presenta los mejores resultados a nivel del Colegio tiene el mejor desempeño en la prueba ICFES, o en las de la Universidad Nacional que son de mayor profundidad que aquellas.” El rector asevera que la prueba no excedía las capacidades de los estudiantes, quienes habían realizado simulacros similares. Señala que se determinó que debían promediarse los resultados internos, es decir, el número de excelentes obtenidos por cada estudiante en los últimos grados, con los resultados de la prueba por realizar, para dar cumplimiento a lo estipulado por la Universidad Nacional en su oficio. Agrega que el sistema de puntuación y los resultados se encuentran en el acta de la reunión del Consejo Académico del 9 de marzo de 1999.

Importa destacar que en la mencionada acta se relaciona cuáles fueron los puntajes obtenidos por cada uno de los 15 estudiantes, tanto por obra de la prueba realizada ante el INSUCA, como a partir del número de excelentes acumulados durante los grados 8, 9 y 10. Además, en el listado se anota cuál fue el resultado definitivo de cada estudiante, el cual surge de sumar los puntajes antes señalados. De la lectura del listado se obtiene que la estudiante Ibeth Marcela Erazo obtuvo la más alta puntuación en el acumulado de los resultados académicos de los grados 8, 9 y 10, puesto que mientras ella obtuvo 50 puntos en este rubro, el segundo alcanzó 47, el tercero y el cuarto 44, el quinto 41 y los demás alumnos cifras inferiores a 38 puntos. Ello indica que la estudiante en nombre de quien se instauró la presente tutela contó con un buen punto de partida dentro del proceso de selección. Sin embargo, dado que ella no presentó la prueba ante el INSUCA no obtuvo ninguna puntuación en ella - el puntaje máximo que se concedía por esta prueba era de 50 puntos - y eso le significó que en la suma de los dos resultados ocupara el puesto número 13 entre todos los estudiantes preseleccionados - el resultado superior logrado en la sumatoria fue de 88 puntos.

Expresa que “ningún estudiante fue alertado para la prueba, pues después de la reunión en rectoría, donde verbalmente se les informó de la determinación nadie fue notificado por anticipado para que se prepare para la prueba”. Expone que “el día de la prueba se llamó a los

estudiantes, incluida Ibeth Marcela Erazo quien una vez enterada de lo que se iba a realizar se retiró del salón. Tampoco se encontraba Sonia Milena Pabón Ruales, quien por razones de salud debidamente certificadas no asistió al Colegio. Se determinó que ella presentaría el examen el día 15, en la ciudad de Pasto. Relata el rector que, “aprovechando una llamada efectuada por la señora Patricia Melo en el momento de iniciarse la prueba,” se le solicitó que hablara con su hija para que ésta la presentara. Sin embargo, menciona que ella decidió que la menor no presentaría la prueba.

Concluye que a pesar del corto tiempo con que se contó, en el proceso de selección no se inventó ni se improvisó nada, “porque la prueba la realizó un grupo reconocido del Departamento en el manejo de este tipo de pruebas, y se dio la participación al grupo que se consideró se ha destacado y que era merecedor a disputar el honor de recibir el formulario...”. Expone que se entregaron los formularios a los tres mejores estudiantes y que Ibeth Marcela Erazo no recibió ninguno, “no porque nosotros la hayamos excluido arbitrariamente sino porque a pesar del conocimiento y sugerencia de la rectoría de que se presentara no lo hizo”.

2.2. El mismo día 17 de marzo de 1999, fecha en la que se instauró la acción de tutela, el Personero Municipal de Samaniego envió una carta al Director Nacional de Admisiones de la Universidad Nacional con el fin de que le informara si el procedimiento establecido por el rector del Colegio Simón Bolívar, “cumplía con las directrices y criterios de Excelencia, Equidad y Transparencia, establecidas por su oficio-circular (...) del 24 de febrero de 1999”. Luego de hacer un recuento de los hechos y de resaltar la ambigüedad de la circular mencionada, le solicita oficiar al rector del colegio demandado para que de estricto cumplimiento a los parámetros establecidos por la comunicación. Por último, sugiere a la Dirección del establecimiento que exponga parámetros claros de selección para los Rectores de los establecimientos educativos, “con el fin de evitar en el futuro que se atropellen y se vulneren por diversos intereses, los derechos de estudiantes que durante toda su trayectoria académica, han sobresalido por su esfuerzo, dedicación y rendimiento”.

El 18 de marzo de 1999, el secretario del Consejo Directivo del Colegio Simón Bolívar manifiesta su rechazo a la anterior solicitud del Personero y explica el proceso de selección efectuado por el Colegio. Señala que el Consejo Directivo escuchó el informe del rector sobre el proceso seguido para seleccionar a los estudiantes que debían recibir los formularios entregados por la Universidad al Colegio, en el cual se “hizo conocer la decisión tomada de efectuar un examen tipo ICFES”. Considera apresurado el oficio del personero, de quien dice que desconoce lo realizado por el Consejo Académico. Señala que esta entidad puede establecer directrices para tomar determinaciones cuando no están establecidas por entidades de rango superior. El Consejo Académico es el organismo interno encargado de velar por la calidad académica del Plantel, “por lo que se considera en este caso como aspecto fundamental los resultados obtenidos por nuestros estudiantes en pruebas ICFES y otras, como las pruebas de ingreso a la Universidad Nacional, programa en el que se ha participado desde su creación sin que se deje de colocar estudiantes en esa prestigiosa Institución”. Concluye que el Consejo Directivo apoya la determinación tomada por el Consejo Académico, pues con ella no se vulneró ningún derecho fundamental. Agrega que “el adquirir un formulario no garantiza el ingreso a la entidad de educación superior ya que ello se cristaliza cuando se supera una prueba de ingreso efectuada por dicha universidad”.

2.3. El 19 de marzo, el Director de Admisiones de la Universidad Nacional responde a la carta enviada por el Personero. Señala que “la Universidad respeta los mecanismos de selección de

los estudiantes a quienes se otorgue el privilegio del formulario gratuito, pero desde luego espera que sea la comunidad educativa en pleno la que en un ejercicio democrático, equitativo y transparente seleccione a los candidatos”. Añade sin embargo que:

“Nuestra institución observa con suma preocupación los casos en los cuales la distribución de los formularios enviados, en lugar de ser ocasión para celebrar académicamente la excelencia, se convierte en motivo de disputa y eventual pugnacidad entre los miembros de la comunidad escolar, quienes son en últimas los únicos responsables de la adjudicación. La universidad respeta el principio constitucional de presunción de buena fe y acepta los nombres de los alumnos que se presentan a su consideración bajo el supuesto de que fueron elegidos en un ambiente de irreprochable conducta e intachables parámetros éticos.

“Confiamos en que este sea el caso en todos los Colegios, pero de no ser así esperamos que la misma comunidad educativa y las autoridades locales dispongan lo necesario para enmendar cualquier anomalía y preservar la esencia del Programa Especial de Admisión.”

2.4. El 18 de marzo, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego admitió la demanda interpuesta por Yehelena Patricia Melo Melo y ordenó la práctica de diferentes pruebas.

2.5. El 29 de marzo, el Consejo Académico envía un escrito en el que describe el proceso seguido para la selección de los estudiantes beneficiarios de los formularios. Expone que el Consejo realizó tres reuniones para tratar el asunto. La primera se llevó a cabo el 9 de marzo y en ella se informó sobre los cambios que la dirección de admisiones de la Universidad Nacional había efectuado en el sistema de entrega de formularios. Se determinó seguir los lineamientos señalados por esta y proceder a realizar una selección con base en la presentación de un simulacro de prueba del Icfes. Relata que se reunieron nuevamente el 15 de marzo, y que en esa ocasión se dejó constancia de que el día 12 del mismo mes se había efectuado la prueba y que las estudiantes Ibeth Marcela Melo Erazo y Sonia Pabón no la habían presentado: la primera porque decidió no hacerlo y la segunda por razones de salud. Agrega que la última reunión se llevó a cabo el día 16 de marzo y que en esa ocasión se manifestó lo siguiente:

“Se hace notar que es necesario reglamentar la selección de los estudiantes que recibirán, como los más destacados, el reconocimiento al mejor bachiller, mejor graduando y el premio excelencia al mejor estudiante del Colegio. Así mismo se ratifica que para entregar los formularios de la Universidad Nacional, de continuar recibéndose, lo mismo que los que provengan de cualquier Institución de educación superior como estímulo a estudiantes destacados; se debe continuar utilizando el proceso de selección acordado mediante la utilización de pruebas tipo ICFES, aplicadas por equipos contratados, que tengan experiencia en el manejo de ese tipo de pruebas para combinarlas con los indicadores de rendimiento interno”.

Igualmente, el Consejo declara que en esa ocasión se expuso que la distribución de los formularios se había hecho de acuerdo con dos parámetros, a saber: “1) resultados de puntajes obtenidos en pruebas aplicadas por el INSUCA y 2) mayor número de excelentes obtenidos por los estudiantes seleccionados, en los grados ocho, nueve y diez constatados en los libros de secretaría”. En esa oportunidad también se aclaró que los formularios no garantizaban el ingreso a la Universidad ni el préstamo otorgado por esta, porque “esto es algo que los estudiantes deben ganarlo por sus propios méritos en la prueba interna de la Universidad Nacional y mantenerlo con un excelente rendimiento académico al interior de ella”.

El Consejo Académico concluye que el procedimiento de selección realizado para la entrega de los formularios no violaba las orientaciones emitidas por la Universidad Nacional, “ya que el oficio enviado en el presente año en ninguna parte define el proceso, pues se limita a sugerir que haya igualdad, transparencia y excelencia académica, como tampoco menciona sistema de puntuación o pruebas a aplicar”. Reitera que el proceso efectuado buscó que los formularios quedaran “en las mejores manos para garantizar su recepción hacia el futuro, porque entendemos que la Universidad Nacional y cada vez restringe el número partiendo del número de estudiantes que ingresan y no podemos permitir que situaciones generadas por una persona influyan negativamente en contra de quienes cursan estudios en nuestro Plantel”.

2.6. El 5 de abril, la menor Ibeth Marcela Erazo Melo rinde declaración ante el Juzgado. En primer lugar, señala que desde hace varios años los formularios enviados por la Universidad Nacional se venían entregando a los estudiantes que contaban con el mejor promedio académico. Expresa que, el día 10 de marzo de 1999, se avisó “a quince estudiantes de la jornada de la mañana que se iba a realizar una prueba para determinar los mejores estudiantes, pero según me contaron no les explicaron bien, que la prueba sería para determinar a quiénes se entregarían los formularios”. Manifiesta que “tenía conocimiento que los formularios se entregaban siempre a los estudiantes de mejor rendimiento académico”. La menor sabía que estaba dentro de los mejores estudiantes porque su madre, quien es Secretaria del Colegio, le había informado que tenía acumulados 33 excelentes y que, “en promedio académico ocupaba el primer lugar”. Expresa que se encontraba “muy ilusionada por ocupar el primer lugar y porque esperaba ser estimulada con uno de los formularios, pero al enterarme de la manera como iban a escoger a los acreedores de los formularios, me sentí desilusionada y triste porque veía cómo el esfuerzo y la dedicación de toda una vida de estudiante era desconocida y me parecía injusto que para poder optar por uno de dichos formularios me sometieran a una prueba, de la cual ni siquiera estaba bien enterada, y que además pretendieran con un sólo examen medir la dedicación y el esfuerzo de seis años del bachillerato”.

Afirma que el examen se realizó de manera apresurada, y que no fue informada directamente de su realización. Sostiene que no se sometió al examen porque consideró que “varios de los estudiantes que no se habían esforzado y dedicado a sus estudios y que tenían menor promedio académico, no deberían ser incluidos o preseleccionados, porque cuando espera que su rendimiento sea estimulado se siente mal que con un examen rifen esos estímulos.” Sin embargo, considera que es positivo que se le hubiera dado la oportunidad a más estudiantes de competir por un formulario. Cuestiona el hecho de que los resultados no hubieran sido publicados y que no se hubiera estudiado mejor cuáles de los estudiantes preseleccionados ya tenían el formulario. Tampoco está de acuerdo con que la estudiante Sonia Pabón haya presentado el examen extemporáneamente, pues ello le otorgaba ventajas sobre sus demás compañeros, al conocer previamente las preguntas contenidas en la prueba.

Por último, sostiene que el procedimiento llevado a cabo por el Consejo Académico careció de suficiente información, y que no es correcto que “intempestivamente se haya cambiado la manera o el procedimiento como se venían adjudicando esos formularios”. Considera, además, que esa clase de concursos “deberían tener la debida publicación de los resultados, de la convocatoria de los parámetros a seguir etc... porque creo que eso sería transparencia en el proceso”. Finalmente, concluye que aunque en el proceso de selección no hubo mala intención, sí fue un proceso injusto.

2.7. Varios estudiantes del Colegio Simón Bolívar rindieron declaración ante el Juzgado. Ellos coinciden en señalar que el coordinador académico del Colegio les informó sobre la posibilidad de estudiar en la Universidad Nacional y que 15 alumnos debían presentar un examen para escoger a los 3 beneficiarios de los formularios enviados. Los estudiantes tienen diferentes opiniones acerca del proceso de selección y del examen como tal. Algunos consideran que los plazos para prepararse fueron muy cortos. Otros señalan que se trató de una prueba fácil. Uno de los estudiantes afirma que los tests “estaban viejos e inadecuados porque a pesar de que era una prueba tan importante no se tomaron el trabajo de hacer un test especial para ella”. Además, afirma que no parecía confiable que el Insuca fuera quien realizara la prueba, pues “era obvio que se trataba de favorecer a los alumnos que habían adelantado su preparación preicfes en ese instituto”. También sostienen que el hecho de que los dos estudiantes que quedaron en el primer puesto renunciaran al formulario es prueba de que se trató de un proceso irregular.

También se recibió la declaración de algunos profesores del colegio. Uno de ellos afirma que el proceso fue inequitativo y que debió realizarse como se hacía en años anteriores, en donde “para escoger los tres primeros estudiantes, el Colegio siempre lo hacía a través de un proceso, computando las notas desde el grado 6° al grado 10°, y los tres primeros estudiantes en mayor puntaje eran premiados con la entrega de estos formularios”. Relata que “hace unos cuatro años el colegio seleccionó a los cuatro mejores estudiantes por su puntaje y tres de ellos pasaron a estudiar Medicina en la Universidad Nacional y es tanto que se admiraron en la Nacional que un colegio de provincia meta tres estudiantes a Medicina, por lo cual la auditoría de la Universidad Nacional, desplazó una comisión hasta aquí a Samaniego, para verificar cómo se hacía la selección de los cuatro mejores estudiantes”.

Otros profesores apuntan que la entrega de los formularios se realizó de manera transparente y que no hubo ninguna irregularidad en el proceso. Además, señalan que los plazos fueron prudenciales y que la convocatoria se realizó básicamente informando a los padres de los 15 preseleccionados.

2.8. El día 5 de abril, el Juzgado solicita al rector la ampliación de su informe. También solicita información sobre si tanto Yehelena Patricia Melo como su hija se encontraban en uso de permiso el día de la convocatoria a la prueba -10 de marzo de 1999. El Coordinador de disciplina responde que la menor Ibeth Marcela Erazo no asistió a clases en la fecha indicada y que no se había presentado justificación por parte de su acudiente. Respecto a la madre de la menor el rector responde que la dirección del colegio sí le había concedido permiso para realizar actividades de tipo familiar en la fecha indicada. Además, el rector aclaró que los alumnos del grado 11 de la jornada de la noche no habían sido incluidos en el proceso de selección, porque en la comunicación enviada por la Universidad Nacional se señaló que el código de la jornada escogida era el N° 011817, que pertenece a la sección diurna.

2.9. El 23 de marzo, la Dirección Nacional de Admisiones de la Universidad Nacional responde al oficio enviado por el Juzgado. El Director informa que en desarrollo del artículo 5 del acuerdo 93 de 1989 el Comité de Admisiones establece periódicamente los Municipios que se benefician con el programa. Señala que el Colegio Simón Bolívar recibió tres formularios de inscripción para el proceso de admisión del segundo semestre de 1999.

3. Sentencia objeto de revisión

3.1 El ocho (8) de abril de 1999, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego, Nariño, denegó la tutela impetrada. En primer lugar, considera que “hubo una interpretación

errónea por parte de la madre de la citada menor” de la comunicación enviada por la dirección de admisiones de la Universidad Nacional, el 24 de febrero de 1999. Señala que la actora sostiene que lo que allí se solicita es “que se entreguen los formularios asignados dentro del programa ‘Mejores Bachilleres de municipios pobres’, a los tres alumnos que hayan obtenido el mejor promedio académico”. Sin embargo, el juzgado considera que, si bien es cierto que en dicho oficio se menciona que éstos deberán ser adjudicados a los mejores estudiantes, también se “dice que quienes se hagan acreedores deberán ser escogidos mediante una selección producto de ‘un proceso de amplia participación de la comunidad educativa y esté caracterizado por criterios de excelencia, equidad y transparencia’”. Lo anterior significa que “en esta ocasión la Universidad Nacional otorgó al colegio un mayor grado de determinación para que realice la selección ‘respetando’la manera como esta se realice”. Para el juzgado es claro que la determinación del Colegio de realizar el examen en cuestión es desarrollo y no contravención de lo pedido en la comunicación del 24 de febrero. Tampoco constituye una violación a los derechos de la menor Ibeth Marcela Erazo, pues ella “encabezaba la lista de los alumnos preseleccionados para participar en el proceso fijado para escoger los tres adjudicatarios de los formularios”.

De otra parte, considera el juzgado que “el cambio de políticas por parte de la Universidad Nacional con respecto al programa especial de admisión ‘Mejores bachilleres de municipios pobres’, no puede ser censurado, como tampoco el acatamiento de éstas por parte del Colegio, ya que ella es autónoma en sus decisiones, e igual autonomía y respeto brinda a la forma como el Colegio efectúa la selección”. Sostiene que no puede decirse que la intención del Colegio fue perjudicar o dañar a la hija de la actora, pues en sus actuaciones debe presumirse la buena fe. Añade que lo contrario, es decir, presumir la mala fe, debe demostrarse. Sin embargo, admite que “aunque la verdad se entiende que debido a la premura del tiempo y en el afán de enviar los formularios dentro de los plazos señalados por la universidad, la forma como se determinó y se realizó la selección no fue la mejor y valga la oportunidad para sugerirle al señor rector y a los entes que constituyen la espina dorsal del plantel, que con antelación y en la debida forma, permitiendo la participación de toda la comunidad educativa, entendida de la manera como la describe el artículo 6° de la Ley General de Educación, acogido también por el Manual de Convivencia del Plantel, se realice dicha selección, tal como lo solicita la Universidad Nacional dentro de un proceso amplio, democrático y participativo, evitando dejar esta atribución únicamente en manos del señor Rector y del Consejo Académico y algunos padres de familia”.

El Juzgado sostiene que no se había desconocido ninguno de los derechos invocados por la actora. El derecho a la igualdad no se encuentra vulnerado, pues la petente argumenta que su hija no fue notificada o convocada en debida forma, pero en ningún momento demuestra que ello haya obedecido a un acto discriminatorio en su contra. A lo anterior se suma el hecho de que la menor no asistió a clases el día de la convocatoria y no presentó la excusa exigida, y que, tanto ella como su madre, se enteraron del proceso de selección y de la prueba por realizar. La no entrega a la hija de la actora de uno de los formularios tampoco desconoce el derecho a la educación, dado que “el obtener el formulario tan sólo implica una expectativa de ingreso... y en ningún momento se le está negando el acceso a la educación superior”. Tampoco encuentra el juzgado violación alguna al debido proceso, pues las directrices dadas por la Universidad Nacional no constituyen un procedimiento. Adicionalmente, dado que ésta fue la primera vez que se aplicaron dichos criterios, el colegio no poseía reglamentación al respecto y, por lo tanto, las determinaciones que se tomaron en el proceso de selección están amparadas en el principio de la buena fe. Lo anterior, no impide que se reglamente el proceso “estableciendo un debido proceso que sea garantía para toda la comunidad educativa, que permita al máximo evitar cometer

errores que puedan empañarlo, generando malestar y desconfianza, y lo que es peor dando lugar a la arbitrariedad y violación de derechos.”

Por último, el juzgado hace un llamado al rector del Colegio y a las autoridades educativas para que se replantee “la necesidad de ofrecer verdaderos estímulos a los estudiantes que a lo largo de su historial escolar se han destacado siempre por su disciplina, esfuerzo, constancia, y dedicación, como es el caso de la alumna Ibeth Marcela Erazo Melo, pues además de ser un acicate para ella en su búsqueda de la excelencia en todos los actos de su vida, sean siempre el ejemplo para sus compañeros y la sociedad, demostrándoles con esto que son el orgullo de su plantel, su familia y toda la comunidad”.

3.2. La sentencia de primera instancia fue impugnada tanto por la actora como por el Personero Municipal. El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego no dio curso a la impugnación de la actora por haber sido formulada extemporáneamente, pero sí admitió la impugnación presentada por el personero municipal. Sin embargo, posteriormente, el 11 de mayo de 1999, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego rechazó la impugnación presentada por el Personero Municipal, bajo la consideración de que el agente del Ministerio Público no era parte en el proceso de tutela ni había sido delegado por el Defensor del Pueblo para ello, razón por la cual “a él no se le debió notificar la aludida sentencia y por ende no estaba legitimado para impugnarla”.

4. Pruebas recopiladas por la Corte Constitucional

El Magistrado Ponente le solicitó a la “Unidad de Apoyo a la Corte Constitucional” que se creó en el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional, en desarrollo del convenio de apoyo informático y bibliográfico que suscribió con esta Corporación, que le colaborara en la recolección de diferentes documentos e informaciones acerca del Programa Especial de Admisión para los Bachilleres de los Municipios Pobres, de la Universidad Nacional. La Unidad de Apoyo aportó distintos documentos que fueron de utilidad para la elaboración de la sentencia. De esos documentos se hacen algunas transcripciones en el curso de este pronunciamiento.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. La demandante, quien actúa en nombre y representación de su hija menor de edad, considera que el Colegio Nacional Simón Bolívar, de Samaniego, Nariño, vulneró los derechos de su hija a la educación, a la igualdad y el debido proceso, por cuanto no le otorgó uno de los tres formularios de inscripción enviados por la Universidad Nacional de Colombia, dentro del programa “Mejores Bachilleres de Municipios Pobres”, a pesar de que por sus logros académicos era merecedora de ello. Asegura que se presentaron ciertas irregularidades académicas en el proceso de selección de los estudiantes beneficiarios del Programa, pues además de modificarse la forma como estos se escogían, no se hizo una convocatoria en debida forma.

Por su parte, la menor sostiene que no se presentó a la prueba convocada por su colegio para seleccionar los estudiantes a los que se debía otorgar los formularios de la Universidad Nacional, porque tenía pleno convencimiento de ser merecedora de uno de ellos, en razón de contar con las mejores notas de su curso durante los últimos años. Critica el hecho de que intempestivamente se hubiera cambiado el procedimiento de adjudicación de los formularios. En su concepto, con un solo examen no se puede medir la dedicación y el esfuerzo de todo el bachillerato. Afirma que el procedimiento llevado a cabo por el Colegio no contó con la información suficiente, además de que se realizó de manera apresurada y de que ella no fue avisada directamente de la realización de la prueba.

2. El rector del Colegio Nacional Simón Bolívar expone que el Colegio siguió las directrices contenidas en la carta enviada, el 24 de febrero de 1999, por el Director del Departamento de Admisiones e Información Profesional de la Universidad Nacional de Colombia, en la que se manifestaba que se esperaba que la “selección de los mejores estudiantes de su Colegio corresponda a un proceso de amplia participación de la comunidad educativa y esté caracterizado por criterios de excelencia, equidad y transparencia”. Por ello, el colegio decidió aplicar un proceso de selección, de acuerdo con el cual se escogió a los 15 estudiantes del grado 11 que contaran con los mejores promedios de notas durante los últimos años para que realizaran una prueba tipo Icfes. Los tres formularios se entregaron, entonces, a los alumnos que obtuvieron los primeros promedios al computar el resultado de sus notas con el de la prueba. Expresa que se escogió este tipo de examen, pues, de acuerdo con la experiencia de años anteriores, “no siempre quien presenta los mejores resultados a nivel del Colegio tiene el mejor desempeño en la pruebas ICFES, o en las de la Universidad Nacional que son de mayor profundidad que aquellas.”

3. El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego, Nariño, denegó la tutela impetrada. Afirmó que la intención de la dirección de admisiones de la Universidad Nacional es la de que los formularios sean asignados luego de realizarse un proceso de selección amplio, que cuente con la participación de la comunidad educativa y se caracterice por tener criterios de excelencia, equidad y transparencia. Lo anterior implica un mayor grado de autonomía para el Colegio en la determinación del proceso a seguir. Considera que la Universidad es autónoma para cambiar las políticas del programa especial de admisión ‘Mejores bachilleres de municipios pobres’. En el mismo sentido, sostiene que debe presumirse la buena fe en el proceso llevado a cabo por el colegio demandado, aunque reconoce que “la forma como se determinó y se realizó la selección no fue la mejor”.

Problema jurídico

4. Se trata de establecer si el Colegio demandado vulneró los derechos fundamentales de la menor en nombre de la cual se instauró la presente acción de tutela, al modificar el procedimiento de selección de los alumnos a los que se debía entregar los formularios de inscripción a la Universidad Nacional, dentro del Programa Especial de Admisión para los Bachilleres de los Municipios Pobres.

El Programa de Admisión Especial para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres

5. El programa de “Mejores Bachilleres de Municipios Pobres” hace parte de los Programas de Admisión Especial -PAES- que ofrece la Universidad Nacional de Colombia. Estos programas nacen a partir de 1986, cuando la Universidad Nacional decidió abrir sus espacios académicos y culturales a bachilleres provenientes de zonas no urbanas ni centrales del país como una muestra “de la valoración que hay en el medio universitario por la diversidad cultural, social y geográfica y el deseo de hacer una Universidad realmente nacional y del Estado que posibilite a todos los sectores su participación en el proceso educativo”.

De esta forma, la Universidad, a través de diferentes acuerdos del Consejo Superior Universitario, ha creado tres programas especiales para el ingreso a la Universidad Nacional, a saber: 1) El programa de comunidades indígenas (acuerdo 22 de 1986); 2) El programa de mejores bachilleres de municipios pobres (acuerdo 93 de 1989); y 3) El programa de mejores bachilleres del país (acuerdo 30 de 1990).

En particular, mediante el Programa de Mejores Bachilleres de los Municipios Pobres “se pretende dar igualdad de oportunidades de acceso a la educación superior a bachilleres que

proviene de las regiones, en las que por el desequilibrio en el desarrollo regional se encuentran en estado de extrema pobreza y carecen de posibilidades para continuar estudios superiores, presentando las calidades académicas necesarias para alcanzar la formación superior”.

De acuerdo con el programa, un porcentaje equivalente al 2% de los cupos establecidos para cada carrera que ofrezca la Universidad son reservados para bachilleres provenientes de los municipios pobres. Para el efecto, cada semestre el Comité de Admisiones de la Universidad selecciona un grupo de municipios pobres del país, a cuyos colegios envía un determinado número de formularios de inscripción a los exámenes de admisión de la Universidad, para ser entregados a los mejores bachilleres. El número de formularios enviados varía, dependiendo de la situación económica de la universidad y, por consiguiente, de las partidas asignadas para el programa.

Los estudiantes que obtengan los formularios de inscripción deben superar el examen de admisión para poder ingresar a la Universidad. Sin embargo, para estos aspirantes la Universidad ha diseñado condiciones especiales de ingreso, con el fin de facilitar su acceso al centro de estudios superiores. Así, el puntaje que ellos deben obtener en el examen de admisión no es el corriente, sino un puntaje mínimo. De acuerdo con éste, los aspirantes logran ingresar a la Universidad si obtienen un resultado igual o superior al “último admitido en la carrera que requiera el menor puntaje de admisión en toda la Universidad”.

Además de la posibilidad de ingresar a la carrera de su escogencia con un puntaje mínimo, estos aspirantes reciben otros beneficios de parte del programa, a saber: la entrega gratuita de los formularios de inscripción (cuyo costo actual es de 31 mil pesos), y luego, para quien es admitido, el pago de matrículas mínimas, el derecho a solicitar el préstamo para estudiantes desde primer semestre, el derecho a solicitar cupo en la Corporación de Residencias Universitarias, y la posibilidad de beneficiarse de los programas y servicios que ofrece el Centro de Apoyo Académico y Cultural de los Programas de Admisión Especial.

6. La Universidad Nacional no ha trazado pautas específicas para la asignación de los formularios en cada colegio seleccionado. De acuerdo con la selección que realiza el Comité de Admisiones se reparten los formularios de programas especiales entre determinados centros educativos y son los planteles escogidos los que establecen los criterios para su asignación.

De la investigación realizada por la Unidad de Apoyo se obtiene que la universidad no cuenta con “una regulación omnicompreensiva sobre todos y cada uno de los aspectos y procedimientos que se realizan dentro de la ejecución de esos programas especiales. Así, una gran parte de ese procedimiento es mantenido por costumbre y decidido sobre la marcha por las directivas de la Universidad y por el Comité de Admisiones”.

En el desarrollo y puesta en práctica del Programa Especial para Municipios Pobres, la Universidad Nacional ha tenido que enfrentar la falta de criterios claros y de información actualizada para determinar cuáles son los municipios más pobres del país. Por tal razón, y atendiendo al hecho de que los beneficios que ofrece el programa constituyen un recurso escaso -que solamente puede ser brindado a unos pocos-, en uso de su autonomía y aplicando exegéticamente el considerando 4º del acuerdo 93 de 1989, que señala que los municipios serán “escogidos aleatoriamente”, la Universidad decidió rotar el programa entre los muchos municipios pobres del país.

Sin embargo, con el objeto de estimular el rendimiento académico de los colegios y escuelas públicos, se decidió continuar enviando formularios a aquellos municipios en los que por lo

menos uno de los alumnos graduados del colegio hubiere superado el examen de admisión de la universidad, en el semestre inmediatamente anterior. Ello, independientemente de si el estudiante ingresó a la universidad dentro del programa de mejores bachilleres de los municipios pobres o si ingresó como estudiante regular, puesto que lo que se pretende estimular es la preparación que otorga el colegio al estudiante. El correlato de esta medida es que cuando ningún estudiante de un colegio seleccionado logra obtener el ingreso a la Universidad, bien sea como regular o como beneficiario del programa especial, el municipio recibe una especie de sanción, pues debe esperar un semestre para poder volver a ser seleccionado.

7. El Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres tiene por fin facilitar el acceso a la Universidad a los bachilleres provenientes de las regiones más pobres del país. Estos estudiantes, como lo señalan los folletos de la Universidad, normalmente culminan su educación secundaria en medio de múltiples dificultades y carencias y con pocas posibilidades de continuar estudios superiores, a pesar de contar con las calidades académicas necesarias para hacerlo.

El programa favorece el ingreso de estos estudiantes a la Universidad, en la medida en que les reserva un número de plazas en cada carrera -equivalente al 2% del total de puestos disponibles- y les exige únicamente obtener en los exámenes de admisión un puntaje mínimo para el ingreso a la Universidad. Ello implica que los aspirantes que se presentan a través del programa compiten entre sí por los cupos a ellos destinados, sin tener que entrar a disputarse las plazas con todos los bachilleres interesados en ingresar a la Universidad. Asimismo, los resultados que se exigen de ellos en los exámenes de admisión no son tan altos como los que deben obtener los demás, pues pueden ser admitidos en la Universidad si superan el puntaje mínimo de la carrera que exige los menores resultados para el ingreso.¹

8. Obviamente, el interrogante que surge al observar el trato preferencial que brinda el Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres es si este favorecimiento no constituye una violación del principio de igualdad. Ello, por cuanto es evidente que coloca a los estudiantes provenientes de los colegios de los municipios pobres seleccionados en condiciones de ventaja para acceder a la Universidad, en desmedro de los otros miles de aspirantes a acceder a ella.

Esta pregunta ya ha sido respondida por esta Corporación, en su sentencia T-441 de 1997. En el fallo se estableció que, si bien la Constitución le reconoce a las universidades públicas autonomía, ello no implica que estén autorizadas constitucionalmente para disponer cualquier mecanismo de distribución de las plazas de estudio, pues la distribución de los mismos “deberá realizarse siguiendo criterios válidos desde la perspectiva de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución.” Ello, puesto que “[e]n las condiciones actuales del país, los cupos en las universidades públicas constituyen bienes escasos, es decir, pertenecen a la categoría de recursos respecto de los cuales es superior la demanda por el bien que las existencias de éste.”

¹ Importa destacar que, según informó la coordinadora del PAES, el trato especial que confiere este programa a los mejores bachilleres de los municipios pobres se incrementa en el caso de las localidades de los departamentos del Valle y Nariño, puesto que éstas son las dos únicas entidades territoriales en las que la educación pública funciona con el calendario B. Ello significa que en los exámenes de admisión para el segundo semestre los estudiantes de estos dos departamentos compiten entre sí por los cupos que ofrece este programa especial.

En la sentencia, la Corte expresó que cuando se trata de la repartición de bienes escasos no se puede partir de la base de que todos los interesados en ellos tienen derecho a recibirlos, razón por la cual la aplicación del principio de igualdad adquiere una modalidad específica en estas situaciones, “consistente en que todas las personas interesadas en la adjudicación del bien tienen derecho a estar en igualdad de condiciones para acceder al proceso de selección de los beneficiarios y a que su distribución se realice acatando los procedimientos establecidos.” Ello significa que para la distribución de esos bienes se requiere establecer criterios objetivos, los cuales “han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen”.

A continuación, la Corporación expresó que en otras sentencias ya se había establecido que “el mérito académico es el criterio básico para la asignación de cupos en las universidades públicas.”² Sin embargo, añadió que, si bien el mérito académico debía ser el criterio esencial para la asignación de los cupos en las universidades públicas, “es aceptable que las universidades utilicen otros criterios que flanqueen el parámetro básico de adjudicación de los cupos, cuando, por ejemplo, se persigue contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes a ingresar a la universidad, o se procura dar cumplimiento a los fines de la institución universitaria.”

Con todo, la Corte aclaró que esos otros criterios adicionales “no pueden desvirtuar el procedimiento general de otorgamiento de los cupos y deben tener en cuenta el merecimiento académico. Ello significa, por una parte, que el número de plazas de estudio por asignar de acuerdo con estos criterios será reducido con respecto al total de los cupos. Y, por la otra, que en el procedimiento de admisión de alumnos a través de estos criterios se debe tener en cuenta la capacidad académica de los aspirantes. Esto por cuanto la universidad ha de velar por que todos sus estudiantes estén en condiciones de terminar exitosamente sus estudios universitarios.”

De esta manera, la Corte reconoció la importancia de los exámenes de admisión y de las pruebas de estado como instrumentos neutros o medios legítimos de diferenciación que permiten establecer de alguna manera los conocimientos y condiciones de los aspirantes, aun cuando estableció que, si bien los exámenes de admisión constituyen momentos de igualación de los individuos, no todas las personas que los presentan se encuentran en igualdad de condiciones: “[D]adas las desigualdades existentes en punto a la calidad de la educación primaria y secundaria que se brinda en el país, se puede afirmar sin lugar a dudas que muchos escolares procedentes de zonas rurales pobres tienen apenas opciones de realizar un buen examen de admisión. A pesar de que las condiciones del examen tienden a crear un ambiente de igualdad, ellas no son suficientes para oponerse a la notoria desigualdad con que llegan los aspirantes al sitio de realización de las pruebas”. Por eso, la Corte sostuvo que aun cuando esta desigualdad de origen no conforma un argumento suficiente para desvirtuar el valor de las pruebas de admisión, “sí puede ser un argumento suficiente para que se brinde un tratamiento especial, en punto a la admisión en la universidad, a aquellos aspirantes que provienen de lugares con deficiencias en la prestación de la educación básica, a consecuencia del estado de atraso socioeconómico de sus sitios de proveniencia”.

Con base en los anteriores postulados, en la sentencia se ordenó a la Universidad de Cartagena que inaplicara los acuerdos que creaban cupos especiales para el ingreso a la Universidad “para los hijos y el cónyuge o compañero (a) permanente de los profesores,

² La Corte se refería a las sentencias C-022 de 1996 y C-210 de 1997.

empleados, ex-profesores, ex empleados y jubilados de la Universidad, para los bachilleres de las ciudades de Mompós y Magangué y para los deportistas”. Sin embargo, en esa ocasión se afirmó la validez constitucional de los cupos especiales que la misma Universidad había creado, mediante el Acuerdo 06/97, para los estudiantes de los municipios del Sur de Bolívar, concepto en el cual se encontraban comprendidos un buen número de municipios del departamento que demostraban una extrema situación de pobreza. El tratamiento favorable para los estudiantes provenientes de estas zonas fue justificado con el argumento de que las zonas pobres del país habían sido abandonadas tradicionalmente por el Estado y que este desamparo se extendía también al campo educativo, tanto en lo relativo a la cantidad de servicios prestados como a la calidad de los mismos. Por eso, se expresó: “se puede aseverar que, normalmente, los bachilleres de las zonas marginadas llegan a los exámenes de admisión con una clara desventaja con respecto a los demás examinados. El tratamiento especial para el ingreso a la universidad constituye, entonces, una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores.”

9. Como se observa, las condiciones a las que se hace mención en la sentencia T-441 de 1997 para que los criterios adicionales de ingreso a la universidad pública sean aceptables constitucionalmente, son cumplidas en forma estricta por el Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres de la Universidad Nacional. El programa respeta el criterio esencial de acceso a las universidades - el mérito académico -, en la medida en que determina que los formularios de inscripción se deben distribuir entre los mejores bachilleres de los colegios de los municipios pobres y, a la vez, exige que estos bachilleres presenten los exámenes de admisión y obtengan un puntaje mínimo en ellos. Además, el porcentaje de plazas de estudio que se reserva para estos bachilleres es reducido -el 2% del total de los cupos de cada carrera-, y, finalmente, el trato preferencial es otorgado a bachilleres de los municipios pobres, es decir, a personas que provienen de localidades tradicionalmente desamparadas por el Estado, para las cuales es aceptable, a la luz de la Constitución, que se creen programas de favorecimiento para contrarrestar el abandono secular al que han sido sometidos y, así, restablecer, de alguna manera, la igualdad entre los nacionales.

Por lo tanto, cabe concluir que el Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres se ajusta a la Constitución, a pesar de crear un tratamiento diferente y favorable, en materia de ingreso a la Universidad, para los bachilleres provenientes de los municipios pobres del país.

¿Vulneraron las directivas del Colegio Simón Bolívar de Samaniego, Nariño, los derechos fundamentales de la menor al modificar el mecanismo de selección de los alumnos a los que se debía entregar los formularios de inscripción a la Universidad Nacional?

10. La actora considera que las directivas del colegio Simón Bolívar vulneraron los derechos fundamentales de su hija cuando decidieron modificar el procedimiento que se había seguido tradicionalmente para seleccionar a los estudiantes a los que se debía distribuir los tres formularios de inscripción para el examen de admisión de la Universidad Nacional. Expone que en el pasado los formularios se adjudicaban a los estudiantes que tuvieran el mayor número de “excelentes” durante los últimos años y que su hija era la estudiante que más calificaciones de excelencia había reunido en su curso. Por lo tanto, estima que ella debió haber recibido uno de

los formularios. Igualmente, afirma que su hija no fue notificada debidamente acerca de la realización del examen incluido dentro del proceso de selección.

Las directivas del colegio afirman que se decidió modificar el sistema de selección, por cuanto en la carta que les remitió la Universidad se anotaba que los formularios debían entregarse a los mejores estudiantes del colegio, después de un proceso de selección que contara con una “amplia participación de la comunidad educativa, y caracterizado por criterios de excelencia, equidad y transparencia.” Además, aseveran que, puesto que la Universidad Nacional ha insistido siempre en que la permanencia del municipio dentro del programa depende de los resultados que obtengan sus bachilleres en los exámenes de admisión de la Universidad, era necesario garantizar que los alumnos seleccionados sí pudieran cumplir un buen papel en esos exámenes. Por esta razón se decidió que para la selección debían tenerse en cuenta tanto las notas obtenidas por los alumnos durante los últimos años de estudio, como los resultados que alcanzaran en pruebas similares a las que debían absolver para ingresar a la Universidad.

Así, pues, debe ahora resolverse si el colegio demandado vulneró los derechos de la menor cuando decidió modificar el procedimiento para la adjudicación de los formularios de inscripción a los exámenes de admisión en la Universidad Nacional.

11. La Universidad Nacional señala que es potestativo de los colegios determinar el procedimiento de selección de los alumnos a los que se debe entregar los formularios de inscripción, aun cuando agregó que la escogencia de los alumnos debía ser resultado de un proceso “democrático, transparente y equitativo.” Precisamente en uso de esa atribución, el colegio Simón Bolívar decidió inicialmente que los formularios debían adjudicarse a los estudiantes que demostraran los mejores promedios de calificaciones durante los últimos años del bachillerato y, posteriormente, que este criterio debía combinarse con una prueba similar a la que debían presentar los estudiantes para la admisión en la Universidad.

Del texto de la carta enviada por la Universidad Nacional, el 24 de febrero de 1999, no se deduce necesariamente que el colegio tenía que modificar su procedimiento de selección de los alumnos a los que se debía entregar los formularios. Sin embargo, no considera la Corte que fuera imperioso que la Universidad exigiera esa modificación para que el colegio pudiera proceder a hacerla. En distintos pronunciamientos recogidos en esta sentencia, los directivos del Colegio expresaron que no siempre los estudiantes que contaban con buenos promedios de notas realizaban un buen examen de admisión en la Universidad y que era un claro interés del Colegio asegurar que los alumnos escogidos tuvieran un buen desempeño en los exámenes de la Universidad, con el fin de que el Colegio continuara siendo considerado en el Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres de la Universidad Nacional. La modificación que incorporaron al método de selección se ajusta a ese interés, puesto que se espera que el examen tipo ICFES que deben absolver los estudiantes preseleccionados demuestre las condiciones de cada uno de ellos para este tipo de pruebas. Por lo tanto, el cambio que se introdujo en el proceso de selección se ajusta claramente a la meta que se habían trazado las directivas del Colegio de que éste continuara siendo beneficiario del programa aludido.

Así, pues, cabe concluir que el Colegio está facultado para modificar, en el momento en que lo considere conveniente para lograr unos fines determinados, los procedimientos de selección de los bachilleres que deben recibir los formularios de la Universidad Nacional. Ahora bien, la actora plantea que la modificación realizada por el colegio significó una vulneración de los derechos fundamentales de su hija, puesto que ésta contaba con el mayor número de excelentes

durante los últimos años de bachillerato y esta situación, de acuerdo con el mecanismo anterior, le garantizaba la obtención de un formulario.

No comparte la Corte la posición de la actora. Varias razones fundamentan la conclusión de esta Corporación. En primer lugar, debe señalarse que la menor no contaba con un derecho adquirido en este campo, sino con una mera expectativa, condición ésta que queda clara cuando se advierte que la Universidad Nacional podría haber decidido no incluir dentro del Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres, para el segundo semestre de 1999, al Colegio Simón Bolívar de Samaniego.

De otra parte, el hecho de que en el pasado se hubiera utilizado el procedimiento mencionado por la demandante, no significa que el Colegio deba estar atado a él de manera permanente. Como ya se señaló, si el Colegio encontraba que los resultados académicos de los últimos años del bachillerato no eran suficientes para medir las posibilidades de éxito de los estudiantes en el examen de admisión y, por consiguiente, consideraba que era necesario añadir un elemento más en la selección de los alumnos con el objeto de que el Colegio tuviera mejores posibilidades de continuar siendo beneficiado con el Programa, estaba autorizado para modificar el mecanismo de selección. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Colegio no descartó de manera definitiva el procedimiento que utilizaba en el pasado, sino que lo complementó. Obsérvese que el rendimiento académico de los grados 8, 9 y 10 también recibía un puntaje, equivalente a la mitad del total de los puntos que se podían obtener en el proceso de selección. Precisamente, la menor Ibeth Marcela Erazo recibió 50 puntos por su rendimiento académico, la cifra máxima que se podía obtener por ese rubro.

Además, el nuevo procedimiento fue dado a conocer a todos, en igualdad de condiciones. La actora expresa que su hija no fue convocada debidamente a la prueba que iba a realizar el INSUCA. Las mismas directivas del Colegio reconocen que los trámites relacionados con la selección de los alumnos estuvieron rodeados de precipitación, dado que la carta de la Universidad Nacional llegó pocos días antes de que se tuvieran que enviar los formularios diligenciados. Ello confirmaría que la citación a la prueba no cumplió con formalidades que podrían ser propias de estas situaciones. Sin embargo, lo cierto es que tanto la menor como la actora se enteraron debidamente de la realización de la prueba. Si bien las dos no se encontraban en el Colegio el día en que se notificó a los demás alumnos acerca del examen, ellas sí fueron informadas de que se iba a realizar. El hecho mismo de que la actora se desempeñe como secretaria del Colegio la pone en una situación privilegiada para estar al tanto de los sucesos de la institución. Pero, aparte de ello, en el expediente consta que tanto a la actora como a su hija se les invitó a que la menor participara en la prueba, propuesta que fue rechazada por las dos. Lo anterior permite concluir que el Colegio en ningún momento discriminó a la menor Ibeth Marcela Erazo. A ella se le concedió un trato igual que a los demás estudiantes, trato que ella no aceptó por considerar que merecía recibir los formularios sin ningún requisito adicional a los resultados académicos de los últimos años.

Las razones anteriores conducen a esta Corporación a confirmar la sentencia pronunciada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego, Nariño, que denegó la tutela impetrada.

12. Para terminar, la Corte considera importante hacer un llamado a la Universidad Nacional para que organice de mejor manera el desarrollo del programa. Como se ha señalado en esta sentencia, el Programa de Admisión para Mejores Bachilleres de Municipios Pobres es

sustentado constitucionalmente como una forma de promoción de la igualdad real y de favorecimiento de las regiones marginadas del país. La importancia de esta fórmula especial de admisión a la Universidad exige que los problemas organizativos que se pudieron observar en este proceso sean resueltos prontamente. Así, por ejemplo, la tardía comunicación a los Colegios acerca de su inclusión dentro del programa para un semestre determinado, puede implicar que ellos no puedan cumplir con los trámites necesarios y que, entonces, sus alumnos pierdan la oportunidad que se les brinda. Igualmente, parece indicado que la Universidad tenga un mayor control acerca de la forma en que los colegios fijan los procedimientos que deben seguirse para la selección de los alumnos beneficiarios del programa, de manera que se garantice el consenso de la comunidad educativa alrededor de esos mecanismos.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** la decisión del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego, Nariño, proferida el ocho (8) de abril de 1999, por medio de la cual se **DENEGO** la tutela presentada por Yehelena Patricia Melo contra el Colegio Simón Bolívar de Samaniego, Nariño.

Segundo: Líbrense por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-788

octubre 13 de 1999

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Pronunciamiento judicial que deje sin efectos sanción de destitución atinente a legalidad de ejecución

DEBIDO PROCESO- Vulneración por cuestionamiento de actos administrativos no considerados en proceso judicial

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Incompetencia sobre procedimientos disciplinarios pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación

ACCION DE TUTELA- Subsidiariedad

Referencia: Expediente T-226595

Acción de tutela instaurada por William Gildardo Pacheco Granados contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa y la Dirección de la Policía Nacional.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., octubre trece (13) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá y por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por William Gildardo Pacheco Granados contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa y la Dirección de la Policía Nacional.

I. HECHOS

Los hechos constitutivos de la presente acción pueden resumirse de la siguiente manera:

· Mediante Decreto 2394 del 21 de octubre de 1991 suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de la Defensa, el accionante William Gildardo Pacheco Granados, fue separado en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, teniendo a la sazón el grado de Teniente, sanción que le fuera impuesta en la investigación disciplinaria interna que efectuara, en primera instancia, el Comandante del Departamento de Policía del Magdalena y, en segunda, el Director General de la Policía Nacional.

· El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo del 20 de febrero de 1998, declaró la nulidad del fallo de primera instancia del 22 de mayo de 1991 y del auto del 18 de julio de 1991, proferidos por el Comandante del Departamento de Policía del Magdalena; así como del fallo de segunda instancia, del 22 de agosto de 1991, expedido por el Director General de la Policía Nacional, por medio de los cuales se le había impuesto al accionante la sanción de separación absoluta del servicio activo y del Decreto 2394 de 1991, por el cual se le dio cumplimiento a la sanción.

· Mediante Decreto 2631 del 23 de diciembre de 1998, dictado por el Presidente de la República y el Ministro de la Defensa Nacional, en acatamiento al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ordena el reintegro del Teniente, su ascenso al grado de Capitán y la cancelación de salarios, incrementos y prestaciones sociales, pero sólo desde el 21 de octubre de 1991, fecha de la sanción anulada, hasta el 15 de marzo de 1994, fecha en la que se inscribió en su hoja de vida la sanción de destitución por hechos distintos y contra el mismo Oficial, ordenada por la Procuraduría General de la Nación en las Resoluciones Nos. 015 del 10 de julio de 1992 de la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y No. 017 del 22 de noviembre de 1993, proferida por el señor Procurador General de la Nación.

El actor estima que sus derechos constitucionales al debido proceso, al trabajo, de acceso a la administración de justicia, a la igualdad y de petición han resultado quebrantados, ya que el Decreto Presidencial 2631 del 23 de diciembre de 1998 no cumplió -en estricto sentido- con la orden de reintegro emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Como argumentos adicionales, el actor manifiesta que la sanción disciplinaria que fuera ordenada por la Procuraduría General de la Nación, no podía ser ejecutada por el Director de la Policía Nacional, como se hizo, sino por el Presidente de la República, por lo que existe una manifiesta falta de competencia que la hace inoperante.

Por último, entre las varias irregularidades que cita, sostiene que cuando se expidió el Decreto 2631 del 23 de diciembre de 1998, la sanción disciplinaria que le fuera impuesta por la Resolución 017 del 22 de noviembre de 1993, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 015 de 1992 estaba prescrita, partiendo de la fecha de proferimiento de la decisión de segunda instancia, situación que dejaba en el vacío la orden de suspensión, lo que justifica la obligatoriedad de su reintegro en la forma incondicional.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

· La Decisión Judicial de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante providencia del 5 de abril de 1999, decidió negar la tutela con base en las siguientes razones:

En primer lugar, señala que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca no sabía de la existencia de la sanción disciplinaria de destitución que se originó en hechos y providencias distintas de las que examinó, pues de haber sido así, seguramente la decisión hubiese sido distinta y acorde con la realidad, cual era que el Oficial, cuyo reintegro se ordenaba, ya había sido destituido por razón de un diligenciamiento diferente.

A juicio del *a quo*, el Presidente de la República no podía desconocer que la Procuraduría General de la Nación cuenta con los mecanismos y facultades legales y constitucionales para haber procedido a la destitución del Oficial de la Policía, por lo que, en su criterio, estas decisiones judiciales no podían ser ignoradas al acatar la orden de reintegro emanada del juez administrativo.

Por lo anterior, concluye que en el proceder de la Presidencia de la República, no existió ánimo arbitrario o voluntad caprichosa, sino el acatamiento al fallo disciplinario proferido por el órgano competente, por lo que concluye que no existió lesión alguna a los derechos constitucionales del actor.

· La Impugnación

Inconforme con la determinación, criticando la falta de estudio de la problemática planteada por parte del Tribunal, el peticionario impugna el fallo de primera instancia para lo cual hace una amplia exposición sobre la falta de cumplimiento de la orden del juez administrativo, así como también de la ocurrencia de serias irregularidades en el trámite disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación.

Lo primero que refiere el recurrente es la completa ausencia de participación de la Policía Nacional en el proceso administrativo, a tal punto que no contestó la demanda, no presentó pruebas y no reportó en ningún momento la existencia de la sanción disciplinaria, la cual el propio accionante vino a conocer en el Decreto 2631 de 1998, violándose de paso el debido proceso por parte de la Procuraduría General de la Nación pues no le notificó dicha sanción. Proceder “oscuro y desleal” que -dice el actor- no le otorgó la oportunidad de defenderse.

Insiste el impugnante que su objetivo no es controvertir las resoluciones por medio de las cuales se le impuso por la Procuraduría General de la Nación la sanción disciplinaria, sino la forma como se “inscribió”, pues no debía efectuarla el Director de la Policía Nacional, tal cual se hizo, sino el propio Presidente de la República.

Reitera que también resulta vulnerado el derecho a la igualdad, como quiera que en caso similar se procedió al reintegro en las condiciones señaladas en la sentencia correspondiente.

Para concluir, reproduce extensos apartes de varias decisiones de la Corte Constitucional, según las cuales se puede acudir a la acción de tutela para lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales.

· Impugnación del Presidente de la República

Mediante apoderada especial, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República intervino para impugnar la acción incoada pues, en su criterio, no existe violación de ningún derecho fundamental pues en la expedición del Decreto cuestionado, el Presidente de la República cumplió a cabalidad con la sentencia proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del 20 de febrero de 1998.

· La Decisión de Segunda Instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante sentencia del 18 de mayo de 1999, decidió confirmar la providencia de alzada, al considerar que el petente puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para satisfacer sus pretensiones.

En efecto, sostuvo el *ad quem*:

“Como resulta del escrito de interposición de esta acción y de las pruebas recaudadas hasta el momento, el acto que se reputa como lesivo de los derechos fundamentales es el Decreto 2631 del 23 de diciembre de 1998, por medio del cual el Presidente de la República ajusta el cumplimiento de una sentencia, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo, conforme a los datos que obran en la hoja de vida de un ex oficial de la Policía Nacional,

decisión que por su naturaleza, contenido y el funcionario que la profiere, debe ser catalogada como administrativa, en forma tal que luego de agotada la vía gubernativa, su cuestionamiento sólo es procedente por la vía contencioso administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

“... ”

“Circunstancias como la prescripción de las sanciones disciplinarias, la competencia del Director de la Policía Nacional o del Presidente de la República para efectivizar la anotación y registro de este tipo de sanciones, entre otras, solamente pueden ser dilucidadas por el juez natural, quien con los elementos del juicio del caso puede llegar a conclusiones acertadas, acordes con una administración de justicia responsable. El juez de tutela carece de los elementos de juicio suficientes para adoptar una determinación, máxime cuando serias y completamente razonables se encuentran las motivaciones del ejecutivo, contenidas en el Decreto 2631, con el que se encuentra absolutamente inconforme el actor, que hacen que se aleje la consideración de que se trata de un acto manifiestamente arbitrario e identificable con el caprichoso interés por incumplir la orden judicial.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, para revisar el fallo de la referencia, según lo preceptúan los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. La Materia

Se plantea a la Sala de Revisión el examen de si una sanción disciplinaria que se halla en firme, que está debidamente ejecutoriada y cuya legalidad no ha sido enervada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede quedar sin efecto, so pretexto del deber de dar estricto cumplimiento a una orden judicial de reintegro, que una autoridad judicial ha proferido como resultado de un proceso en el que examinó la legalidad de actos y providencias que impusieron una sanción disciplinaria distinta de aquella cuya efectividad origina el pretendido desconocimiento de los derechos fundamentales del tutelante.

Así mismo, debe la Sala decidir si la tutela es procedente para adelantar esta discusión cuando, por la vía judicial se ofrecen recursos procesales idóneos para controvertir la cuestión que pretende debatirse en estrado de tutela, y estos no se han interpuesto.

3. El Caso Concreto

En punto a la decisión que se adoptará en el presente fallo, la Sala Octava de Revisión estima que, como punto de partida, es imprescindible hacer claridad acerca de las situaciones que, diferenciadas por sus supuestos fácticos, dieron lugar a los actos administrativos y a los pronunciamientos judiciales que fueron tenidos en cuenta por el Decreto 2631 de diciembre 23 de 1998 pues, pese a que el accionante sea su común destinatario, tienen un alcance diferenciado por su ámbito material y sus efectos, así:

- La primera concierne al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que culminó con la orden de reintegro del accionante, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como consecuencia de la anulación de los siguientes actos:

- El fallo del 2 de mayo de 1991 y el auto del 18 de julio de 1991, proferidos por el Comandante del Departamento de Policía de Magdalena.

- El fallo del 22 de agosto de 1991 proferido por el Director General de la Policía Nacional; y,

- El Decreto 2394 del 21 de octubre de 1991, proferido por el Presidente de la República por el cual se ordenó el retiro del servicio activo en forma absoluta de la Policía Nacional del accionante, que para entonces tenía el grado de Teniente.

- La segunda situación, es la atinente a la expedición por parte de la Procuraduría General de la Nación de las Resoluciones 015 de julio de 1992 y 017 del 22 de noviembre de 1993, ejecutadas mediante la Resolución 2117 de 1994 expedida por el Director General de la Policía Nacional, a consecuencia de las cuales, se impuso al accionante sanción de destitución, según anotación en su hoja de vida que también hizo efectiva el Decreto Presidencial 2631 de diciembre 23 de 1998 en cuestión.

Es pertinente puntualizar que ninguno de estos actos ha sido demandado ni declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

- **El carácter subsidiario de la acción de tutela y la existencia de otros mecanismos de defensa.**

En el presente caso, el peticionario pretende que mediante fallo de tutela se ordene a la autoridad demandada dejar sin efecto la sanción de destitución que le fuera impuesta por la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y confirmada por el señor Procurador General de la Nación, en orden a que expida un Decreto Presidencial que lo reintegre en forma incondicional.

En efecto, el actor sustenta la violación a sus derechos fundamentales, no en el cumplimiento mismo de la sentencia que culminó con el proceso 91-28094, sino en los procedimientos que llevaron al cumplimiento de la sanción de destitución que le fuera impuesta por la Procuraduría General de la Nación y hecho efectiva mediante la Resolución 2117 de 1994 expedida por el Director General de la Policía Nacional.

Tal violación, en su sentir se produce, por cuanto, en su criterio le correspondía al Presidente de la República y no al Director de la Policía Nacional cumplir con la ejecución de la sanción de destitución solicitada por la Procuraduría General de la Nación mediante las resoluciones 015 de julio de 1992 y 017 del 22 de noviembre de 1993, pues en la medida en que ya había sido retirado del cargo, el cumplimiento de dicha solicitud, en su criterio sólo era viable mediante la anotación en la hoja de vida que se hiciera en virtud del Decreto Presidencial.

Así pues, juzga la Sala que la razón de inconformidad del accionante no se endereza a cuestionar el cumplimiento por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa de la sentencia judicial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuanto más bien se dirige a atacar la anotación de la sanción de destitución -que por hechos y providencias distintas de las anuladas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- dispusiera el Director de la Policía Nacional mediante Resolución No. 2117 del 15 de marzo de 1994.

Así las cosas, esta Sala considera que la acción de tutela no es procedente en el presente caso para satisfacer la mencionada pretensión, por cuanto, existe otro medio de defensa idóneo para solucionar el conflicto planteado.

Ciertamente, en este caso, la tutela no es el instrumento al que excepcionalmente pueda acudir para obtener un pronunciamiento judicial que deje sin efectos la sanción de destitución que el tutelante cuestiona por razones que, en esencia tienen que ver con la legalidad de su ejecución, pues existen **sin agotarse** otros medios para hacerlo, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por lo demás, la Sala estima que en el caso objeto de controversia los señalados medios de defensa judicial que tiene a su alcance el demandante son adecuados y suficientes para satisfacer su pretensión, pues si el juez de lo contencioso administrativo encuentra probada la transgresión del régimen constitucional y legal que garantiza el derecho al debido proceso, así lo declarará y, en consecuencia, anulará la actuación contraria al ordenamiento jurídico y restablecerá el derecho desconocido.

Por otro lado, tampoco encuentra la Corte que el accionante haya demostrado un perjuicio irremediable que le cause un daño que implique amenaza grave y que amerite el amparo transitorio, como tampoco lo halla evidenciado de los elementos aportados a las presentes diligencias.

Por el contrario, como quedó visto, el Decreto Presidencial No. 2631 del 23 de diciembre de 1998 cuya expedición origina la cuestión que el accionante pretende debatir en este estrado, por razones distintas al cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia del 20 de febrero de 1998 -valga esta reiteración-, no comporta vulneración alguna a sus derechos constitucionales fundamentales pues, como acertadamente lo evaluaron los falladores de instancia, la parte del mismo en que el Presidente de la República efectiviza la sanción de destitución que le fuera impuesta por hechos y providencias distintas de las anuladas por el juez administrativo, no fue producto de su voluntad subjetiva o de su decisión arbitraria sino, por el contrario, es la resultante del cumplimiento del deber que la Constitución y la Ley le imponen de dar estricta observancia a decisiones judiciales en firme, cuya legalidad, por ende, no puede jurídicamente desconocer, pues están amparadas por la respectiva presunción y es también su deber darles cumplida ejecución mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo no ordene lo contrario.

En efecto, en el cuestionado Decreto Presidencial se lee:

“ ...

Que igualmente se ordenó el reintegro a la Policía Nacional del señor William Gildardo Pacheco Granados, en el grado que le corresponda de acuerdo al escalafón, antigüedad y demás requisitos y prestaciones sociales a que haya lugar, con los respectivos incrementos, desde la fecha de su retiro hasta cuando se opere el reintegro sin que exista solución de continuidad para todo efecto legal en la prestación del servicio del citado Oficial;

Que para la época en que se produjo la desvinculación del señor Teniente William Gildardo Pacheco Granados, éste ya había cumplido con todos los requisitos necesarios para ascender al grado de Capitán;

Que mediante Resoluciones 015 del 10 de julio de 1992 y 017 del 22 de noviembre de 1993, la Procuraduría Delegada para la defensa de los Derechos Humanos, en otro proceso disciplinario solicitó la destitución del mencionado Oficial;

Que mediante Resolución 2117 del 15 de marzo de 1994, la Policía Nacional ejecutó la solicitud de la Procuraduría, anotando en la respectiva hoja de vida la sanción de destitución,

toda vez que el Teniente William Gildardo Pacheco Granados ya se encontraba retirado de la institución policial;

Que por esta última razón, se considera que la Administración debe reintegrar al oficial que nos ocupa, únicamente hasta el día 15 de marzo de 1994, fecha en que se expidió la Resolución por la cual se dio cumplimiento a lo solicitado por la mencionada Procuraduría respecto a la segunda destitución.

Decreta:

ARTICULO 1º. Reintégrese al servicio activo de la Policía Nacional al señor Teniente William Gildardo Pacheco Granados C.C. 79125842.

ARTICULO 2º. Ascíndese al grado de Capitán al Teniente William Gildardo Pacheco Granados, con fecha primero (1º) de junio de 1992.

ARTICULO 3º. El Reintegro del citado Oficial producirá efectos hasta el quince (15) de marzo de 1994, en cumplimiento a lo dispuesto por la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, mediante resoluciones 015 y 017 de 1992 y 1993, respectivamente y 2117 del 15 de marzo de 1994 de la Dirección General de la Policía Nacional.

ARTICULO 4º. Líquidese y páguese de acuerdo con la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los salarios y demás emolumentos dejados de percibir por el lapso comprendido entre el veintiuno (21) de octubre de 1991 y el quince (15) de marzo de 1994.

ARTICULO 5º. Téngase como efectivamente trabajado por el Capitán William Gildardo Pacheco Granados y sin solución de continuidad, el tiempo comprendido entre el veintiuno (21) de octubre de 1991 y el quince (15) de marzo de 1994.

...”

A juicio de esta Sala el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca implicaba dejar sin efecto todos los fallos y actos que dicho Tribunal anuló. Por obvias razones, los efectos del señalado fallo no pueden jurídicamente extenderse ni cobijar actos o providencias que no constituyeron la materia de su decisión. De ahí que sea jurídicamente insostenible la tesis que en este estrado pretende hacer valer el actor, al pretender que sus efectos cobijen también la Resolución 2117 del 15 de marzo de 1994 expedida por el Director General de la Policía, y las Resoluciones sancionatorias proferidas por la Procuraduría General de la Nación que le antecedieron, que dicho sea de paso, están amparados por la presunción de legalidad.

Es claro que el Presidente de la República no puede cuestionar otros actos administrativos vigentes, válidos y eficaces, no considerados en el proceso judicial. Cuestionar estos actos sí implicaría, por el contrario violar principios y derechos constitucionales tales como el de la legalidad, el de la igualdad frente a la ley y el debido proceso.

Para concluir, la Sala estima oportuno señalar que en razón al ya tradicional principio de separación de los poderes públicos, los procedimientos disciplinarios que atañen a la Procuraduría General de la Nación o las actuaciones administrativas o judiciales de la Policía Nacional, son del todo ajenas a la órbita en la que el Presidente de la República puede ejercer en forma constitucionalmente válida sus competencias.

Una decisión contraria al respecto a la órbita constitucional de competencia de los poderes públicos, sí entrañaría desbordamiento de sus poderes constituidos, por lo cual, mal podría el juez constitucional siquiera en dejar de recalcarlo en términos categóricos.

Infiérese de lo anterior que ninguno de los elementos excepcionales indicados se presenta en este caso, por lo cual, la controversia deberá ser resuelta por la justicia ordinaria, en estrado diferente al del juez constitucional.

Al tenor de los criterios precedentes, esta Sala confirmará el fallo objeto de revisión, y reiterará su uniforme jurisprudencia, en la que la Corte Constitucional a través de sus distintas Salas de Revisión ha sido enfática en recordar que, conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo de protección excepcional que debe operar únicamente cuando el sistema jurídico no haya previsto otros medios de defensa, o si analizadas las circunstancias del caso concreto, las vías procesales resultan ineficaces o puramente teóricas para lograr la protección invocada, sobre la base de la urgencia con que se requiere la orden judicial, o para evitar un perjuicio irremediable.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que denegó la tutela interpuesta por William Gildardo Pacheco Granado, fallo que a su vez confirmó la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

Segundo. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-789

octubre 14 de 1999

ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS- Ponderación de publicación de lista de deudores morosos

ACCION DE TUTELA- Requisitos para la procedencia en casos de mora en pago de cuotas de administración en conjunto residencial

ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL- Suspensión de servicios propios

ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL- Lista de deudores morosos, uso de citófono, ingreso de taxis y compras por porteros

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

Referencia: Expediente T-244.661

Acción de tutela presentada por Alvaro Diego Muñoz Becerra y otros contra el administrador del Edificio Montecatini, en la ciudad de Medellín.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en sesión de la Sala Segunda de Revisión, a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre la sentencia proferida el veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, en la tutela instaurada por Alvaro Diego Muñoz Becerra y otros contra el administrador del Edificio Montecatini, de Medellín.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de la Corte, en auto de fecha 16 de septiembre de 1999, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes, que actúan a través de apoderada, manifiestan que el administrador de la copropiedad demandada, les ha violado sus derechos fundamentales a la igualdad (art. 13), a la intimidad (art. 15), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y a la honra (art. 21), consagrados en la Constitución. Por esta razón, el 25 de mayo de 1999, presentaron acción de tutela ante el Juez Penal Municipal de Medellín.

a) Hechos

Los demandantes están atravesando una difícil situación económica, lo que ha llevado a que deban más de 30 meses de cuotas de administración en el edificio en donde viven. Esta deuda, actualmente, está por encima de \$18'000.000,00.

Por ello, la administración del edificio, representada por el señor Pedro Cárdenas Gutiérrez, impartió al personal de la portería, el 12 de mayo de 1999, la siguiente orden:

“La familia Muñoz Becerra está informada de que ustedes no les abrirán la puerta, no atenderán a sus visitantes, no les permitirán el ingreso de taxis, no utilizarán el citófono para ellos y no les efectuarán compras de prensa, leche o gaseosa.” (folio 5)

Además, señala que la administración ha fijado avisos en el ascensor y en la portería, en los que se da a conocer que el señor Muñoz está en mora. También, se han presentado incidentes como el que ocurrió con el joven Juan Camilo Valencia, que fue abordado por unos vecinos, que le reclamaron la mora en que ha incurrido su familia.

Por otra parte, para el cobro de lo adeudado, actualmente está en trámite un proceso ejecutivo en el Juzgado Sexto Civil Municipal de Medellín.

Finalmente, la apoderada de los demandantes, en el escrito de tutela, manifiesta que la familia Muñoz Valencia se trasladó, temporalmente, a la ciudad de Bogotá *“tratando de dar un receso a la penosa situación a que están abocados y que ha hecho imposible la vida de mis poderdantes.”* (folio 3)

b) Actuación procesal

Admitida la demanda, se ordenó notificar y recibir declaraciones de la familia Muñoz Valencia.

El demandado explicó al juzgado que las órdenes dadas a los porteros están amparadas en el reglamento de propiedad horizontal, elevado a escritura pública Nro. 5121, de la Notaría 12 de Medellín, de fecha 31 de agosto de 1988, especialmente, en lo dispuesto en el artículo 22, que trata sobre *intereses de mora y suspensión de servicios comunes*. El saldo actual de la deuda de la familia Muñoz es de \$20'295.805, correspondiente a 31 cuotas vencidas. Manifiesta que la comunidad se ve, con esta mora, seriamente perjudicada, pues no se han podido atender oportunamente las obligaciones con los empleados y los proveedores.

Dice el administrador que, salvo unos pequeños pagos en abril y noviembre de 1996, y un intento de arreglo en marzo de 1997, cuando la esposa del señor Muñoz firmó 6 letras para respaldar la deuda, y que sólo se pudo hacer efectiva la primera. Opina que la familia Muñoz no ha demostrado interés en cumplir sus obligaciones. Actualmente se encuentran en proceso de cobro las letras, en el Juzgado Sexto Civil Municipal.

Aclara, que en ningún momento se les ha negado la entrada a la familia Muñoz o a sus visitantes. Sólo se les ha suspendido el servicio de anuncio a través de la portería, por esto, la familia Muñoz debe estar pendientes de la llegada de sus visitantes, para abrirles la puerta. Tampoco es cierto que se le ha dicho a alguien que la familia Muñoz no viva allí.

Sobre la negativa de ingreso de taxis al interior del edificio, manifiesta que corresponde a una medida general, y obedece a razones de seguridad, que se aplica, sin excepción, a todos los residentes del edificio, desde agosto de 1998. En cuanto a la publicación del estado de cuenta de los propietarios morosos, la lista se encuentra fijada en el ascensor, y no en la portería. Allí están los estados correspondientes de todos los propietarios morosos, y no sólo información

T-789/99

del demandante. Recuerda que en la sentencia T-247 de 1998, la Corte señaló que esta clase de información no vulnera el derecho a la intimidad, y contiene datos de importancia económica para los habitantes de los conjuntos residenciales.

Respecto de los incidentes que se han presentado con Juan Camilo Valencia, que es una persona adulta, por parte de algún residente, considera que no obstante ser la administración ajena a esta clase de reclamos, estima que pueden obedecer al trato tan favorable que siempre se le ha dado a la familia Muñoz. En efecto, manifiesta que la falta de pago ha generado un déficit tan grande en el presupuesto del edificio, que los 17 propietarios restantes decidieron asumir el pago de las cuotas mensuales de administración que está a cargo de la Familia Muñoz, pero los copropietarios se sienten engañados, pues esta familia no ha hecho ninguna manifestación para arreglar su deuda.

Para probar esta situación, el administrador acompañó copia de las cuentas y el acta de la junta (fecha 22 de diciembre de 1997), donde se acordó la aprobación de una cuota extraordinaria mensual, facturada en partes iguales entre 17 de los 18 copropietarios (folios 11 y 12), excluyendo, de este pago, a la familia Muñoz (folio 36).

c) Actuación procesal

El Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín, durante el trámite de la tutela, tuvo conocimiento de que se adelantó un proceso contravencional contra el administrador del edificio, por el presunto delito de “ejercicio arbitrario de las propias razones”, siendo querellante el demandante de esta tutela, Alvaro Diego Muñoz Becerra. Por ello, el juez de tutela solicitó al Juzgado Cuarto Penal Municipal copia de las diligencias.

Estas diligencias fueron incorporadas a la presente tutela. La querrela fue presentada el 13 de mayo de 1999, por el señor Alvaro Diego Muñoz, ante la Inspección de Policía Municipal de Medellín, con base en la comunicación entregada por el administrador a los porteros, de fecha 12 de mayo de 1999, en la que se suspenden, a la familia Muñoz, los servicios de administración. El proceso terminó con la providencia del Juzgado Cuarto Penal Municipal, de fecha del 21 de mayo de 1999, en la se que dictó resolución inhibitoria, por **atipicidad** de la conducta. (folios 42 a 52)

Es de anotar que 4 días después de esta providencia inhibitoria, se incoó la presente acción de tutela.

d) Sentencia de primera instancia

En sentencia del 16 de junio de 1999, el Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín denegó, por improcedente, la tutela impetrada. Estimó el juez que según las pruebas allegadas no se ha estipulado cuál es el derecho fundamental lesionado por la administración del edificio, pues lo que se ha presentado en este caso es la aplicación del reglamento de copropiedad. Y en esta aplicación no ha habido vulneración de derechos fundamentales.

e) Sentencia de segunda instancia

Impugnada esta decisión por la apoderada de la parte demandante, el Juzgado 20 Penal del Circuito atendió la solicitud de oír la declaración de uno de los testigos que se había solicitado tener como prueba.

En sentencia del 22 de julio de 1999, el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín confirmó la sentencia del *a quo*. Consideró la juez que en el presente caso existe un problema de índole

civil, que no es posible resolver a través de la tutela. Estima que es comprensible la indisposición de la administración y de algunos copropietarios con la mora en que ha incurrido la familia Muñoz. A su vez, esta familia, dada su situación, puede creer que exista discriminación contra ella. Pone de presente la juez, que si se da algún caso de injuria grave contra la familia Muñoz, la vía apropiada sería el proceso penal. Sin embargo, señaló que la no procedencia de la acción no significa que *“el despacho otorgue patente de corso para que se les agravie o se permitan vejámenes que atenten contra su dignidad. En este caso se prevendrá a la administración para que siempre conserve la altura y seriedad en sus informaciones al conglomerado y se respeten los derechos inherentes a la persona.”*

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate. Reiteración de jurisprudencia

Se debate el siguiente asunto: si la orden dada por el administrador a los porteros del edificio de que a la familia Muñoz *“no les abrirán la puerta, no atenderán a sus visitantes, no les permitirán el ingreso de taxis, no utilizarán el citófono para ellos y no les efectuarán compras de prensa, leche o gaseosa,”* viola los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad y a la honra (arts. 13, 15, 16 de la Constitución), señalados por los demandantes.

Como el asunto de los conflictos de la administración de una copropiedad frente a los deudores morosos ha sido tratado en otras oportunidades por esta Corporación, y en este caso no se unificará jurisprudencia, y se confirmará la sentencia que se revisa, se aplicará lo dispuesto en el artículo 35 del decreto 2591 de 1991, por lo que se justificará brevemente esta decisión, previa mención de algunas de las sentencias que han tocado estos temas, así :

a) En primer lugar, en la sentencia T-228 de 1994 se analizó el asunto de la relatividad de los derechos fundamentales frente al concepto **del buen nombre**. Allí se dijo que el derecho al buen nombre exige como presupuesto esencial, el comportamiento adecuado de quien aspira a hacerlo valer. En lo pertinente se señaló:

“Pero el derecho al buen nombre no es gratuito. Por su misma naturaleza, exige como presupuesto indispensable el mérito, esto es, la conducta irreprochable de quien aspira a ser su titular y el reconocimiento social del mismo. En otros términos, el buen nombre se adquiere gracias al adecuado comportamiento del individuo, debidamente apreciado en sus manifestaciones externas por la colectividad.

“Lo anterior implica que no está en posición de reclamar respeto y consideración a su buen nombre quien ha incurrido en actos u omisiones que de suyo generan el deterioro del concepto general en que se tiene al interesado. Así, el que incumple sus obligaciones y persiste en el incumplimiento se encarga él mismo de ocasionar la pérdida de la aceptación de la que gozaba en sociedad y no puede, por tanto, aspirar a que se lo reconozca públicamente como persona digna de crédito.” (sentencia T-228 de 1994, M.P., doctor José Gregorio Hernández) (se subraya)

b) En relación con **la publicación de lista de morosos, en las zonas comunes de la copropiedad**, la Corte al reiterar la sentencia sobre el buen nombre y analizarlo respecto de la inclusión en la

lista, dijo, en la sentencia T- 360 de 1995, que tal publicación no constituye, por sí misma, violación a los derechos al buen nombre y a la intimidad, si lo único que se da a conocer es un hecho cierto, la mora en el pago de cuotas de administración, asunto que interesa a los demás habitantes de la copropiedad. En lo pertinente, se dijo:

“Ahora bien, la publicación de la lista de deudores morosos en las carteleras del conjunto residencial en obediencia de directrices trazadas por la asamblea de copropietarios, no constituye por sí misma, vulneración del derecho constitucional fundamental a la intimidad ni al buen nombre. (...) Las circunstancias descritas en este caso no comportan una situación que pueda interesar tan solo al propietario, sino que involucran aspectos que comprometen a los demás miembros del conjunto residencial, y que, de algún modo, se relacionan con las previsiones del reglamento de la copropiedad. No se trata de informaciones estrictamente personales, familiares no destinadas al conocimiento público; por el contrario, la administración no hizo nada diferente a cumplir lo establecido por el reglamento de copropiedad del conjunto residencial, en el sentido de informar la situación de mora en que se encuentra el mencionado señor Gonzalez Luna, en relación con el atraso que presenta en el pago de las cuotas de administración, después de habersele requerido para el pago de las cuotas adeudadas.” (sentencia T-360 de 1995, M.P., doctor Hernando Herrera Vergara) (se subraya).

c) Más adelante, la Corte precisó, en la sentencia T-630 de 1997, que la **información en las carteleras de morosos debe ser ponderada**. Al analizar el caso, la Sala manifestó que deberá estudiarse concretamente la información contenida en las listas así: a) si involucra aspectos que compromete a todos los residentes de la copropiedad; b) si se describen asuntos que tienen que ver con la intimidad; c) que tengan relevancia económica para la copropiedad; y, d) que la información sea limitada a los habitantes del edificio, y no al público en general. Se transcribe lo pertinente de esta sentencia:

“Deberá estudiarse: a) si la información contenida en las listas involucran aspectos que comprometen a todos los residentes de la unidad residencial; b) si no se describen aspectos estrictamente personales o familiares; c) si la información tiene relevancia económica para todos los miembros del conjunto; d) si la publicación se circunscribe a todos los habitantes del edificio y no a todo el público en general.” (sentencia T-630 de 1997, M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero).

e) En la sentencia T-454 de 1998, se señalaron los **requisitos para que en casos de mora en el pago de administración, proceda la tutela**. Estos casos operan cuando **existe una limitación arbitraria de derechos** y el proceso verbal no resulta idóneo ni efectivo para impedir tal limitación. Dijo esta sentencia:

“Por el contrario, la acción de tutela procede como un medio eficiente y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales que resultan vulnerados con las decisiones de aquellas personas y, además se constituye en la vía procesal prevalente, en las siguientes ocasiones: a) cuando prima facie existe una vulneración de derechos fundamentales o una limitación arbitraria de estos derechos; b) cuando el proceso verbal sumario ‘no resulta idóneo y efectivo para lograr el amparo inmediato de derechos fundamentales conculcados o amenazados en razón de actos expedidos por dicha junta o asamblea’¹; c) cuando las decisiones de la administración o asamblea impiden la satisfacción mínima de las condicio-

¹ Sentencia T-333 de 1995. Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

*nes de existencia vital que los individuos no pueden asegurarse por sí mismos. Esto quiere decir que la acción de tutela es procedente cuando “ese espacio donde el hombre requiere de los demás para proteger necesidades vitales, no puede ser anulado por el grupo social”*². (sentencia T-454 de 1998, M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero) (se destaca).

f) La Corte también ha analizado la legitimidad de la suspensión de servicios de administración para lograr que a través de mecanismos no judiciales se llegue a la solución de conflictos, siempre que no constituya, dicha suspensión, amenaza a derechos fundamentales. Este análisis está en la sentencia antes citada T-630 de 1997.

“Entonces, esta Sala considera que la suspensión de servicios busca preservar fines constitucionalmente legítimos, que son el derecho a la propiedad y la facultad de hacer efectivo un derecho subjetivo. Ahora, también se considera que la suspensión de servicios es adecuada y necesaria para obtener el fin perseguido, pues resulta razonable y legítimo que los particulares busquen mecanismos no judiciales de solución de conflictos que no limiten arbitrariamente derechos ajenos. Por ello, si bien existen mecanismos judiciales para lograr el pago de las expensas adeudadas es factible utilizar métodos pacíficos que toleren la diferencia. Así mismo, la junta administradora puede tomar las medidas del caso para propender por la seguridad de la unidad residencial. Sin embargo, esta Sala considera que algunas de las medidas adoptadas por la junta administradora del conjunto residencial Villa del Sol, tales como la no recepción de documentos y correspondencia privada y la suspensión del citófono, no son proporcionales stricto sensu, pues si bien sirven al interés para el cual han sido ordenadas, extralimitan su ejercicio y desvirtúan el fin para el cual fueron establecidas, pues en algunas ocasiones son tan gravosas que podrían generar daños de magnitud constitucional.” (sentencia T-630 de 1997, ya citada) (se destaca)

Es de observar que en esta tutela (T-630 de 1997), en la que se revisaban dos acciones de copropiedades distintas, que habían sido acumuladas por la Corte para proferir una sola sentencia, en el caso de una de las tutelas, se ordenó el restablecimiento del uso del citófono, en atención de las características propias del conjunto residencial en donde se le había suspendido al propietario moroso. En ese conjunto, el número de apartamentos es de más de 300, y existe lejanía con la portería. Se consideró, que había amenaza al derecho a la seguridad personal, por la suspensión del uso del citófono. En el otro caso, sólo había 30 apartamentos y control en el área de la portería. En este caso no se ordenó el restablecimiento del servicio de citófonos. En ambos se protegió el derecho a la recepción de la correspondencia.

Tercera. El caso concreto

Aplicando las anteriores sentencias, la presente tutela no está llamada a prosperar pues, a pesar de no conocerse en qué términos está elaborada la lista de deudores morosos, de la información suministrada por los propios demandantes y el administrador, ella no contiene más datos que el hecho concreto sobre el estado de mora y el valor de la misma, no hay informaciones que afecten la intimidad, o datos personales o sobre su familia; esta información tiene interés para los demás copropietarios, pero no se suministra para el público en general, está limitada al edificio; y, en la lista, aparecen todos los propietarios que estén en mora. Es decir, en cuanto a la violación de los derechos alegados por los demandantes, por el hecho de aparecer en la lista de deudores morosos, no es procedente la tutela.

² Sentencia T-670 de 1997. Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Tampoco prospera por haber sido suspendido el uso del citófono a los demandantes y el que estos tengan que abrir la puerta de sus visitantes. No obstante la incomodidad que esto pueda significarles, no es vulneradora de derechos fundamentales. Al respecto, caben las mismas reflexiones que se hicieron en la sentencia T-630 de 1997, pues, según obra en el expediente, la copropiedad sólo tiene 18 apartamentos, lo que significa que existe un control por parte de la portería, a diferencia de lo que ocurría en uno de los casos antes mencionados, en donde el conjunto tenía más de 300 propiedades, alejados de la portería y un menor control, que amenazaba la seguridad personal de los habitantes del conjunto en general, y de los demandantes de la tutela, en particular.

Lo del ingreso de taxis al edificio, según el administrador, es una instrucción general, impartida para todos los habitantes del edificio, desde agosto de 1998. No hay violación de derechos por este aspecto, y menos por el hecho de que a los demandantes, los porteros del edificio no les efectuarán las compras de periódico, leche o gaseosa.

Finalmente, sólo resta decir que se confirmará la sentencia que se revisa, con la advertencia que en ella hizo el *ad quem*. Es decir, que el hecho de no conceder esta acción, no significa que la administración pueda adoptar actitudes que atenten contra la dignidad de los demandantes, si ellos regresan al edificio, pues, tal como lo advirtió su apoderada, estos se trasladaron a la ciudad de Bogotá, lo que también haría improcedente esta tutela, por carencia de objeto.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia del Juzgado 20 Civil del Circuito de Medellín.

III. DECISION

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia del Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, de fecha veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la acción de tutela presentada por Alvaro Diego Muñoz y otros contra el administrador del edificio Montecatini.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-790

octubre 14 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia excepcional/VIA DE HECHO- Clases de defectos en la actuación

Se ha dicho que para que la acción de tutela excepcional sea procedente, es necesario demostrar que el funcionario judicial ha incurrido en un defecto de tal magnitud que su actuar no puede más que ser calificado como una vía de hecho. Las irregularidades en que puede incurrir un funcionario judicial y que hacen viable esta acción, se han clasificado por la jurisprudencia en fácticas, orgánicas; procedimentales y sustanciales. Anormalidades éstas que, además de lesionar un derecho fundamental -objeto último de la acción de tutela-, no se hubiesen podido subsanar a través de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el restablecimiento de los derechos conculcados. No basta demostrar que el funcionario judicial incurrió en una vía de hecho, pues, además, debe demostrarse la violación del derecho fundamental, y la inexistencia o la ineficacia de los recursos ordinarios y extraordinarios, o de los mecanismos previstos por el legislador para prevenir las posibles anomalías que se susciten en el curso de un proceso. Recursos tales como el ordinario de apelación, el extraordinario de casación, o institutos tales como las nulidades procesales. No toda irregularidad que se produzca en el curso de un proceso puede dar lugar a la procedencia de la acción de tutela, pues es esencial que el acto que se califica como arbitrario quebrante un derecho de rango fundamental y contra el mismo no proceda recurso alguno, o éste sea ineficaz.

DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACION PRELIMINAR- Observancia y respeto en relación con imputado conocido

Ha sido criterio unánime de esta Corporación el señalar que en la etapa de investigación preliminar es esencial la observancia y respeto de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción de los imputados conocidos. Si bien esta investigación es anterior a la existencia formal de proceso y no es de obligatorio agotamiento, ello no justifica la negación del derecho a la defensa de los posibles implicados. En especial, porque el recaudo probatorio se convierte en pieza fundamental, en donde el Estado despliega toda su actividad para determinar si es procedente o no el ejercicio del jus punendi, actividad que tiene un carácter reservado. El acopio del material probatorio en esta etapa debe ser el estrictamente necesario, pues lo lógico es que el recaudo de este acervo se ejerza en la etapa de instrucción, es decir, cuando exista formalmente el proceso penal, en donde se permita a los diversos sujetos procesales ejercer en forma efectiva sus derechos. Para que el derecho a la defensa sea efectivo

en todas las etapas del proceso penal, ha de permitirse la participación en ellas a los sujetos implicados, y si bien la investigación preliminar no es obligatoria, ha de ser considerada como una etapa más del proceso cuando hay lugar a su práctica. La inobservancia de estas reglas, cuyo objeto principal consiste en permitir a los posibles inculpados conocer de las actuaciones que los señalan como autores o partícipes de un hecho punible, implican un desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, derechos que sólo pueden ser ejercidos cuando se facilita el acceso y la participación a estos en las diligencias que se lleguen a practicar en esta etapa.

DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACION PRELIMINAR- Vulneración por mantener reserva y diligencias practicadas a imputado conocido que hace imposible ejercicio real de derechos/**ACCION DE TUTELA EN INVESTIGACION PRELIMINAR**- Imprudencia cuando pese a no comunicarse iniciación no se evidencia vulneración real y efectiva de derechos

Mantener en reserva la investigación previa y las diligencias en ella practicadas a los imputados conocidos, se constituye en un desconocimiento de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción de estos. Entre más pronto se comunique la iniciación de ésta, y se les escuche en versión libre, será menor la posibilidad de violación de estos derechos. Sin embargo, debe precisarse que lo que configura la transgresión de los mencionados derechos no es la omisión de la notificación, en sí misma considerada, sino la imposibilidad por esa omisión, de ejercer durante esta fase el derecho de defensa y contradicción. Es decir, es necesario demostrar que la falta de conocimiento sobre la mencionada investigación impidió en forma real el ejercicio de estos derechos. Es necesario demostrar que existe un perjuicio con la vulneración del derecho que se dice transgredido, porque puede suceder que si bien se presentó la omisión -violación de carácter formal o impropia-, ella, en sí misma, no alcanza a lesionar los intereses del titular del derecho -violación material o propia-. Ello significa que sólo esta última clase de violaciones son las llamadas a ser sancionadas y, por ende, sólo frente a ellas, se deben adoptar las medidas de corrección para lograr el restablecimiento del interés que ha sufrido mengua. En consecuencia, para que proceda la acción de tutela por la omisión a la que se ha venido haciendo referencia, será necesario demostrar i) la existencia real y efectiva de una lesión de cualesquiera de los derechos que el legislador buscó proteger al hacer obligatoria la notificación de la investigación preliminar a quienes en el curso de ella puedan aparecer como posibles autores o partícipes del hecho investigado y ii) que la lesión no se hubiese podido subsanar.

FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA- Presentación a nombre del cónyuge

INVESTIGACION PRELIMINAR- Competencia

INVESTIGACION PRELIMINAR- Notificación de quien fue identificado

INVESTIGACION PRELIMINAR- Versión libre o indagatoria

INVESTIGACION PRELIMINAR- Detención domiciliaria

INVESTIGACION PRELIMINAR- Valoración del material probatorio

Referencia: Expediente T-243.366

Actor: Manuel Guillermo Contreras Zafra en contra de los Fiscales 67 y 70 de Santafé de Bogotá; Juzgado Trece (13) Penal del Circuito y Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Sala Penal.

Procedencia: Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá D.C., a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Manuel Guillermo Contreras Zafra en contra de los Fiscales 67 y 70 de Santafé de Bogotá; Juzgado Trece (13) Penal del Circuito y Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos

Los hechos que dieron origen a la acción de la referencia pueden resumirse de la siguiente manera:

1.1. El Juzgado Trece (13) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por sentencia de diciembre 18 de 1998, condenó al actor, entre otros procesados, a la pena de cuarenta y un meses (41) meses de prisión, multa de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos; interdicción de derechos y funciones públicas, y la accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión por un (1) año, como coautor del delito de cohecho por dar u ofrecer en concurso homogéneo de hechos punibles.

1.2. La mencionada providencia se encuentra surtiendo el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal, recurso interpuesto por el apoderado del actor, como por otros condenados en el mismo proceso.

1.3. Según el actor, en el curso de la investigación se cometieron una serie de irregularidades que vulneraron tanto sus derechos fundamentales como los de su cónyuge, derechos fundamentales tales como el del debido proceso, el de defensa y el de la libertad. Irregularidades que pueden sintetizarse de la siguiente manera.

1.3.1. Falta de competencia del funcionario que inició la investigación preliminar que, posteriormente, concluyó con su condena.

1.3.2. Falta de notificación de la investigación preliminar que estaba en curso, pese a que en el transcurso de ésta sus nombres fueron mencionados como posibles partícipes de los hechos punibles objeto de investigación, y estaban plenamente individualizados.

1.3.3. La negativa del fiscal investigador de oírlos en versión libre o indagatoria, a pesar de la solicitud expresa que en tal sentido se elevó en el curso de la investigación preliminar. Solicitud que fue resuelta mediante un auto de sustanciación que no fue posible recurrir.

1.3.4. Incumplimiento del procedimiento que establece el estatuto penal para vincular formalmente, a través del emplazamiento, a una persona al proceso penal. Irregularidad que se concretó cuando la fiscalía, sin cumplir los requisitos y términos que establece el Código de Procedimiento Penal, emplazó y declaró como persona ausente a la cónyuge del actor.

1.3.5. Las negativas reiteradas a la solicitud de detención domiciliaria, sin justificación alguna.

1.3.6. Indebida valoración del material probatorio. Sólo se tuvo en cuenta para proferir la sentencia un único testimonio, se desestimaron pruebas esenciales y se denegó la práctica de otras.

2. Lo que se pretende

Para el restablecimiento de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados con las actuaciones de los funcionarios judiciales acusados, se solicita: 2.1. **declarar la nulidad** de todo el proceso penal que concluyó con la condena del actor y su esposa, como el de otros procesados, procedimiento éste que se tilda como una verdadera vía de hecho, y 2.2. ordenar que el proceso se rehaga observando y acatando las normas que rigen esta clase de actuaciones.

3. Trámite de la acción

El escrito de tutela fue radicado en julio seis (6) de 1999, ante el Juez Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, reparto, el que correspondió conocer al Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, que, por auto de julio ocho (8) de 1999, admitió la acción y ordenó la notificación a los funcionarios acusados, como la práctica de una inspección judicial al proceso penal que originó la acción de la referencia, inspección a la que se hará referencia en los considerandos de esta providencia.

Cumplidas las anteriores diligencias, el despacho judicial entró a resolver la acción de tutela.

4. Fallo de primera y única instancia

Mediante sentencia del veintitrés (23) de julio de 1999, el Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito, denegó la acción de tutela de la referencia.

Después de hacer un recuento de las actuaciones que se surtieron en el trámite del proceso penal que culminó con la condena del actor, el juzgador de instancia consideró que:

4.1. El actor contó durante todo su trámite con los instrumentos para ejercer en debida forma sus derechos a la defensa y al contradictorio. Ejemplo de ello está en que los mismos hechos que dieron origen a la acción de tutela, fueron debatidos al interior del proceso sin resultados positivos.

4.2. No puede la acción de tutela convertirse en una tercera instancia, por cuanto el actor contó y cuenta aún con oportunidades procesales para que su inconformidad con la tramitación y conducción del proceso penal seguido en su contra, la resuelvan los jueces competentes. Así, por ejemplo, las irregularidades que éste pone de presente y que sirven de fundamento para solicitar la nulidad del proceso que culminó en sentencia condenatoria, pueden y deben ser debatidas ante la Corte Suprema de Justicia, que, con fundamento en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, es el órgano judicial competente para conocer de las nulidades que se alegan en el escrito de tutela.

En otros términos, el actor cuenta con medios alternativos judiciales diversos de la acción de tutela para lograr la nulidad del proceso penal que culminó en su contra.

Finalmente, el juzgador de instancia hace un recuento de cada una de las actuaciones que el actor considera lesivas de sus derechos fundamentales, para determinar, con fundamento en la inspección judicial practicada al expediente, que en ellas no se incurrió en irregularidad alguna que haga viable la procedencia de la acción de tutela por la violación de las reglas que rigen las etapas de investigación y la de juzgamiento.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Segunda de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9° de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

2. El asunto objeto de discusión.

Corresponde a esta Sala establecer si, en el proceso penal que terminó con la condena del actor y de otras personas, los instructores incurrieron en conductas que puedan ser tachadas como vías de hecho, que hagan procedente la concesión de la acción de tutela, en los términos en que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado esta figura, a efectos de lograr el restablecimiento de derechos fundamentales tales como el del debido proceso, el de defensa y el de la libertad.

3. La jurisprudencia constitucional en relación con la vía de hecho.

3.1. Reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha señalado los parámetros que han de tenerse en cuenta para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En términos generales, se ha dicho que para que esta acción sea procedente, es necesario demostrar que el funcionario judicial ha incurrido en un defecto de tal magnitud que su actuar no puede más que ser calificado como una vía de hecho. Las irregularidades en que puede incurrir un funcionario judicial y que hacen viable esta acción, se han clasificado por la jurisprudencia en fácticas, orgánicas; procedimentales y sustanciales. Anormalidades éstas que, además de lesionar un derecho fundamental -objeto último de la acción de tutela-, no se hubiesen podido subsanar a través de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el restablecimiento de los derechos conculcados (sentencia T-08 de 1998).

En este orden de ideas, debe concluirse que no basta demostrar que el funcionario judicial incurrió en una vía de hecho, pues, además, debe demostrarse la violación del derecho fundamental, y la inexistencia o la ineficacia de los recursos ordinarios y extraordinarios, o de los mecanismos previstos por el legislador para prevenir las posibles anomalías que se susciten en el curso de un proceso. Recursos tales como el ordinario de apelación, el extraordinario de casación, o institutos tales como las nulidades procesales.

Dentro de este contexto, ha de entenderse que no toda irregularidad que se produzca en el curso de un proceso puede dar lugar a la procedencia de la acción de tutela, pues es esencial que el acto que se califica como arbitrario quebrante un derecho de rango fundamental y contra el mismo no proceda recurso alguno, o éste sea ineficaz. Así, corresponderá al juez de tutela efectuar un análisis juicioso de las actuaciones que se califican como contrarias a derecho para determinar la procedencia o improcedencia de este mecanismo de protección constitucional.

4. La garantía de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción en la etapa de investigación preliminar.

4.1. Ha sido criterio unánime de esta Corporación el señalar que en la etapa de investigación preliminar *es esencial* la observancia y respeto de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción de los *imputados conocidos* (sentencias C-150; C-412 de 1993 y T-181 de 1999, entre otras). Fase ésta que tiene unas finalidades específicas, tales como la de establecer la procedencia de la acción penal; el determinar si los hechos están tipificados como punibles

y, en especial, la individualización e identificación de los posibles autores o partícipes del hecho. Si no existe duda sobre estos aspectos, la investigación preliminar no tiene objeto alguno.

Jurisprudencia en la que se ha precisado que, si bien esta investigación es anterior a la existencia formal de proceso y no es de obligatorio agotamiento, ello no justifica la negación del derecho a la defensa de los posibles implicados. En especial, porque el recaudo probatorio se convierte en pieza fundamental, en donde el Estado despliega toda su actividad para determinar si es procedente o no el ejercicio del *jus punendi*, actividad que tiene un carácter reservado.

4.2. En esta fase se autoriza la práctica de todas las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos, artículo 323 del Código de Procedimiento, pero específicamente de aquellas que permitan establecer si hay lugar a la acción penal y la identificación de los posibles autores o partícipes. Debe entenderse, entonces, que en aras de respetar el derecho al debido proceso, el acopio del material probatorio en esta etapa debe ser el estrictamente necesario, pues lo lógico es que el recaudo de este acervo se ejerza en la etapa de instrucción, es decir, cuando exista formalmente el proceso penal, en donde se permita a los diversos sujetos procesales ejercer en forma efectiva sus derechos.

Por tanto, la importancia del derecho que se reconoce en el estatuto de procedimiento penal a todo individuo a ser escuchado en versión libre y a nombrar un defensor que lo asista en todas las diligencias que se practiquen en esta investigación, cuando por algún medio ha tenido conocimiento que en su contra existen imputaciones, pues sólo así deja de ser oponible la reserva que poseen las diligencias que se acopian en esta fase preliminar al proceso penal.

Significa lo anterior que para que el derecho a la defensa sea efectivo en todas las etapas del proceso penal, ha de permitirse la participación en ellas a los sujetos implicados, y si bien la investigación preliminar no es obligatoria, ha de ser considerada como una etapa más del proceso cuando hay lugar a su práctica. En este sentido, se ha señalado, por ejemplo, que no puede ser *“**facultativo** del Fiscal notificar la resolución de apertura de la investigación, o escuchar de manera inmediata en versión preliminar a quien la haya solicitado”* (negrilla y subraya fuera de texto) (sentencia T-181 de 1999).

La inobservancia de estas reglas, cuyo objeto principal, se insiste, consiste en permitir a los posibles inculpados conocer de las actuaciones que los señalan como autores o partícipes de un hecho punible, implican un desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, derechos que sólo pueden ser ejercidos cuando se facilita el acceso y la participación a estos en las diligencias que se lleguen a practicar en esta etapa.

5. Improcedencia de la acción de tutela cuando pese a no comunicarse la iniciación de la investigación preliminar no se evidencia vulneración real y efectiva de los derechos a la defensa y a la contradicción.

5.1. Se ha dicho que mantener en reserva la investigación previa y las diligencias en ella practicadas a los imputados conocidos, se constituye en un desconocimiento de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción de estos. Por tanto, entre más pronto se comunique la iniciación de ésta, y se les escuche en versión libre, será menor la posibilidad de violación de estos derechos.

Sin embargo, debe precisarse que lo que configura la transgresión de los mencionados derechos no es la omisión de la notificación, en sí misma considerada, sino la imposibilidad por

esa omisión, de ejercer durante esta fase el derecho de defensa y contradicción. Es decir, es necesario demostrar que la falta de conocimiento sobre la mencionada investigación impidió en forma real el ejercicio de estos derechos.

En otros términos, es necesario demostrar que existe un perjuicio con la vulneración del derecho que se dice transgredido, porque puede suceder que si bien se presentó la omisión -violación de carácter formal o impropia-, ella, en sí misma, no alcanza a lesionar los intereses del titular del derecho -violación material o propia-. Ello significa que sólo esta última clase de violaciones son las llamadas a ser sancionadas y, por ende, sólo frente a ellas, se deben adoptar las medidas de corrección para lograr el restablecimiento del interés que ha sufrido mengua.

5.2. El legislador ha señalado, según los procesos de que se trate, una serie de reglas que deben ser observadas tanto por las partes como por los funcionarios, formalidades que tienen como fin primordial el garantizar los derechos de cada uno de los sujetos que han de intervenir en él. Por tanto, si no se llega a presentar vulneración del derecho que se pretendía garantizar con el señalamiento de una formalidad determinada, no tiene sentido alguno solicitar el restablecimiento de lo que no ha sufrido ningún menoscabo.

En consecuencia, no basta demostrar que el funcionario judicial desconoció una regla que el legislador fijó a efectos de salvaguardar derechos tales como el debido proceso, la defensa y el derecho de contradicción, sino que su inobservancia desembocó en la vulneración real y efectiva de estos -violación material o propia-.

5.3. Lo anterior significa que para que pueda afirmarse que en la etapa preliminar de un proceso penal se vulneraron los antedichos derechos, ha de demostrarse cómo se afectaron estos.

Es claro que no en todos los casos en que se omite la información sobre la existencia de una investigación preliminar al imputado conocido, se presenta una vulneración material de los derechos a la defensa y a la contradicción, dado que ésta sólo se concretará cuando se impida el ejercicio efectivo de estos, por ejemplo, negando el derecho a controvertir las pruebas recaudadas con anterioridad a la recepción de la versión libre, impidiendo la solicitud de nuevas pruebas, negando la procedencia de recursos contra decisiones en firme, pero que no pudieron ser debatidas precisamente por la falta de conocimiento sobre su existencia.

5.4. En consecuencia, para que proceda la acción de tutela por la omisión a la que se ha venido haciendo referencia, será necesario demostrar i) *la existencia real y efectiva* de una lesión de cualesquiera de los derechos que el legislador buscó proteger al hacer obligatoria la notificación de la investigación preliminar a quienes en el curso de ella puedan aparecer como posibles autores o partícipes del hecho investigado y ii) que la lesión no se hubiese podido subsanar.

Dentro de este contexto, ha de analizarse el caso sometido a revisión.

6. Actuaciones surtidas en el proceso penal seguido en contra del señor Contreras Zafra y análisis de las violaciones que se alegan para sustentar la acción de la referencia.

Antes de analizar cada una de las razones que se exponen en el escrito de tutela, es preciso aclarar un punto que puede suscitar equívocos.

6.1. Si se observa con detenimiento los hechos que originaron esta acción, el actor se refiere no sólo a la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso penal seguido en su contra, sino a los de su cónyuge, también sindicada y condenada en el mismo proceso. Referencia ésta que haría presumir que esta acción se presentó no sólo en favor del

señor Manuel Guillermo Contreras Zafra, tal como se indica en el correspondiente escrito de tutela, sino de la señora Carmen Alicia González de Contreras, su cónyuge.

Este hecho, hace necesario precisar que la acción de tutela de la referencia sólo ha de entenderse interpuesta en favor del señor Contreras Zafra, pues, pese a las continuas y múltiples alusiones que éste hace en su escrito de tutela a la vulneración de los derechos fundamentales en las que pudo incurrir la fiscalía, al vincular a su cónyuge al proceso penal, la Sala no puede emitir pronunciamiento alguno sobre el particular, por las siguientes razones.

La carencia de legitimidad del actor para interponer la acción de tutela en nombre de su cónyuge, quien, en ningún momento extendió poder para tal efecto, tal como lo establecen las normas que rigen el procedimiento de tutela, artículo 10 del decreto 2591 de 1991.

Representación que tampoco podía ejercer el actor, en razón de la sentencia que pesa en su contra, pues la condena que le fue impuesta le impedía ejercer la profesión de abogado, tal como lo preceptúa el artículo 55 del Código Penal.

Tampoco puede entenderse que el actor estuviese agenciando los derechos de su cónyuge, pues no se demostró ni existe prueba que permita presumir que la señora González de Contreras se encontraba imposibilitada para promover su propia defensa.

Finalmente, porque la señora González de Contreras promovió, a través de apoderado, acción de tutela en contra del Juzgado Trece Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en razón de la sentencia que éste dictó en su contra, por las irregularidades que se cometieron en el curso del proceso penal seguido en su contra, que coinciden in extenso con las que expone el actor en la acción que ahora es objeto de revisión por esta Sala.

Acción que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, en sentencia de enero veintisiete (27) de 1999, rechazó por improcedente, al considerar que la solicitud de nulidad que se pretendía obtener por vía de tutela ha debido ser propuesta en el curso del proceso penal.

En consecuencia, esta Sala sólo hará referencia a las actuaciones que, en relación con el actor, se dieron en el curso del proceso penal que culminó con sentencia condenatoria en su contra.

Efectuada la anterior precisión, se analizarán cada una de las irregularidades que el actor alega para fundamentar su solicitud de tutela.

6.2. Para poder determinar si tales transgresiones se presentaron, nos remitiremos a la inspección judicial que al expediente que contiene la causa penal seguida en contra del señor Contreras Zafra, practicó el juez que conoció en primera y única instancia de la acción de la referencia. Veamos.

- En **abril 10 de 1997**, se radicó en la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, denuncia penal en contra de algunas personas que laboraban en esa unidad. El actor, abogado litigante ante ésta, no aparecía denunciado ni su nombre relacionado en ella.

- El Jefe de la mencionada unidad, el mismo día -abril 10 de 1997- dispuso la apertura de la investigación previa y la práctica de algunas pruebas, tales como interceptación de líneas telefónicas y la recepción del testimonio de los denunciantes.

- En **abril 12**, se recibe el testimonio de uno de los denunciantes y en **abril 16** el del otro. Este mismo día, se ordena la ampliación del primer testimonio, diligencia que se lleva acabo en **abril 21**. Hasta esta fecha el nombre del actor no había resultado involucrado.

· En **abril 21**, el Jefe de la Unidad de Fiscalías ante el Tribunal Nacional, ordena mediante resolución, la creación de una subunidad integrada por dos fiscales ante los jueces penales, funcionarios éstos que serían los encargados de adelantar la investigación correspondiente.

· En **abril 22** uno de los fiscales que integra la comisión designada, avoca el conocimiento de la investigación, recepciona una nueva ampliación del testimonio de uno de los denunciados y dispone escuchar en indagatoria a tres personas, ordenando para el efecto su captura. Igualmente, dispuso escuchar en declaración a otra persona. Hasta esa fecha, el nombre del actor no aparecía como implicado de los hechos objeto de investigación.

· En **abril 24**, se hace efectiva la orden de captura. En los días 24 y 25, se oye en indagatoria a las tres personas capturadas. Diligencia ésta en donde el nombre del actor aparece por primera vez como posible partícipe de los hechos investigados.

· En **abril 30**, se resuelve la situación jurídica de los injurados, imponiéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a excarcelación.

La descripción hecha hasta aquí de la forma como se llevó la investigación penal que originó la condena del actor, nos permite determinar si dos de las irregularidades alegadas por éste, para interponer la acción de la referencia, tienen algún asidero.

6.2.1. La primera de ellas, hace relación a la *falta de competencia del funcionario que inició la investigación preliminar que, posteriormente, concluyó con su condena.*

Si bien es cierto la investigación preliminar que dio origen al proceso que concluyó con la condena del actor y otras personas, fue ordenada por el Jefe de la Unidad de Fiscales ante el Tribunal Nacional, en donde se radicó la denuncia, funcionario que ordenó la práctica de algunas diligencias preliminares por cuanto los hechos denunciados se sucedieron en la unidad que él dirige, también lo es que ordenó posteriormente su remisión al funcionario que tenía la competencia para abrir a instrucción el proceso.

El que este funcionario hubiese dispuesto la apertura de esta etapa, en nada afectó los derechos del actor. Primero, porque su vinculación se produjo cuando el proceso estaba siendo instruido por el fiscal competente. Obsérvese que para la fecha en que se ordenó la remisión de las diligencias, abril 21 de 1997, el actor aún no había resultado implicado en la investigación. Segundo, porque si bien el funcionario que ordenó la apertura de esta etapa, en razón de los hechos denunciados, no era el competente, teniendo en cuenta que las unidades de fiscalías tienen competencia sólo para investigar los delitos de conocimiento de los jueces ante los que son delegados, y el delito de cohecho no era de competencia del Tribunal Nacional, ello, en sí mismo, no afectó la validez de las diligencias practicadas durante ésta, pues, se repite, en el curso de la etapa preliminar, el fiscal competente asumió su conocimiento, ordenó la apertura de instrucción y vinculó, mediante indagatoria, a quienes en la fase de la investigación preliminar fueron señalados como posibles autores de los hechos investigados. Dentro de este contexto, es claro que no hubo la vulneración del derecho al debido proceso que se alega.

6.2.2. La segunda irregularidad a la que se hace referencia en el escrito de tutela, fue la *falta de notificación al actor de la investigación preliminar, pese a que en el transcurso de ésta, fue plenamente identificado.*

Según el actor, hubo violación de sus derechos de defensa y de contradicción, porque no fue notificado de la investigación preliminar pese a existir imputaciones en su contra, afirmación ésta que carece de todo fundamento. En efecto, para la fecha en que el nombre del actor resultó

vinculado a la investigación penal, *la etapa preliminar ya había concluido*. Aserto éste que no sólo encuentra sustento en la resolución que dictó el fiscal instructor en abril 22 de 1997, en la que ordenó la indagatoria de tres personas. Decisión que sólo se puede adoptar en la *etapa de instrucción*, cuando existe un proceso penal formalmente hablando y no en la *etapa preliminar*, en la que sólo se puede oír en versión libre a los presuntos implicados mas no en indagatoria.

El actor aparece por primera vez como posible autor del delito de cohecho, cuando su nombre es mencionado en la diligencia de indagatoria que rindió una de las personas en abril 25 de 1997.

Así las cosas, no es cierto que se hubiese violado derecho alguno del actor por no haber participado en la investigación preliminar, tal como lo manda el artículo 324 del estatuto procesal penal, por la sencilla razón que en el curso de ésta, jamás resultaron imputaciones en su contra, que permitieran al investigador deducir que fuera necesaria su comunicación a éste.

Dentro de este contexto, no se evidencia vulneración alguna de los derechos fundamentales del actor.

6.2.3. Otra de las irregularidades que se alega, hace referencia a *la negativa del fiscal investigador de oír al accionante en versión libre o indagatoria, a pesar de la solicitud expresa que en tal sentido elevó en el curso de la investigación preliminar. Solicitud que fue resuelta mediante un auto de sustanciación que no fue posible recurrir*.

Lo primero que ha de dejarse en claro es que el actor presentó la mencionada solicitud en la *etapa instructiva* y no en la etapa preliminar, como erróneamente lo afirma, pues en la fecha en que ésta fue presentada, **junio 10 de 1997**, ya se había dictado la resolución de apertura de instrucción, abril 22, tal como fue explicado en el numeral anterior.

6.2.3.1. Según consta en el expediente, en **junio 6 de 1997**, se ordenó la vinculación a la investigación penal en curso, mediante indagatoria, tanto del actor como de su cónyuge, razón por la que se dispone su captura. En **junio 10**, el apoderado del actor presenta escrito en el que solicita se oiga a su representado en versión libre o indagatoria, según fuere el caso, así como el reconocimiento de su personería para actuar como defensor en el proceso.

En **junio 16**, el fiscal que lleva la instrucción del proceso profiere un auto de cúmplase, en el que se lee *“el poder conferido por el señor CONTRERAS ZAFRA, no reúne los requisitos formales, por eso, en parte, no se reconoce al defensor designado. En lo que alude a la citación para que sean escuchados en versión libre o indagatoria, el despacho adoptó las medidas que procesalmente corresponden. Para ello, es preciso dejar en claro, que la Fiscalía no puede cercenar ni mucho menos desconocer, el derecho que tienen las personas a presentarse ante los despachos judiciales cuando tengan conocimiento que contra ellas se hacen imputaciones. Por secretaría y sin que tengan acceso al proceso, infórmeles a los abogados que hacen las solicitudes sobre el contenido de lo decidido en este proveído”*.

En **junio 23**, el actor se presenta voluntariamente a rendir indagatoria en compañía de su defensor. Sin embargo, en razón de la orden de captura proferida en la resolución de junio 6, el fiscal, pese a la presentación voluntaria de aquél, decide hacerla efectiva, y ordena la recepción de la injurada. Una vez es escuchado en indagatoria, se decide privarlo de la libertad hasta tanto no se le resuelva la situación jurídica.

En **junio 27**, se le impone al actor medida de aseguramiento de detención preventiva como coautor del delito de cohecho por dar u ofrecer, y se le niega la detención domiciliaria.

Según el actor, cuando la fiscalía no aceptó su solicitud de oírlo en indagatoria y dispuso su captura, pese a la presentación voluntaria que hiciera para rendir ésta, desconoció sus derechos al debido proceso y a la libertad, pues la captura no era procedente.

No existe razón alguna para sustentar la violación que esgrime el actor. Veamos.

El artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, faculta a los fiscales para librar orden de captura para efectos de la indagatoria, cuando el delito investigado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años. El delito de cohecho por dar u ofrecer que originó el llamamiento a indagatoria del actor, tiene prevista una pena de prisión mínima de tres años, artículo 143 del Código Penal, hecho que le permitía al instructor emitir esta orden.

En cuanto a la negativa de recibir la indagatoria que se solicitó mediante escrito radicado en junio 10 de 1997, ella, en sí misma, si bien se puede considerar lesiva del derecho del actor a que se le reciba la injurada -artículo 353 del Código de Procedimiento Penal-, su no recepción en la fecha en que lo solicitó, no puede ser interpretada como una violación de los derechos al debido proceso y defensa de éste, pues el actor pudo rendir su injurada días más tarde, **junio 23**, día en que los mencionados derechos quedaron salvaguardados, porque a partir de ésta, el actor quedó vinculado formalmente al proceso, con derecho a ejercer sus derechos en la forma que mejor le pareciere.

Igualmente, por existir en contra del actor una orden de captura dictada con anterioridad a su presentación voluntaria a rendir indagatoria, proferida precisamente para ese efecto, el fiscal estaba facultado para hacerla efectiva o revocarla en el momento de la presentación del accionante, según lo señala el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Por tanto, el fiscal ejerció su competencia legal de hacer efectiva la orden de captura para oír al actor en indagatoria, pese a su presentación voluntaria, razón por la que no puede argumentarse violación de derecho fundamental alguno, en especial, del derecho a la libertad.

Otro tanto puede decirse de la decisión del fiscal de mantener privado al actor mientras resolvía su situación jurídica, pues la prohibición de dictar esta medida para tal efecto, sólo se presenta cuando existe presentación voluntaria a rendir indagatoria y *no mediante orden de captura previa*, orden ésta que, en el caso del actor, sí existía, hecho que le permitía al instructor mantenerlo privado de su libertad, mientras le definía la situación jurídica, lo que aconteció en **junio 27**.

Por tanto, tampoco por este aspecto procede la solicitud de amparo, pues no se evidencia vulneración del derecho fundamental a la libertad, tal como lo expresa el actor.

6.4. Otra de las irregularidades que se alegan, tiene que ver con la *reiterada negativa en la concesión de la detención domiciliaria solicitada por el actor y su apoderado, decisiones éstas, confirmadas por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá*.

Ha de advertirse que el juez de tutela so pretexto de amparar un derecho fundamental, no puede entrar a tomar decisiones que son del resorte exclusivo de otros funcionarios judiciales. En el caso en estudio, la decisión de sustitución de una medida por otra, no puede ser adoptada por el juez constitucional, porque es del resorte exclusivo de los fiscales y jueces determinar, según las circunstancias propias de cada caso, la viabilidad de esta clase de solicitudes.

La competencia de los jueces de tutela, en estos casos, a lo sumo, podría concretarse en ordenar al funcionario que está tramitando el proceso, exponer de manera clara, objetiva y sustentada las razones que lo han llevado a negar la mencionada solicitud, es decir, exigir una

real motivación de su decisión, en aras de garantizar al procesado su derecho al debido proceso, pero sin entrar a resolver sobre ella. Obviamente, quien acude a la acción de tutela, por este hecho, debe demostrar que la decisión del funcionario carece de una motivación objetiva, tal como lo exige la jurisprudencia de Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual sólo se puede negar la sustitución de una medida de esta naturaleza, con fundamento en los elementos reales que existan en el expediente y no en la discrecionalidad y suposiciones del funcionario que está conociendo del asunto.

En el caso en estudio, si bien es cierto que el actor y su apoderado presentaron en reiteradas ocasiones la solicitud para la concesión de la detención domiciliaria y éstas fueron negadas, no puede esta Sala hacer pronunciamiento alguno al respecto, por carencia actual de objeto, habida cuenta que contra el actor ya existe una sentencia en la que la mencionada medida no fue concedida, fallo que se encuentra en apelación. Entonces, corresponderá al Tribunal de Bogotá, Sala Penal, establecer, entre otras cosas, la procedencia de la detención domiciliaria. Medida que, en todo caso, sólo implica el cambio del lugar de reclusión y no la libertad del procesado, razón por la que no puede argumentarse que con su no concesión, se esté afectando este derecho fundamental.

6.5. Finalmente, el actor alega que hubo una indebida *valoración del material probatorio por parte de la fiscalía y del juez que profirió la sentencia en su contra.*

6.5.1. En reiterada jurisprudencia de esta Corporación, se ha determinado que en aplicación de los principios de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a las decisiones de los funcionarios judiciales, artículos 228 y 230, los jueces de tutela no pueden entrar a controvertir la valoración probatoria que se ha hecho en un determinado proceso (*sentencias T-329 de 1996, SU 087 y T-199 de 1999, auto 026 A de 1998, entre otros*), razón que hace improcedente cualquier solicitud que tenga como fundamento el desacuerdo que se tenga con la valoración que se hubiese efectuado.

Sin embargo, se ha dejado en claro que la acción de tutela sí es procedente, cuando el juez correspondiente ha omitido apreciar y evaluar pruebas que se consideran como esenciales para la adopción de la decisión correspondiente. Al respecto se ha dicho *“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” (sentencia T-329 de 1996).*

6.5.2. En el caso de la referencia, se afirma que al proferirse la sentencia condenatoria, el juez sólo tuvo en cuenta un testimonio, sin apreciar en su conjunto el acervo probatorio existente. La Sala considera que no le corresponde entrar a examinar este punto, teniendo en cuenta que de hacerlo, desconocería la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que al resolver el recurso de apelación que se encuentra en curso contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Penal del Circuito, deberá establecer si la sindicación y condena que el mencionado despacho impuso al actor, está conforme con el material probatorio que existe en el proceso.

Dentro de este contexto, tampoco, por este aspecto, es procedente la acción de la referencia.

Finalmente, es claro que una vez desatado el recurso de apelación y si el actor sigue considerando que existió vulneración de alguno de sus derechos fundamentales en el proceso penal seguido en su contra, podrá hacer uso del recurso extraordinario de casación.

En consecuencia, esta Sala confirmará el fallo proferido por el juzgado veintisiete (27) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Manuel Guillermo Contreras Zafra en contra de los Fiscales 67 y 70 de Santafé de Bogotá; Juzgado Trece (13) Penal del Circuito y Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal, por cuanto no se encontró que sus actuaciones, hubiesen lesionado derecho fundamental alguno del actor.

III. Decisión

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMASE** el fallo proferido por el juzgado veintisiete (27) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Manuel Guillermo Contreras Zafra en contra de los Fiscales 67 y 70 de Santafé de Bogotá; Juzgado Trece (13) Penal del Circuito y Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal.

Segundo: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-791

octubre 14 de 1999

ACCIONDE TUTELA- Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-218363 y T-233722

Acción de tutela instaurada por José Luis Gómez Tapias y Darío Antonio Fajardo Monsalve contra el señor Gobernador del departamento de Magdalena y Secretario de Educación del departamento.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la Sección Cuarta de la Sala contencioso Administrativa del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por José Luis Gómez Tapias y Darío Antonio Fajardo Monsalve contra el señor Gobernador del departamento de Magdalena y Secretario de Educación del departamento.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Manifiestan los demandantes que se encuentran vinculados como docentes a la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena. Al momento de interponer las tutelas, el departamento les adeudaba los salarios correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo del presente año, razón por la cual consideraron violados sus derechos fundamentales a la vida, buen nombre y trabajo en condiciones dignas y justas.

2. Decisiones que se revisan

Mediante decisiones proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta (exp. T-218363) y por el Tribunal Administrativo del Magdalena (exp. T-233722), resolvieron negar y conceder respectivamente las tutelas. Impugnadas ambas decisiones, conocieron en segunda instancia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. La Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar la

decisión del *a quo*, mientras que por su parte el Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia y en su lugar rechazó la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Carencia actual de objeto

Esta Corporación en reiteradas ocasiones¹ ha sostenido, que la acción de tutela, como mecanismo judicial excepcional no es viable para obtener el pago de acreencias laborales, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial; sin embargo, procede excepcionalmente cuando se afecta el mínimo vital² del trabajador, quien ve en peligro su subsistencia y la de su familia en condiciones dignas y justas ante el incumplimiento del empleador en la cancelación oportuna.

El Magistrado ponente, para mejor proveer, mediante auto del 1° de septiembre de 1999, solicitó a las entidades demandadas informar sobre los pagos pendientes por hacer a los demandantes. Mediante escrito fechado el 14 de septiembre del mismo año, firmado por el Secretario de Desarrollo de Educación Departamental del Magdalena señaló que revisadas las nóminas de los docentes departamentales, entre los cuales se encuentran los actores, les fueron cancelados no sólo los meses de enero, febrero y marzo del presente año, sino también los meses de abril, mayo, junio y prima de servicios de este año.

De esta forma, resulta claro que los procesos en revisión carecen actualmente de objeto,³ razón por la cual se confirmarán las decisiones de instancia, pero por las consideraciones aquí expuestas.

III. DECISION

En mérito de la breve justificación, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (exp. T-218363) y por la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado (exp. 233722), pero por las motivaciones aquí expuestas.

Segundo. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior se ordena que por Secretaría General, se devuelvan los expedientes a los jueces de instancia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

¹ Cfr. sentencias T-010, T-035, T-047, T-139, T-166, T-332, T-335, T-364, T-418, T-423 y T-611 de 1998.

² Cfr. sentencias T-075, T-289, T-165, T-170, T-284 y T-696 de 1998, T-008 y T-125 de 1999.

³ Cfr. sentencias T-167 y T-463 de 1997, T-215, T-281 y T-288 de 1998 y T-178 de 1999, entre muchas otras.

SENTENCIA T-792

octubre 14 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

Esta Corporación ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el pago de acreencias laborales. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido excepcionalmente la procedibilidad de la misma, cuando con ella se busque evitar un perjuicio irremediable, ante la ausencia de otros medios de defensa judicial, o cuando existiendo estos, sean inapropiados para la protección de los derechos fundamentales violados. Igualmente, procede la protección excepcional por vía de tutela, cuando se estén afectando las condiciones mínimas de subsistencia.

DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR-Pago oportuno de salarios

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental por conexidad

PENSION DE JUBILACION- Remisión de documentación para resolución sobre reconocimiento

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-219986

Acción de tutela instaurada por Emilia Sánchez de Martínez contra el Ancianato Santa Lucía del municipio de Ambalema (Tolima).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el juez Promiscuo Municipal de Ambalema (Tolima), dentro de la acción de tutela instaurada por Emilia Sánchez de Martínez.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Manifiesta la demandante, señora Emilia Sánchez de Martínez, que se vinculó al Ancianato Santa Lucía de Ambalema (Tolima) el nueve de agosto de 1979, ocupando el cargo de empleada

de servicios generales y cumpliendo su labor en el área de cocina. Desde su vinculación, la jornada laboral se prolongó en horarios diarios de más de doce (12) horas, e incluso también, durante los días festivos. Señala que en ningún momento se le ha reconocido y cancelado suma alguna por concepto de cesantías e intereses sobre las mismas. Anota, sin mayor precisión, que la Junta Administradora o el señor Secretario del ancianato le informaron verbalmente que ya no formaba parte de dicha institución y por tal motivo, tanto ella como otra empleada estaban excluidas de la nómina. De igual manera, argumenta que le adeudan salarios de los años de 1997, 1998, y lo transcurrido del presente año, así como las primas de navidad, vacaciones y numerosas horas extras, sin poder precisar con certeza la cantidad de meses ni la cuantía total de todo lo adeudado.

Finalmente, señala que en la actualidad su situación laboral no se encuentra definida, pues no sabe si sigue o no vinculada al ancianato; desconoce el monto exacto del salario devengado, y tampoco sabe con exactitud el tiempo que lleva vinculada a dicha institución.

Ante tal situación, solicita la protección por vía de tutela de su derecho fundamental al trabajo. Pide se ordene al Ancianato Santa Lucía de Ambalema que concrete los siguientes asuntos: si es o no empleada de dicho establecimiento, el tiempo de servicios hasta la fecha, el salario exacto devengado, y que sea incluida en la lista de pensionados de dicho establecimiento, pues en la actualidad tiene más 65 años de edad.

2. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 19 de abril de 1999, el Juzgado Promiscuo Municipal de Ambalema (Tolima), negó la presente tutela. Consideró que, según los hechos expuestos por la misma demandante, no es posible que una persona pueda subsistir en condiciones dignas cerca de un año sin percibir salario alguno. Además, visto que la labor desarrollada por la demandante en el ancianato es la de preparar los alimentos, es razón más que suficiente para demostrar que su nivel de vida no se ha derrumbado significativamente. Igualmente, la actora posee vivienda propia, que si bien es humilde, procura a sus moradores la intimidad, abrigo y tranquilidad necesarias. Ante tales circunstancias, y visto que la demandante tiene otra vía de defensa judicial para hacer efectivo el pago de sus acreencias laborales, no resulta procedente la acción de tutela.

3. Pruebas solicitadas

Mediante auto de pruebas del 3 de septiembre de 1999, esta Sala de Revisión solicitó al Presidente y a la Junta Directiva del Ancianato Santa Lucía de Ambalema (Tolima) así como al Asistente Administrativo del mismo, que aportaran la siguiente información en relación con la tutelante:

Edad, tiempo de servicio, cargo actual, salario devengado, salarios adeudados, y pruebas documentales en que conste el pago de los aportes a salud, pensiones y cesantías.

Mediante escrito recibido el día 23 de septiembre del presente año, se aportaron las pruebas solicitadas, señalándose lo siguiente :

1. La demandante tiene 66 años de edad (Agosto 10 de 1933).

Actualmente ocupa el cargo de empleada de servicios generales.

2. El salario devengado hoy es de \$ 236.438.00 pesos mensuales.

3. Los salarios adeudados a la fecha son los siguientes:

T-792/99

·1997	Prima de vacaciones	\$86.002.50
·1997	Prima de Navidad	\$ 179.172.00
·1998	Sueldos (12) meses	\$2.265.528.00
·1998	Prima de vacaciones	\$101.913.00
·1998	Prima de Navidad	\$203.826.00
·1999	Sueldos (5) meses	\$1.095.000.00

4. Se anexaron copias de los recibos de los pagos hechos a Cajanal E.P.S, y Cajanal Pensiones. Asimismo, se entregó copia de la Resolución No. 002 de julio 23 de 1999, por medio de la cual se le reconoció a la actora el pago de cesantías parciales por cuatro millones (\$ 4.000.000.00) de pesos.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales. Afectación del mínimo vital.

Esta Corporación en varios de sus fallos ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el pago de acreencias laborales. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido excepcionalmente la procedibilidad de la misma, cuando con ella se busque evitar un perjuicio irremediable, ante la ausencia de otros medios de defensa judicial, o cuando existiendo estos, sean inapropiados para la protección de los derechos fundamentales violados. Igualmente, procede la protección excepcional por vía de tutela, cuando se estén afectando las condiciones mínimas de subsistencia del demandante.¹

En el proceso objeto de estudio, se demuestra que a la actora se le han afectado sus condiciones de vida digna, pues le adeudan los salarios de los primeros cinco (5) meses del presente año, lo cual atenta contra su mínimo vital. En estos casos, la omisión por parte del empleador en el pago de los salarios a la actora, y la prolongación de dicha conducta en el tiempo, hace presumir la afectación del mínimo vital, como ya se señaló anteriormente.² No corresponde entonces a la demandante asumir los efectos negativos ocasionados como consecuencia de la conducta negligente de su empleador al no cumplir con su obligación de cancelarle de manera puntual y completa sus salarios.³

Por lo anterior, en cuanto a los salarios se refiere, se ordenará al Presidente o a la Junta directiva del Ancianato Santa Lucía de Ambalema (Tolima), para que en un plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, cancele a la señora Emilia Sánchez de Martínez los sueldos adeudados.

¹ Sobre el pago oportuno de la remuneración consultar sentencias T-167/94, T-015/95, T-527/97 y T-528/97 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, T-063/95, T-437/96 y T-081/97, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo; T-146/96, T-234/97 y T-273/97 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; T-565/96, T-641/96, T-006/97 y T-103/99 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-012/98 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero y T-501/99 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. En relación con la tutela frente a particulares y el pago de acreencias laborales pueden consultarse las sentencias T-108, T-151, T-169 y T-650 de 1998; T-025 y T-090 1999.

² En este sentido consultar las sentencias T-259 y T-606 de 1999 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra y más recientemente sentencia T-665 de 1999 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

³ Cfr. sentencias T-063 de 1995, T-146, T-565 y T-641 1996, T-006 y T-234 1997.

2. Carácter fundamental del derecho a la seguridad social, respecto de personas de la tercera edad.

El derecho a la seguridad social contenido en la Carta Política, adquiere su connotación de fundamental cuando se encuentra estrechamente ligado a derechos fundamentales como la vida y la integridad física. En el caso de las personas de la tercera edad, dicho derecho adquiere la condición de fundamental, y frente a situaciones en las cuales este derecho se vea vulnerado, la protección tutelar resulta procedente, incluso en presencia de otras vías judiciales de defensa. De esta manera, cuando el trabajador que ha llegado al final de su etapa productiva y ve agotada su capacidad laboral, espera por lo menos, el reconocimiento del derecho a una pensión, la cual le garantizará a él y eventualmente a su familia, las condiciones mínimas de una vida digna, pudiendo con ello sufragar sus necesidades básicas.

En el presente caso, la señora Emilia Sánchez de Martínez, tal y como lo demuestran las pruebas solicitadas por esta Sala de Revisión, cumple al parecer, con los requisitos legales requeridos que le permitirían el reconocimiento de su pensión de jubilación. Si ello fuere así, y la actora reuniera los requisitos para que le sea reconocida su pensión, resulta pertinente ordenar a la Junta Directiva del Ancianato de Santa Lucía, para que en el término improrrogable de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, remita a la entidad encargada de reconocer la pensión - en este caso CAJANAL-, toda la documentación necesaria a fin de que, previo el correspondiente estudio hecho por dicha entidad, determine si la demandante podría tener derecho al reconocimiento de una pensión.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado promiscuo Municipal de Ambalema (Tolima) del 19 de abril de 1999. En su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental al trabajo.

Segundo. **ORDENAR** al Presidente o a la Junta Directiva del Ancianato Santa Lucía del municipio de Ambalema (Tolima), para que en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, procedan a cancelar los salarios adeudados a la señora Emilia Sánchez de Martínez, tan pronto el flujo de caja lo permita. Si este fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones tendientes a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo de lo ordenado.

Tercero. **ORDENAR** al Presidente o a la Junta Directiva del Ancianato de Santa Lucía, para que en el término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación de esta decisión, remitan a la entidad encargada de reconocer la pensión - en este caso CAJANAL-, toda la documentación necesaria a fin de que, previo el correspondiente estudio hecho por dicha entidad, determine si la demandante podría tener derecho al reconocimiento de una pensión.

Cuarto. Por Secretaría, librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-793

octubre 14 de 1999

DERECHO DE PETICION- Pronta resolución y decisión de fondo

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: Expediente T-236984

Acción de Tutela instaurada por Carlos Armesto Jiménez contra el Ministerio de Defensa Nacional, División de Prestaciones Sociales.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

procede a revisar el fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Carlos Armesto Jiménez contra el Ministerio de Defensa Nacional, División de Prestaciones Sociales.

I ANTECEDENTES

1. Hechos

El accionante Carlos Armesto Jiménez en su condición de padre de Efraín Armesto Machuca, fallecido, solicitó a la División de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, el 2 septiembre de 1998, la reclamación del 50% de compensación por muerte de su hijo, soldado voluntario, la cual fue reconocida y ordenada a pagar según resolución N° 08266/97, pero en el momento de presentarse y reclamarla, no le fue pagada, por tal motivo elevó petición a la entidad demandada a fin de obtener la orden del pago correspondiente, solicitud que dice el accionante no le ha sido resuelta a pesar de haber transcurrido diez (10) meses.

2. Sentencias objeto de revisión

Mediante sentencia de julio 2 del año en curso, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., niega la acción de tutela instaurada, al encontrar que la entidad demandada realizó los trámites pertinentes dentro de la institución; trámites que le fueron

comunicados al actor, encontrándose pendiente del respectivo acto administrativo que al no producirse se configuró el silencio administrativo negativo, lo que indica que el accionante debe recurrir a la vía contenciosa administrativa a fin de lograr el reconocimiento y pago del derecho que él estima le fue violado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. El problema jurídico planteado

Se reduce a determinar si la comunicación que la entidad demandada dirigió al actor respecto del trámite y curso interno realizado por la institución, cumple o en su defecto, desconoce el derecho de petición.

En efecto, la información proporcionada al actor por la entidad demandada sobre el estado y trámite del expediente, correspondió a una indicación que de manera impersonal y general se da a las solicitudes que ante ella se interponen, pero en manera alguna puede catalogarse como el pronunciamiento eficaz y oportuno al que tantas veces la Corte se ha referido cuando trata del derecho de petición.

Es cierto que se indicó el trámite interno que se le sigue al expediente, pero esta información no alcanza a ser una respuesta exacta y específica que logre definir en el actor el presunto derecho que le asiste sobre el reconocimiento y pago de la Compensación por Muerte de su hijo. En efecto, la jurisprudencia tiene establecido que ni *“el silencio ni una respuesta vaga e imprecisa, pueden satisfacer el derecho de petición, ya que no definen ni material ni substancialmente la solicitud del ciudadano. En este sentido la Corte ha sido enfática al resaltar que no basta un mero pronunciamiento sobre el objeto de la petición, sino que la contestación de la administración debe contener la respuesta al problema planteado por el ciudadano, lo que resulta esencial en el desarrollo de la actividad administrativa y en el cumplimiento de sus fines consagrados en el artículo 2º de la Constitución”*. (Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

“... la respuesta aparente pero que en realidad no niega ni concede lo pedido, desorienta al peticionario y le impide una mínima certidumbre acerca de la conducta que debe observar frente a la administración y respecto de sus propias necesidades o inquietudes: no puede hacer efectiva su pretensión, pero tampoco tiene la seguridad de que ella sea fallida.

Tal circunstancia hace inútil el derecho fundamental del que se trata y, por tanto, cuando ella se presenta, debe considerarse vulnerado el artículo 23 de la Carta Política...” (Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Por ello, esta Sala de Revisión observa que es procedente la acción de tutela por encontrar que la entidad ha violado el derecho fundamental de petición al no haber dado una respuesta oportuna, eficaz ni de fondo sobre el requerimiento presentado por el accionante.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C. En su lugar, **CONCEDER** la tutela impetrada en cuanto se evidencia la violación al derecho fundamental de petición.

T-793/99

Segundo. **ORDENAR** al Ministerio de Defensa Nacional, División de Prestaciones Sociales, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si no lo hubiere hecho ya, proceda a resolver de fondo e íntegramente la petición elevada por el señor Carlos Armesto Jiménez

Tercero. Por secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-794

octubre 14 de 1999

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Protección ante sustitución patronal producida en establecimientos públicos o privados

MUNICIPIO- Situación económica o presupuestal no es óbice para desconocer obligaciones laborales

EMPLEADOR- Responsabilidad en entrega oportuna de aportes para seguridad social y subsidio familiar

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Fundamental por conexidad

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL- Deber de afiliación por empleador

Referencia: Expediente T-224523

Acción de tutela incoada por María del Carmen Gómez contra el Alcalde del Municipio de Saladoblanco (Huila)

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Saladoblanco (Huila) el 6 de mayo de 1999.

I. ANTECEDENTES

María del Carmen Gómez, obrando en su propio nombre, incoó acción de tutela contra el Alcalde del Municipio de Saladoblanco en el Departamento del Huila, por considerar que, al no cancelarle algunas de sus prestaciones laborales, vulnera varios de los principios mínimos fundamentales que consagra el artículo 53 de la Constitución Política.

Afirma que la administración municipal no le ha cancelado el auxilio de alimentación, ni el subsidio de transporte, ni la dotación, como tampoco las correspondientes cuotas por concepto de salud a la caja de compensación familiar a la que se encuentra afiliada.

Manifiesta que desde el mes de junio de 1998 se han venido efectuando los respectivos descuentos por nómina para cubrir aportes en salud y pensiones, sin que a la fecha de presentación de la demanda de tutela se hayan efectuado los correspondientes desembolsos a la E.P.S.

La petente también estima violado su derecho fundamental a la igualdad, toda vez que el municipio demandado no le canceló la prima técnica o de servicios prestados, la cual sí se le había pagado en ocasiones anteriores y que, en cambio, le fue reconocida y cancelada oportunamente a la mayoría de sus compañeros.

Solicita la accionante lo siguiente:

“Que su señoría se sirva ordenar al señor alcalde que, en su función de ordenador del gasto municipal, de los recursos que entran al erario municipal provenientes de la participación en los ingresos corrientes de la Nación, se efectúe cada mes un registro presupuestal por el valor total de la nómina de los empleados al servicio del Centro Local de Salud, como lo permite la Resolución número 036 de mayo 7 de 1998, emanada de la Dirección General de Presupuesto Nacional, a efectos de garantizar que en lo sucesivo se siga sufragando oportunamente los salarios, esto es, que dichos recursos se utilicen en ese fin específico y de este modo evitar que la Administración Municipal con su negligencia y omisión vulnere el derecho que me asiste a recibir un salario oportuno, que de contera conculca mi derecho a la subsistencia, el mínimo vital, el derecho al trabajo y otros como la seguridad social y la vida.” (subraya la Corte)

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISION

El Juzgado Unico Promiscuo Municipal de Salado blanco, mediante Fallo del 6 de mayo de 1999, negó por improcedente la tutela solicitada, pues consideró que la actora contaba con dos medios de defensa judiciales idóneos -la acción de cumplimiento y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho- para obtener el reconocimiento y pago de lo adeudado.

Consideró el juez de conocimiento que, en el caso materia de estudio, no existió prueba alguna que ameritara la interposición de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que los hechos que motivaron el amparo no configuraron la afectación grave del mínimo vital de la empleada.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. Los derechos fundamentales de los trabajadores no pueden resultar afectados con ocasión de procesos que impliquen la sustitución patronal. La carencia de presupuesto no es excusa justificada para incumplir con el pago de las obligaciones laborales. Reiteración de jurisprudencia

En el caso objeto de la presente revisión constitucional y de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, se observa que -a pesar de no mencionarlo expresamente en su escrito de tutela-, la actora se encuentra prestando sus servicios laborales como promotora en el centro de salud del municipio de Salado blanco en el Huila.

Mediante Resolución número 1600 del 15 de septiembre de 1997, se efectuó la entrega, por parte de la “Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Antonio de Pitalito, Huila” al municipio de Salado blanco, de todo lo relativo a salud. Es decir, que el centro de salud en el

cual trabaja María del Carmen Gómez, en virtud del instrumento jurídico antes referido quedó bajo la administración y vigilancia de la Alcaldía municipal.

Como consecuencia de lo anterior, la prestación del servicio por parte del centro de salud, así como lo relativo al inventario valorizado, hojas de vida de los funcionarios existentes en la planta de personal, actas y otros documentos financieros, fueron trasladados del Hospital de Pitalito a la administración municipal de Saladoblanco, según lo previó la Resolución 1600 de 1997.

La Sala Quinta de Revisión encuentra que el Alcalde del Municipio de Saladoblanco era el único responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones laborales adeudas a la actora hasta la fecha de solicitud del amparo judicial y en ningún momento se configuró en cabeza del Hospital de Pitalito compromiso alguno en relación con la petente, toda vez que, como ya se dijo, desde el mes de septiembre de 1997 se realizó la entrega formal de todo lo relacionado con salud a la alcaldía demandada.

Mediante Sentencia T-321 del 10 de mayo de 1999, esta misma Sala de Revisión señaló que los procesos de privatización, transformación y reestructuración de entidades públicas, y las sustituciones patronales sólo pueden adelantarse sobre la base constante y prevalente del respeto a la dignidad de los trabajadores, a su estabilidad y a sus derechos irrenunciables.

En la misma providencia se indicó lo siguiente:

“...la Corte Constitucional partirá de criterios reiterados en su jurisprudencia, relativos a la intangibilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores y del postulado constitucional que exige condiciones dignas y justas en toda relación laboral, los cuales deben permanecer incólumes en el curso de cualquier proceso de privatización, reorganización, reestructuración, transformación y cambio de estatutos en entidades públicas, y en la sustitución patronal que se produzca en toda clase de establecimientos, públicos o privados, y por supuesto en los de las empresas de servicios públicos.

(...)

El artículo 53 de la Constitución Política contempla derechos inalienables e indisponibles de los trabajadores frente a cualquier patrono, y el 25 **Ibidem** consagra la protección especial, a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, lo que impide que, bajo la excusa de la racionalización, la tecnificación o el cambio de propietarios de las empresas, tales derechos sean disminuidos, afectados o desconocidos.

La Carta Política ha sido perentoria al declarar (art. 53) que ‘la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores’”.

De otro lado, no le asiste la razón al demandado cuando al presentar escrito de respuesta a las inquietudes planteadas en el trámite de instancia, afirmó:

“Habida cuenta que en municipios pequeños como el nuestro, donde aproximadamente el 95% de los ingresos provienen de transferencias de la Nación, es normal que en tesorería sólo existan dineros cada que se recibe un desembolso. Lo anterior, unido a que las transferencias de la Nación no alcanzan para cubrir las necesidades locales, es de común ocurrencia las agujias (sic) e imposibilidad del pago en el ente municipal”.

La Sala concluye que el argumento aducido por el alcalde no justifica su conducta. En numerosos fallos proferidos por esta Corporación se ha dejado en claro que la circunstancia invocada no puede tomarse como válida para que los ordenadores del gasto se abstengan de

tomar las providencias indispensables, dentro del ámbito de sus competencias, con el fin de atender oportunamente los pagos de salarios y prestaciones de los trabajadores, y de las pensiones de los extrabajadores, propiciando si es preciso las adiciones y modificaciones presupuestales a que haya lugar, con razonable anticipación, ya que los compromisos de índole laboral prevalecen respecto de los gastos ordinarios en que puedan incurrir, con miras al cumplimiento y desarrollo de su actividad administrativa.

Al respecto la Sentencia T-220 del 14 de mayo de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, señaló:

“...la aguda crisis financiera por la que atraviesa el municipio demandado no puede ser causal justa para negar el pago de las sumas adeudadas. El municipio de Fundación ha debido tomar las medias pertinentes, con la debida antelación, en orden a realizar los trámites presupuestales necesarios para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones...”

En el mismo sentido, la Sentencia T-284 del 29 de abril de 1999, M.P.: Dr.: Eduardo Cifuentes Muñoz, indicó:

“...las autoridades públicas no pueden aducir la mera falta de apropiación presupuestal para abstenerse de cumplir las obligaciones laborales. La administración tiene la obligación de prever, al momento de nombrar o posesionar a una persona, las necesidades presupuestarias que tal acto implica. Por lo tanto, tiene el deber de adoptar, con debida antelación, las medidas pertinentes en orden a realizar los trámites presupuestarios necesarios para atender sus obligaciones salariales”.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Quinta de Revisión considera que la conducta del Alcalde del Municipio de Saladoblanco, por ser negligente e imprevisiva, no se ajusta a lo ordenado por las normas legales, y menos a los principios constitucionales que rigen la actividad administrativa (art. 209 C.P.), ni a las reglas superiores que otorgan protección especial al trabajo en todas sus modalidades (art. 25 C.P.), remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.) y respeto a la dignidad humana y a los derechos de los trabajadores y sus familias. El burgomaestre incumplió su obligación de adoptar las medidas indispensables y oportunas para que el Municipio disponga de suficientes partidas presupuestales destinadas a sufragar los compromisos salariales y prestacionales respecto de la trabajadora.

2. El descuento por nómina de los aportes de los empleados para la seguridad social y subsidio familiar y la conducta omisiva de los patronos en desembolsarlos oportunamente a las respectivas entidades promotoras de salud implica responsabilidad de los patronos, ya que se hallan en peligro derechos fundamentales de los trabajadores y de sus beneficiarios. Reiteración de jurisprudencia

En el asunto bajo examen, la actora solicita de la alcaldía demandada el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Pide que se le pague el auxilio de alimentación, el subsidio de transporte, la dotación, así como la prima técnica o la prima de servicios prestados. Afirma que esta última ya se le había cancelado en oportunidades anteriores, y que en la actualidad ella es discriminada, toda vez que sí se le reconoció y pagó a varios de sus compañeros.

La Sala Quinta de Revisión considera que, como lo expresan numerosos fallos proferidos por esta misma Corporación, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para obtener el pago de prestaciones laborales -como las que en el presente asunto reclama la accionante-, ya que cuenta con las acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral.

Sin embargo, el alcalde de Saladoblanco ha venido efectuando, desde junio de 1998, los respectivos descuentos por concepto de aportes para subsidio familiar y para seguridad social, y a la fecha de presentación de la demanda de tutela no cuenta la actora, como tampoco su familia, con prestación de los servicios de salud ni con los inherentes a la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliada.

Al respecto, enfática ha sido la jurisprudencia en señalar que a pesar de constituir la seguridad social un derecho de naturaleza asistencial y prestacional, lo que en principio descartaría su protección mediante la acción de tutela, igualmente cierto es que, al existir una relación directa con el derecho a la vida, aquél adquiere la categoría de fundamental por conexidad.

Por lo anterior, probada como está la violación de los derechos de la peticionaria, se concederá la tutela interpuesta y se revocará el fallo de instancia, siguiendo las directrices trazadas por numerosas sentencias de esta Corporación.

Mediante Sentencia T-474 del 8 de septiembre de 1998 (M.P. Dr.: José Gregorio Hernández Galindo), señaló:

“-La seguridad social, aunque no es en sí misma un derecho fundamental, adquiere ese carácter por conexión, cuando está ligada al ejercicio de derechos de la misma naturaleza, como acontece con la vida o la integridad personal (arts. 11 y 12 C.P.), o cuando se trata de menores de edad (art. 44 C.P.).

-La seguridad social es, según el artículo 48 de la Constitución, un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”.

El Despacho del Magistrado Sustanciador ofició al Alcalde del Municipio de Saladoblanco, de que certificara si a la fecha del correspondiente auto -30 de agosto del presente año- habían sido canceladas las prestaciones reclamadas por la actora. En vista de que, vencido el término probatorio, no fue allegada al Despacho requirente constancia alguna, la Sala aplicará lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, en razón del silencio del requerido, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano.

Teniendo en cuenta que obran en el expediente oficios suscritos por la Directora de la EPS a la que se encuentra afiliada la actora y por la Auxiliar de Cartera de la “Caja de Compensación Familiar Andina CAFANDINA”, mediante los cuales se le solicita al Alcalde demandado la cancelación de los aportes parafiscales, ya que aparece en mora desde el mes de enero de 1998 y por tanto tal entidad se vería abocada a la suspensión de la afiliación, la Sala Quinta de Revisión compulsará copias del expediente y de este Fallo al Fiscal General de la Nación y al Procurador General para lo de su respectiva competencia. Los dineros retenidos por concepto de seguridad social y subsidio familiar tienen una destinación específica y su carácter es parafiscal; su indebida e irregular utilización genera consecuencias penales y disciplinarias.

Manifestó la Sala Quinta de Revisión en la citada Sentencia T-474 de 1998, lo siguiente:

“-El sistema de seguridad social no puede funcionar si los aportes de patronos y trabajadores no llegan efectivamente a las arcas de las entidades encargadas de prestar el servicio.

Por tanto, el compromiso de unos y otros resulta esencial para el ejercicio real de los derechos inherentes al aludido servicio público.

-En cuanto se refiere a los patronos, además de los aportes propios, tienen la obligación de trasladar al sistema de seguridad social las sumas que por concepto de cotizaciones retienen a sus empleados. Estos, a medida que prestan sus servicios, van liberando la cotización periódica que les corresponde, y son los empleadores los que asumen, por mandato de la ley, la responsabilidad de entregar los dineros retenidos a la entidad a la cual aquéllos están afiliados, para que la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y asistencial tenga lugar, y también con el objeto de contabilizar el número de semanas para obtener la pensión de jubilación. La obligación patronal se refleja igualmente en la previsión de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, pues sus aportes nutren a las denominadas A.R.P., creadas por la Ley 100 de 1993.

-Cuando el patrono, pese a haber retenido sumas de dinero a sus trabajadores por los mencionados conceptos, les asigna una finalidad distinta, desvía los recursos de la seguridad social, con notorio daño al sistema y con efectos graves en sus propios empleados, cuya atención se puede ver suspendida, como lo señala la Ley 100 de 1993”.

La Sentencia T-557 del 6 de octubre de 1998, proferida por esta Sala, reiteró lo expuesto en el anterior fallo, pero además dispuso:

“Una vez más afirma la Corte que la relación laboral implica para el patrono, como una de sus obligaciones básicas, la de afiliarse a sus trabajadores al sistema de seguridad social, efectuando sus propios aportes y trasladando a la entidad correspondiente los que se descuentan por nómina al empleado, con el objeto de mantener la constante disponibilidad de los servicios en salud, tanto para aquél como para sus beneficiarios.

La jurisprudencia ha destacado que tales obligaciones a cargo del empleador deben ser cumplidas de manera oportuna, para evitar la suspensión de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, a la que se refiere el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, y que la mora en llevar a cabo la afiliación, como en efectuar los aportes patronales o en consignar los recursos descontados al trabajador se refleja necesariamente en el traslado al patrono de la responsabilidad total, desde el punto de vista económico, por lo que respecta a los costos que demanden los servicios médicos, asistenciales, quirúrgicos, hospitalarios, terapéuticos y por concepto de suministro de medicamentos, tanto por causa de las dolencias de todo orden, físico o psicológico, que aquejen al trabajador y a su familia y demás beneficiarios, como por los accidentes y enfermedades de trabajo.

Para el efecto, la renuencia de la empresa se califica como omisión que cercena y amenaza derechos fundamentales, y por lo tanto, cae bajo las previsiones del artículo 86 de la Constitución y puede ser objeto de acción de tutela”.

Por lo anterior, se revocará el fallo de instancia en cuanto negó totalmente la tutela solicitada, y se concederá ésta únicamente en cuanto a la protección a la seguridad social, y en lo relativo al derecho de la trabajadora al subsidio familiar, ya que la reclamación de las demás prestaciones sociales de la actora pueden ser objeto de protección por parte de la jurisdicción ordinaria.

DECISION

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCASE** parcialmente la sentencia proferida en el asunto de la referencia por el Juzgado Unico Promiscuo Municipal de Saladoblanco en el Huila, mediante la cual se negó totalmente la tutela solicitada por María del Carmen Gómez.

Segundo. **CONCEDESE** la protección al derecho a la seguridad social de la afiliada y de sus beneficiarios y del que tienen también al subsidio familiar.

En consecuencia, **ORDENASE** al alcalde demandado que, si ya no lo hubiere hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a consignar en la EPS y en la Caja de Compensación Familiar a las que se encuentra afiliada la demandante los aportes por concepto de seguridad social y subsidio familiar retenidos y no pagados.

Tercero. Para las finalidades propias de su función, **REMITANSE** copias del expediente y de este Fallo al Fiscal General de la Nación y al Procurador General de la Nación

Cuarto. **DESE** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-795

octubre 14 de 1999

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Interrupción de servicios por mora patronal/
EMPLEADOR- Asunción servicio de salud por mora en aportes/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**- Responsabilidad subsidiaria en protección de la salud del trabajador

Referencia: Expediente T-224718

Acción de tutela incoada por Edgar Rueda Beltrán contra “Solidaria de Salud Solsalud E.P.S. S.A.”.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bucaramanga el 26 de marzo de 1999.

I. ANTECEDENTES

Edgar Rueda Beltrán instauró acción de tutela contra “Solidaria de Salud Solsalud E.P.S. S.A.”.

Afirmó el demandante que se afilió a dicha entidad con el fin de recibir atención médica, pero que, a pesar de encontrarse al día en el pago de sus cuotas de afiliación, no se le ha prestado el servicio de salud a su compañera, quien para la época en que se instauró la acción se encontraba en estado de embarazo.

Mediante oficio del 18 de marzo de 1999, “Solsalud E.P.S.” informó que Edgar Rueda Beltrán figura como afiliado suspendido. Manifestó esa entidad que el peticionario y su esposa fueron afiliados por la empresa “Americana de Seguros”, pero que ésta sólo ha cancelado al sistema de seguridad social tres días correspondientes al mes de julio de 1998 por un valor de \$2.446.00, y que a partir del siguiente mes no ha cumplido con el pago de los aportes, motivo por el cual la entidad promotora de salud se vio abocada a suspender la afiliación, de conformidad con lo establecido por la normatividad vigente (Decreto 806 de 1998).

En declaración rendida por el Gerente de “Solsalud E.P.S.”, éste explicó que los dineros que consignan los patronos a la E.P.S. no son de la entidad sino que son recursos del sistema de seguridad social, que administra el Fondo de Seguridad y Garantía -Fosyga-. Dicho fondo los distribuye para la atención de todas las personas vinculadas al sistema, sean del régimen contributivo o del subsidiado. Por tal razón, aseveró el declarante, la E.P.S. no puede destinar recursos para prestar el servicio a los que no cumplen con sus obligaciones.

También se recibió la declaración de Tilcia Amparo Villamizar Amaya, compañera permanente del demandante, quien al ser interrogada sobre el pago de los aportes, respondió:

“El primer mes, o sea en agosto 27 de 1998, se pagó en SOLSALUD; el segundo mes consignamos en BANCOOP; octubre también se pagó, y dejamos acumular tres meses o sea noviembre, diciembre de mil novecientos noventa y ocho y se pagaron en enero de este año. En este último mes yo estaba embarazada; tenía un mes de embarazo; yo necesitaba ir al control pero en SOLSALUD me dijeron que los servicios los tenían cortados; no sé el motivo, pero quiero aclarar que en SOLSALUD nos dijeron que consignáramos a favor del señor CESAR CONSUEGRA, que era el dueño de Americana de Seguros, y así se hizo y el último mes que pagamos fue enero de este año y de ahí en adelante no se siguió pagando porque no me atendieron más. PREGUNTADO: Se afirma que usted y el señor Edgar Rueda Beltrán se encuentran al día en el pago de dicho seguro. ¿Qué dice al respecto? CONTESTO: No, únicamente se pagó hasta el mes de enero de este año; para qué se seguía pagando, si no me atendían”. (Folio 40)

Al expediente se aportó copia del recibo expedido por César Consuegra, por valor de \$91.980, y cuyo concepto es el de “pago de los meses atrasados de noviembre, diciembre y enero más 2.7% de intereses”. (Folio 41).

También se anexaron copias de los formularios de autoliquidación de aportes del período correspondiente a los meses de agosto, septiembre, octubre y diciembre de 1998, en los que consta que “Americana Seguros” consignó los aportes de esos meses a “Solsalud E.P.S.” (folios 44 a 47).

II. FALLO OBJETO DE REVISION

Mediante providencia del 26 de marzo de 1999, el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bucaramanga negó el amparo solicitado.

En primer lugar afirmó el juez de instancia que en el presente caso el derecho a la vida no estaba en peligro. Agregó que la entidad demandada, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 806 de 1998, no está obligada a prestar el servicio de salud al demandante y a su compañera, por cuanto el patrono no está al día en el pago de los aportes, y señaló que la empresa “Americana de Seguros” ha incurrido en una indebida apropiación de recursos.

Aclaró el Juzgado que lo anterior no implicaba la desprotección del trabajador, pues el empleador estaba en la obligación de asumir los costos de la atención médica requerida.

El fallo no fue impugnado por ninguna de las partes.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

El no pago de las cotizaciones a las entidades promotoras de salud es causal de suspensión del servicio. Lo anterior sin perjuicio de la obligación del empleador de asumir su prestación

En el presente asunto se debe establecer si la suspensión del servicio que presta la entidad promotora de salud contra la cual se dirigió la acción, es una conducta que se encuentra al margen

del orden jurídico y que ha generado la violación de los derechos fundamentales del peticionario y de su familia.

En primer lugar, es necesario señalar que a la luz del ordenamiento vigente, la actitud asumida por “Solsalud E.P.S.” es legítima, por cuanto su negativa a prestar el servicio de salud se debe al incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones a su cargo. Cabe recordar que, según lo prescribe el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, es deber de los empleadores inscribir a sus trabajadores en alguna entidad promotora de salud, y en concordancia con lo ordenado en el artículo 22 del mismo estatuto, los patronos son responsables del pago de su aporte y de los que deben asumir los empleados a su servicio. De igual forma, son responsables por el traslado de estos recursos al sistema.

El incumplimiento de estas obligaciones patronales da lugar a la sanción moratoria y a las correspondientes acciones de cobro. Adicionalmente, la negligencia del empleador genera la suspensión de la atención en el Plan Obligatorio de Salud, según lo prevé el artículo 209 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es importante anotar que esta Corte declaró exequible la norma mencionada, bajo el entendido de que dicho precepto se interpretara de conformidad con las siguientes pautas:

“25- Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte considera que es necesario distinguir las dos consecuencias previstas por la norma, ya que ésta establece no sólo la interrupción de la prestación del servicio sino incluso la suspensión de la afiliación.

Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo “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.” Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. Es cierto que todo el sistema de seguridad social está estructurado sobre la idea de que las entidades idóneas para satisfacer las prestaciones en salud son las EPS y las IPS. Y esa presunción es razonable, ya que la mayor parte de los patronos no tiene la competencia técnica ni la solvencia financiera para garantizar efectivamente a sus trabajadores las prestaciones sanitarias definidas por la ley. Sin embargo, no por ello la norma impugnada es contraria a la Carta, pues debe recordarse que el derecho a la salud es de amplia

configuración legal, por lo cual debe reconocerse al Congreso la posibilidad de regular de distintas formas el acceso a la salud. En estos casos no procede un examen estricto de proporcionalidad pues la propia Constitución ha deferido a la ley la delimitación misma de gran parte del contenido del derecho. Por todo lo anterior, la Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.

(...)

29- En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono.

30- Esto muestra pues que la norma acusada es exequible en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de responsabilidad sino en la propia Carta. En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está estableciendo que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. Por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal “aquéllos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio” (artículo 161 de la Ley 100 de 1993).

31- Finalmente, la Corte entiende que en situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador. En efecto, la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar (CP arts. 5º y 42) impone al Estado y a la sociedad la garantía de su protección integral. Por ello es natural que, en desarrollo de ese mandato, se establezca que los beneficios que se establecen para el trabajador afiliado a los sistemas se aplican también a su familia, tal y como lo señala el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que el plan de salud obligatorio de salud tendrá

cobertura familiar. Por ende, si la mora patronal acarrea la suspensión de los servicios de salud para la familia del trabajador, es natural que el patrono deba primariamente también responder por tales servicios, pero que, por la responsabilidad compartida, las EPS deban, en los casos mencionados en los anteriores fundamentos de esta sentencia, responder subsidiariamente.

(...)

33- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el primer segmento del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, según el cual “el no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio” es claramente constitucional cuando se trata de la suspensión de servicios en caso de personas no vinculadas a través de relación laboral, esto es de pensionados, jubilados y trabajadores independientes, pues ellos directamente deben realizar los pagos de las correspondientes cotizaciones. Por el contrario, y como se ha visto en los anteriores fundamentos de esta sentencia, es necesario condicionar el alcance de esta norma a fin de adecuarla a la Carta, cuando se trata de trabajadores dependientes y a servidores del Estado, pues una aplicación literal puede transgredir los artículos 13, 49 y 83 de la Constitución. Es por ello que se declarará la exequibilidad condicionada de ese aparte.

Así, y como se precisó en el fundamento 25, la suspensión de la afiliación resulta desproporcionada en estos casos. Por el contrario, la interrupción de los servicios de salud por la EPS es conforme con la Carta, pero con las precisiones efectuadas en los fundamentos 29 a 31 de esta sentencia, esto es, que el patrono asume la obligación primaria de prestar tales servicios al trabajador y a su grupo familiar y que subsiste una responsabilidad subsidiaria de la EPS en determinados eventos.

34- En relación con la parte final del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que dispone expresamente que “por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase”, la Corte considera que es necesario también condicionar su constitucionalidad por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución sólo la atención básica de salud debe ser gratuita para todas las personas, por ende es razonable que el incumplimiento de una obligación pecuniaria en este campo origine las consecuencias económicas que le garanticen, a la entidad que debe responder por el servicio, la estabilidad y el equilibrio del sistema. Además, el artículo 365 de la Constitución dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, el cual debe leerse en concordancia con el artículo 2º de la Carta que dispone como fin de nuestro Estado la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. Por tal razón, si no existen serias consecuencias contra el empleador o el individuo que incumple, no se garantiza “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (CP art. 49). Finalmente, no debe olvidarse que el actual sistema de seguridad social en salud se diseñó para también favorecer a las personas sin capacidad de pago, pues a través del fondo de solidaridad se busca hacer efectivo el derecho a la salud de quienes objetivamente no pueden cotizar en el sistema. Por ende, si no existen mecanismos jurídicos que garanticen el pago efectivo de la cotización de quienes pueden hacerlo, se desconoce el deber ciudadano de solidaridad social que contempla el numeral 2º del artículo 95 constitucional. Por todo lo anterior, la Corte considera que en aquellos casos en que el incumplimiento es imputable al patrono, entonces no existe ninguna razón para que se lo excluya del pago de intereses, pues ello constituye una invitación a eludir el pago de esas contribuciones parafiscales.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores independientes y pensionados, la Corte considera que es razonable el mandato según el cual durante el período de la suspensión, no se podrá causar deuda ni interés de ninguna clase. En efecto, en tales eventos, la suspensión de la afiliación constituye una consecuencia drástica para la persona afectada, por lo cual se justifica que se lo exima del pago de intereses, a fin de no hacer excesivamente gravosa su posterior vinculación al sistema de salud. Por ende, también se condicionará la exequibilidad de esta frase” (se subraya) (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998).

En relación con la responsabilidad de los patronos respecto de las transferencias de los aportes para la seguridad social, esta Sala, al analizar un caso similar al que ahora ocupa su atención, señaló:

“...la relación laboral implica para el patrono, como una de sus obligaciones básicas, la de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social, efectuando sus propios aportes y trasladando a la entidad correspondiente los que se descuentan por nómina al empleado, con el objeto de mantener la constante disponibilidad de los servicios en salud, tanto para aquél como para sus beneficiarios.

La jurisprudencia ha destacado que tales obligaciones a cargo del empleador deben ser cumplidas de manera oportuna, para evitar la suspensión de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, a la que se refiere el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, y que la mora en llevar a cabo la afiliación, como en efectuar los aportes patronales o en consignar los recursos descontados al trabajador se refleja necesariamente en el traslado al patrono de la responsabilidad total, desde el punto de vista económico, por lo que respecta a los costos que demanden los servicios médicos, asistenciales, quirúrgicos, hospitalarios, terapéuticos y por concepto de suministro de medicamentos, tanto por causa de las dolencias de todo orden, físico o psicológico, que aquejen al trabajador y a su familia y demás beneficiarios, como por los accidentes y enfermedades de trabajo” (Cfr. Sentencia T-557 del 6 de octubre de 1998).

Por su parte, el artículo 57 del Decreto 806 de 1998, establece que cuando el patrono no ha pagado las cotizaciones, éste deberá garantizar la prestación de los servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, “sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el parágrafo del artículo 210 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993”.

En el caso *sub lite*, aunque existe controversia acerca de cuáles han sido los períodos dejados de cancelar, pues al expediente se aportaron copias de algunos formularios de autoliquidación patronal, lo cierto es que, independientemente de ello, se demostró que el empleador no está al día en el pago de aportes para seguridad social en salud. Lo anterior da lugar a la consecuencia antes indicada, es decir, el empleador debe asumir los gastos para atender la salud del trabajador y de sus beneficiarios, y ello con el fin de que estos no queden desprotegidos por la culpa imputable a un tercero (Preámbulo y artículos 1, 25, 48, 49 y 53 C.P.).

En este orden de ideas, se concluye que en el caso **sub examine**, la actitud de la entidad demandada es legítima y, por tanto, ningún reproche merece. Es por ello que se confirmará la decisión del juez de instancia, que negó la tutela solicitada.

DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

T-795/99

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bucaramanga, por medio del cual se negó el amparo invocado.

Segundo. Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VITORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-796

octubre 14 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional

INDEFENSION- Jugador respecto de club deportivo

CLUB DEPORTIVO- Libertad del jugador cuando desaparece relación contractual

La Corte ha de repetir que, si bien los clubes futbolísticos tienen unos derechos económicos relacionados con la transferencia o “pase” de los jugadores profesionales a otros equipos, como una forma de compensación por lo que han invertido en la formación deportiva, la preparación y los gastos de capacitación y nivelación profesional de los jugadores, estos recobran el total dominio sobre sus futuras vinculaciones contractuales en el momento en que termina la relación jurídica que han mantenido con una determinada organización.

CLUB DEPORTIVO- Libertad del jugador por inexistencia de relación contractual

Cuando no existe relación contractual, el jugador será siempre libre de ejercer sus derechos deportivos y podrá, sin el consentimiento del club, contratar con otros y desempeñar su actividad futbolística sin limitaciones. No habría razón válida alguna para que la entidad se lo impidiera u obstaculizara.

ACCION DE TUTELA- Demostración de amenaza o vulneración de derechos fundamentales

Referencia: Expediente T-224787

Acción de tutela instaurada por Sergio Uriel Daza Alarcón contra el “Club Deportivo Ibagué”

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos que dictaron el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito y el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Laboral, para resolver sobre la acción de tutela instaurada por Sergio Uriel Daza Alarcón contra el “Club Deportivo Ibagué”.

I. ANTECEDENTES

Sergio Uriel Daza Alarcón instauró acción de tutela contra el “Club Deportivo Ibagué” para que se ordenara a esta entidad la entrega de sus derechos deportivos y se le tutelaran los derechos a la vida, la igualdad, el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la integridad física, la salud, la seguridad social y la educación.

Según la demanda, Daza Alarcón es jugador de fútbol aficionado y desde hace más de dos años no ha jugado con el “Club Deportivo Ibagué”, al cual pertenecen sus derechos deportivos, ni ha recibido ningún beneficio del mismo, pues todos los gastos de sostenimiento los asumen sus padres.

En 1990 jugaba en una categoría preinfantil en el club “Berlín” y luego, en 1993, fue transferido al “Club Deportivo Venus”, al cual pertenecía hasta principios de 1996. Desde ese año fue negociado por dicho Club y cedido al “Deportivo Ibagué”, recibiendo como retribución algunos uniformes y balones. Según dice, en ningún momento se tuvo en cuenta el consentimiento suyo ni el de sus padres, ya que en ese entonces era menor de edad. Tampoco se firmó documento alguno.

Después de efectuada esta transferencia, jugó tres partidos con el Club, durante 1996, pero en los años siguientes no jugó, debido a que la institución no tenía competencia en categorías a las que él pertenecía. Se dedicó exclusivamente a jugar con las selecciones departamentales Juvenil y Sub-23.

Se le han presentado oportunidades de jugar en clubes categoría B, pero no ha sido posible, ya que ha tenido inconvenientes con sus derechos deportivos. Los directivos no han podido llegar a ningún acuerdo con el Presidente del Club.

Manifiesta que, en compañía de su padre, se ha entrevistado con la persona que dice tener sus derechos deportivos, viendo la posibilidad de que se los ceda, pero sólo ha recibido desprecio y ofensas morales.

En vista de que llevaba más de un año sin jugar en ningún club, el 15 de marzo de 1999 se dirigió al Presidente de la DIFUTBOL en Santa Fé de Bogotá, solicitándole sus derechos deportivos, pero a la fecha no ha obtenido ninguna respuesta a pesar de que ha insistido en varias oportunidades.

Pide que a través de la tutela se le protejan los derechos constitucionales antes indicados y se ordene la entrega de sus derechos deportivos.

En diligencia de declaración ante el juzgado de primera instancia, el Presidente del “Club Deportivo Ibagué” manifestó:

“PREGUNTADO: Dígame al Juzgado si conoce al ciudadano Sergio Uriel Daza Alarcón caso afirmativo hace cuanto y el motivo. Sí lo conozco hace aproximadamente uno o dos años y el motivo porque el jugador pertenece al club y es jugador de fútbol, pertenece desde el año 1995; no me acuerdo cómo lo adquirieron, pero no sé si fue por unos balones u otros jugadores. PREGUNTADO: ¿Qué retribución recibe y/o recibió Sergio Uriel en esa transacción? CONTESTO: Nada porque es fútbol aficionado pero eso se hace con el consentimiento del jugador porque en la ficha del traspaso existe la firma del jugador. PREGUNTADO: Consecuencia de lo anterior, ¿dígame al Juzgado si Sergio Uriel deriva algún provecho del Club Deportivo de Ibagué, por tener y jugar en beneficio del mismo? CONTESTO: En los clubes aficionados se inscribe un jugador ese mismo sin ningún tipo de retribución, se le brinda la formación futbolística para ser jugador,

entrenador, uniformes, fundamentación y otros, para volverlo jugador de fútbol. PREGUNTADO: En consecuencia dígame al Juzgado ¿quién es el titular de los derechos deportivos y/o pase de Sergio Uriel? CONTESTO: EL CLUB DEPORTIVO IBAGUE. PREGUNTADO: Como consecuencia de lo anterior ¿puede Sergio Uriel ejercer actividades futbolísticas en favor de otro Club o equipo aficionado o profesional? CONTESTO: Sí señor, lo que pasa es que él tiene que solicitar al Club el préstamo u otro club comprar los derechos deportivos. PREGUNTADO: Diga, ¿en cuánto estima el Club Deportivo Ibagué los derechos del accionante? CONTESTO: No sé, hasta ahora no hemos tenido ventas de ningún jugador en estos años. PREGUNTADO: ¿Hace cuánto pertenecen los derechos deportivos al Club? CONTESTO: Hace tres años. PREGUNTADO: ¿Se encuentra en actividad en beneficio del club Sergio Uriel? CONTESTO: No, este momento no, tengo noticia que estaba trabajando en Medellín, yo estoy manejando la primera C. del Deportes Tolima y él habló conmigo, me dijo que estaba interesado de jugar fútbol y le dije que se presentara a entrenar con la primera C., fue lo último que se presentara y el pase se cedería en préstamo al Deportes Tolima, sin tener idea hace cuánto no juega. PREGUNTADO: Dígame al Juzgado si el Club Deportivo Ibagué ha solicitado préstamo o compra de los derechos deportivos del mismo. CONTESTO: No señor. PREGUNTADO: Dígame al Juzgado cómo es cierto sí o no que Sergio Uriel Daza Alarcón directamente y/o en compañía de sus padres se han entrevistado con usted para efectos de los derechos deportivos del mismo, explíqueme al juzgado ¿qué ha sucedido? CONTESTO: Sí se han entrevistado, él fue varias veces a mi consultorio y yo le dije que por el club no había problemas si encontraba un club en donde jugar, es más Cooperamos estuvo interesado en los derechos deportivos de él, pero no quedó en la plantilla del equipo, el entrenador no lo dejó, él debe pertenecer a la profesional. Para el Club Deportivo Ibagué, prestarlo o venderlo trae beneficio al club, en este momento debe tener el mismo club unos cien jugadores entre activos y no activos; los gastos que se genera entre otros son, uniformes, balones, pago de entrenadores, pago para quien los forma, inscripciones a campeonatos, a ligas, tiene reglamentación legal por la difútbol pero es aficionado y por ahí cada seis años viene a vender un jugador y el último que se vendió fue en el año 1988 a Flavio Torres, yo del pase, les doy a los jugadores la mitad de lo que cueste aunque no es obligación, en aficionado no tienen derecho a nada. El creo que es defensa central, él puede comprarse los derechos, es más yo le dije que podíamos negociar, porque el club ha hecho inversiones en él como el pago de entrenadores, uniformes, ha jugado campeonatos. PREGUNTADO: ¿El hecho de pertenecer al club le impide a ellos laborar? CONTESTO: No señor” (Folios 18, 19 y 20).

(...)

De igual forma en la respuesta dada al juzgado de instancia afirmó:

“...Es cierto que el tutelante es futbolista aficionado. Pero DEPORTIVO IBAGUE jamás le ha negado la oportunidad de jugar en ningún otro Club. Tampoco es cierto que no haya sido inscrito desde el año 96, pues lo fue incluso en 1997. Durante 1998, y como consecuencia de la crisis que vive la Liga de Fútbol del Tolima, no se celebró torneo de la categoría sub-21, a la cual pertenece el tutelante, razón por la cual mal podría habersele inscrito en el año anterior”.

(...)

“...No es cierto que fue transferido de Deportivo Venus a DEPORTIVO IBAGUE sin su consentimiento ni el de sus padres. El mismo accionante se contradice, pues en la ampliación de su demanda reconoce que sí fue transferido con su consentimiento. Y prueba de ello es la fotocopia de la Carta de Transferencia que anexó a este escrito. Por lo demás, para la fecha de

su transferencia al Club que represento, de conformidad con la normatividad vigente no era necesaria la autorización de sus padres, pues ya había cumplido 16 años” (Folio 22).

II. LAS DECISIONES JUDICIALES

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, en providencia del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), negó la tutela afirmando que no basta “listar” una serie de derechos constitucionales fundamentales para obtener la prosperidad de la petición, sino que es necesario acreditar de una u otra manera que el derecho fue vulnerado o se encuentra en peligro de ser violado.

Para nada se advierte -dijo el Juez- que derechos constitucionales como la vida, la igualdad, el trabajo, la integridad física, la salud, la seguridad social, entre otros, se encuentren en peligro que merezca la protección de la tutela.

Sobre la figura relacionada con los derechos deportivos o “pase”, el fallo afirma que se encuentra regulada por la ley y recuerda la Sentencia C-320 de 1997, proferida por esta Corte, en cuanto a los jugadores profesionales.

El Juez echó de menos la prueba que permitiera deducir abusos por parte del “Club Deportivo Ibagué” respecto del accionante en tutela y, por tanto, estimó que no había vulneración de derechos fundamentales. Tampoco existe, en criterio del fallador, prueba alguna que demuestre que “...tozudamente el Club Deportivo Ibagué se abstiene de ceder los derechos deportivos de Sergio Uriel, quien ciertamente cayó en la especulación”. Expresó que el accionante, como jugador de Fútbol aficionado, no deriva su sustento de la actividad relacionada con la acción, de suerte que, en su concepto, no se le violó el derecho al trabajo.

Por estar dirigida esta acción contra el “Club Deportivo Ibagué”, no pudo el Juzgado emitir pronunciamiento alguno frente a la “Difútbol” del Tolima.

El fallo, impugnado por Sergio Uriel Daza, fue confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Laboral.

En la providencia de segunda instancia se afirmó que la accionada aceptó ser propietaria de los derechos deportivos del jugador y admitió que debido a la situación de crisis de la Liga de Fútbol del Tolima, no se han celebrado torneos de la categoría sub-21, a la cual pertenece Daza Alarcón, por lo que no pudo ser inscrito en el pasado año.

Se concluyó en la providencia: “Lo anterior significa que el demandante, conforme lo expresó, lleva inactivo como mínimo un año, por lo cual y de conformidad con el Art. 36 del reglamento del Régimen del jugador de fútbol, tiene libertad para ser registrado por el club que elija, pero como además la libertad de los jugadores en tal circunstancia debe ser decretada por el Comité Ejecutivo de “Difútbol” o su Tribunal Deportivo, según corresponda, el accionante deberá dirigirse a tales organismos para que decidan su situación, pues aunque dentro de la solicitud de tutela expresó que en marzo 15 de 1999 elevó la petición a “Difútbol” en Santa Fe de Bogotá, no lo demostró. Tampoco dirigió la presente acción contra esa entidad, que es la encargada de resolver.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. La tutela contra los clubes deportivos

La Corte Constitucional ha sostenido, y lo reitera, que la acción de tutela contra particulares tiene un carácter excepcional, es decir que, si no se configura alguno de los motivos indicados

en el propio artículo 86 de la Constitución, desarrollado por el 42 del Decreto 2591 de 1991, no es procedente.

Uno de los eventos en los que el ordenamiento jurídico acepta que se instaure acción de amparo contra un particular es el de la indefensión del accionante o de aquel a cuyo nombre actúa, respecto de la persona o entidad privada contra quien se promueve el proceso.

Por su parte, el artículo 42, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 hace mucho más concreta la viabilidad de la acción cuando el sujeto contra quien se propone es una organización privada, siempre y cuando el solicitante tenga, respecto de ella, una relación de subordinación o indefensión.

Tal es el caso de los jugadores frente a los clubes deportivos a los cuales pertenecen.

2. La libertad de los jugadores de fútbol respecto de sus clubes cuando ha desaparecido la relación contractual. Para que pueda concederse el amparo debe probarse la violación o la amenaza de derechos fundamentales

La Corte ha de repetir que, si bien los clubes futbolísticos tienen unos derechos económicos relacionados con la transferencia o “pase” de los jugadores profesionales a otros equipos, como una forma de compensación por lo que han invertido en la formación deportiva, la preparación y los gastos de capacitación y nivelación profesional de los jugadores, estos recobran el total dominio sobre sus futuras vinculaciones contractuales en el momento en que termina la relación jurídica que han mantenido con una determinada organización.

Cuando, por el contrario, no existe relación contractual -como acontece en este caso-, el jugador será siempre libre de ejercer sus derechos deportivos y podrá, sin el consentimiento del club, contratar con otros y desempeñar su actividad futbolística sin limitaciones. No habría razón válida alguna para que la entidad se lo impidiera u obstaculizara.

Ahora bien, la acción de tutela, intentada por el jugador contra el club para recuperar su libertad de contratación si ella es conculcada por una conducta ilegítima de aquél (Cfr. Sentencia T-029 del 26 de enero de 1999. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz), pero, para que el amparo proceda, debe probarse que en efecto el club deportivo actúa de alguna manera para obstruir o negar el libre ejercicio de los derechos del jugador. Si tal prueba no existe, mal puede el juez presumir que la institución deportiva desconoce derechos fundamentales.

Tal acontece en el presente caso, pues no ha sido acreditado dentro del proceso que al actor se le haya prohibido por el “Club Deportivo Ibagué” contratar con otras entidades de esa misma naturaleza, y del hecho de que no se haya incluido al jugador en los torneos de fútbol no se desprende que se quebranten sus derechos, toda vez que, por una parte, el Club no estaba obligado a incorporarlo por no existir contrato, y por otra, los eventos que en el último año han tenido lugar no cobijaban la categoría en la cual está clasificado el accionante.

A juicio de la Corte Constitucional, Daza goza de todos sus derechos, sin que se los haya cercenado el “Club Deportivo Ibagué” y puede en cualquier momento, si a bien lo tiene, retirarse del equipo y vincularse a otro.

Pero la tutela debe ser negada por no haberse establecido vulneración ni amenaza alguna de derechos fundamentales, lo que excluye este caso del ámbito propio del artículo 86 de la Constitución.

Finalmente, si se trata de una controversia puramente contractual, sin repercusión en los derechos fundamentales de la persona, es improcedente la acción de tutela.

T-796/99

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia a nombre del pueblo por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **SE CONFIRMAN** las sentencias objeto de revisión y se declara que el jugador goza y ha gozado siempre de su libertad de contratación y de sus derechos deportivos.

Segundo. **DESE** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-797

octubre 14 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional

SUBORDINACION LABORAL- Aplicación

DERECHO A LA SALUD- Mora en pago de aportes patronales

JUEZ DE TUTELA- Deber de tramitar demanda

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL- Deber de afiliación por empleador

**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Interrupción de servicios por mora patronal/
EMPLEADOR- Asunción servicio de salud por mora en aportes/ENTIDAD PROMOTORA
DE SALUD- Responsabilidad subsidiaria en protección de la salud del trabajador**

Referencia: Expediente T-225513

Acción de tutela incoada por Ramón Alfredo Cardona Alvarez contra la empresa “Muebles Hermes Ltda.”

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las previstas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

al revisar el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, y que a su vez resolvió sobre la acción de tutela incoada por Ramón Alfredo Cardona Alvarez contra la empresa “Muebles Hermes Ltda.”.

I. ANTECEDENTES

Afirmó el actor que desde hace más de veinte años trabaja para la mencionada empresa, que su tipo de participación en el sistema general de seguridad social en salud corresponde al régimen contributivo y que, por ello, se le hacen deducciones -destinadas a cubrir los riesgos de salud y de vejez- a favor del Seguro Social.

Alegó que en el mes septiembre de 1998 se dio cuenta de que su empleador no se encontraba a paz y salvo, toda vez que no le volvieron a llegar las copias de las autoliquidaciones. Además

dijo que, cuando se vio en la necesidad de solicitar el servicio de salud, le negaron la atención con dicho argumento.

Según el demandante, el empleador se ha excusado en la crisis económica que atraviesa actualmente la empresa, lo cual lo ha puesto frente al dilema de que, si cancela lo relativo a la seguridad social de los trabajadores, no tiene con qué pagar los salarios.

Aseveró el peticionario que la situación descrita ha causado perjuicio a él y a su familia, pues no han podido acceder a los servicios de salud cuando así lo han requerido. Dijo que no tiene recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de salud, y que por tanto se encuentran desprotegidos.

II. DECISION JUDICIAL QUE SE REVISARÁ

Mediante providencia del 19 de marzo de 1999, el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja (Antioquia), declaró improcedente la acción de tutela, puesto que no se advertía la vulneración o amenaza actual e inminente de ningún derecho fundamental. Explicó que en caso de que se presente algún percance de salud, el trabajador puede recurrir a estos tres caminos:

“PRIMERO: Solicitar la atención del Seguro Social, que puede atender al paciente y repetir contra el empleador las cuotas atrasadas.

“SEGUNDO: Denunciar ante el Seguro Social el atraso en el pago de las cuotas correspondientes al riesgo de salud, para que mediante resolución expida el título ejecutivo para su cobro y lo haga efectivo por jurisdicción coactiva.

TERCERO: En el peor de los casos, queda la obligación del patrono de atender los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos que pueda requerir la enfermedad del tutelante o de un miembro de su grupo familiar con cobertura”.

Esa decisión fue impugnada por el peticionario, y en segunda instancia, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Antioquia, mediante providencia del 27 de abril del presente año, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado, ya que el a quo omitió notificar a la parte demandada sobre la iniciación del proceso. En consecuencia, remitió el asunto al juez de primera instancia para que reanudara el proceso y subsanara la aludida irregularidad.

El Juzgado Promiscuo de Familia de la Ceja dio cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Antioquia. Además, recaudó algunas pruebas, mediante las cuales se pudo constatar que la empresa demandada no ha cumplido la obligación de hacer la transferencia al Seguro Social de los aportes destinados a cubrir los riesgos de salud de los trabajadores.

El representante legal de la empresa demandada afirmó que ésta atraviesa por una precaria situación económica, que canceló los respectivos aportes al sistema de seguridad social hasta el mes de agosto de 1998, pero que en ningún momento los trabajadores han sido desprotegidos, puesto que la empresa tiene contrato vigente con el hospital y la clínica San Juan de Dios, y paga la atención médica, hospitalaria y farmacéutica que requiera el trabajador, en la institución que éste prefiera, en caso de que no quiera ser atendido en los mencionados centros médicos.

La empresa reconoció que no hace ningún aporte en salud desde hace seis meses, y que la retención se hace por obligación legal, a fin de conferirle derecho al trabajador para reclamar el servicio. Señaló, además, que en relación con el trabajador demandante, no puede aportar prueba de la atención en salud suministrada, pues hasta el momento, éste no la ha requerido.

El Director de la Clínica San Juan de Dios informó que actualmente no existe contrato con la empresa demandada, y que “cuando se solicita una atención individual y viene con la orden de dicha empresa, se atiende previa comprobación del estado de cartera con la misma” (folio 26 del expediente).

Y el Hospital de La Ceja certificó que no hay contrato vigente con “Muebles Hermes” pero que “se le atienden pacientes ocasionalmente mediante orden escrita de dicha empresa, enviada vía fax y específica para cada paciente”, por lo cual se genera una factura de la respectiva atención a la compañía aludida (folio 27).

Mediante fallo del 10 de mayo de 1999, el Juzgado de instancia negó la protección solicitada. Estimó el juez que no se demostró que el demandante hubiera solicitado al Seguro Social la atención médica, para luego repetir contra el empleador por los aportes atrasados. Tampoco se probó que se hubiese denunciado ante el Seguro Social el atraso en las cuotas para acudir ante la jurisdicción coactiva. Además, recalcó el juzgado que la clínica y el Hospital San Juan de Dios, cuando los empleados de la empresa demandada llevan una orden de ésta, se les atiende, con lo cual se demuestra que la empresa ha cumplido con su obligación de cubrir los gastos de salud, por no haber efectuado con los aportes.

Señaló el juez de instancia que, cuando se incumple el deber de cancelar los aportes al Seguro Social, es éste el que debe ejercer la acción ante la autoridad competente, previo el informe de los afiliados.

Agregó que ordenar al patrono la cancelación de los aportes, mediante la acción de tutela, sería tanto como fallar un proceso ejecutivo sin respetar el debido proceso.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. El trámite de la demanda de tutela. Responsabilidad del patrono por la afiliación de sus trabajadores al sistema de seguridad social en salud y por los aportes periódicos. Reiteración de jurisprudencia

Dada la identidad en los hechos, entre este caso y el fallado mediante Sentencia T-757 del 12 de octubre de 1999, de esta Sala, debe reiterarse:

“Tanto en el artículo 86 de la Constitución Política como en el Decreto 2591 de 1991 se consagra que la acción de tutela procede excepcionalmente contra particulares, en los casos taxativamente señalados.

El artículo 42 del Decreto citado establece, en el numeral 4º, que cabe la acción de tutela cuando la solicitud es dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o contra quien sea el beneficiario real de la situación que motivó la demanda, siempre y cuando el solicitante esté subordinado o se encuentre indefenso ante aquélla. En el numeral 9º *Ibidem* se prevé la tutela de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto de un particular.

Ya la jurisprudencia ha precisado que, cuando existe un contrato de trabajo, es innegable la relación de “subordinación” existente, toda vez que la continuada dependencia del trabajador respecto de su patrono es elemento esencial de la vinculación contractual.

Así las cosas, en el presente caso, podía el trabajador, quien se consideraba afectado por las omisiones de su patrono privado, ejercer la acción de tutela en guarda de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, se daba la circunstancia de una amenaza a derechos fundamentales -la vida, la integridad personal, la salud y la seguridad social, estos dos últimos en conexidad con los primeros-, toda vez que la omisión en el pago de los aportes a la entidad encargada de prestar a los trabajadores los servicios de seguridad social en salud significa efectiva y evidente desprotección de aquéllos y de sus familias.

De allí que no se encuentre fundamento para el rechazo que de la demanda de tutela se hizo inicialmente por el juez de instancia, quien no le dio trámite alguno, ni practicó pruebas y ni siquiera ordenó la notificación de la entidad demandada, como lo expuso después el superior jerárquico al declarar la nulidad de lo actuado.

La Corte Constitucional estima que el juez de tutela se encuentra obligado por el artículo 56 de la Carta Política a tramitar, en los términos del Decreto 2591 de 1991, las demandas de tutela; a practicar las pruebas necesarias para empaparse de los hechos; a examinar frente a la Constitución las circunstancias concretas que se llevan a su estudio, y, por supuesto, a fallar de mérito sobre el amparo pedido, ya que expresamente se le prohíbe la inhibición”.

Ahora bien, al decidir litigios similares al que ahora es objeto de estudio, esta Corporación ha considerado, de conformidad con el orden jurídico vigente, que el patrono es responsable de la inscripción del trabajador al sistema de seguridad social, y de hacer las respectivas deducciones y transferencias de recursos destinados a dicho fin. Si el empleador llegare a incumplir con este deber, debe entonces asumir los gastos de salud y puede inclusive responder penalmente si, habiendo efectuado descuentos al trabajador para cubrir las cuotas que a éste corresponden, ha omitido trasladarlas a la EPS respectiva, pues se trata de dineros integrantes de contribuciones parafiscales.

Ha estimado la Corte que la renuencia del patrono en la materia considerada “se califica como omisión que cercena y amenaza derechos fundamentales, y por tanto, cae bajo las previsiones del artículo 86 de la Constitución y puede ser objeto de acción de tutela” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-557 del 6 de octubre de 1998).

En pronunciamiento anterior, esta misma Sala había sostenido:

“...la mora o la omisión del empleador en trasladar a las E.P.S. y demás entidades de seguridad social los aportes correspondientes -tanto en salud como en pensiones-, y la de cancelar sus propios aportes con idéntico destino, constituye indudablemente un atentado contra varios derechos constitucionales, entre ellos la salud, la vida, el trabajo, los derechos de la persona de la tercera edad y, por supuesto, el derecho a la seguridad social, ya que el sistema requiere de recursos y sólo puede operar si los aportantes cumplen. Las deficiencias económicas de las entidades de seguridad social repercuten necesariamente, tarde o temprano, en enormes perjuicios para los afiliados y sus familias.

Lo que pretende la cobertura en seguridad social es precisamente amparar a los trabajadores y beneficiarios en los daños o deterioros a los que está expuesta la salud y la vida, y los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y vejez.

(...)

En las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional al dirimir este tipo de conflictos, en los cuales resulta involucrado el patrono, en especial por su desidia o incumplimiento, se ha estimado que el objetivo primordial es la protección del trabajador, pues se tiene por sabido que éste en modo alguno debe asumir las consecuencias negativas de una omisión ajena, ya sea del

empleador, de la E.P.S. o compartida entre ambos. La obligación de depositar los aportes que han sido descontados al trabajador está radicada en forma primigenia en el empleador, quien, por incumplir dicho deber, se convierte en acreedor de las sanciones legales (artículos 22, 23, 161 y 210 de la Ley 100 de 1993), según las cuales debe reconocer los intereses moratorios y asumir en su totalidad “la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-382 del 30 de julio de 1998).

Las anteriores reglas tienen como finalidad la de evitar el desamparo del trabajador respecto del servicio público de seguridad social en salud, que corresponde a la vigencia del concepto de Estado Social de Derecho, y a la consecución de las finalidades que éste persigue.

Cabe recordar que esta Corte, al ejercer el control abstracto de constitucionalidad sobre el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, según el cual el no pago de la cotización en el sistema contributivo produce la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio, declaró la exequibilidad de dicha norma, pero condicionada a que ésta se interpretara de conformidad con las siguientes pautas:

“25- Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte considera que es necesario distinguir las dos consecuencias previstas por la norma, ya que ésta establece no sólo la interrupción de la prestación del servicio sino incluso la suspensión de la afiliación.

Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo “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.” Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. Es cierto que todo el sistema de seguridad social está estructurado sobre la idea de que las entidades idóneas para satisfacer las prestaciones en salud son las EPS y las IPS. *Y esa presunción es razonable, ya que la mayor parte de los patronos no tiene la competencia técnica ni la solvencia financiera para garantizar efectivamente a sus trabajadores las prestaciones sanitarias definidas por la ley. Sin embargo, no por ello la norma impugnada es contraria a la Carta, pues debe recordarse que el derecho a la salud es de amplia configuración legal, por lo cual debe reconocerse al Congreso la posibilidad de regular de distintas formas el acceso a la salud. En estos casos no procede un examen estricto*

de proporcionalidad pues la propia Constitución ha deferido a la ley la delimitación misma de gran parte del contenido del derecho. Por todo lo anterior, la Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.

(...)

29- En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono.

30- Esto muestra pues que la norma acusada es exequible en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de responsabilidad sino en la propia Carta. En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está establecido que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema, por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal “aquellos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio” (artículo 161 de la Ley 100 de 1993).

31- Finalmente, la Corte entiende que en situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador. En efecto, la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar (CP arts 5º y 42) impone al Estado y a la sociedad la garantía de su protección integral. Por ello es natural que, en desarrollo de ese mandato, se establezca que los beneficios que se establecen para el trabajador afiliado a los sistemas se aplican también a su familia, tal y como lo señala el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que el plan de salud obligatorio tendrá cobertura familiar. Por ende, si la mora patronal acarrea la suspensión de los servicios de salud para la familia del trabajador, es natural que el patrono deba primariamente también responder por tales

servicios, pero que, por la responsabilidad compartida, las EPS deban, en los casos mencionados en los anteriores fundamentos de esta sentencia, responder subsidiariamente.

(...)

33- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el primer segmento del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, según el cual “el no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio” es claramente constitucional cuando se trata de la suspensión de servicios en caso de personas no vinculadas a través de relación laboral, esto es de pensionados, jubilados y trabajadores independientes, pues ellos directamente deben realizar los pagos de las correspondientes cotizaciones. Por el contrario, y como se ha visto en los anteriores fundamentos de esta sentencia, es necesario condicionar el alcance de esta norma a fin de adecuarla a la Carta, cuando se trata de trabajadores dependientes y a servidores del Estado, pues una aplicación literal puede transgredir los artículos 13, 49 y 83 de la Constitución. Es por ello que se declarará la exequibilidad condicionada de ese aparte.

Así, y como se precisó en el fundamento 25, la suspensión de la afiliación resulta desproporcionada en estos casos. Por el contrario, la interrupción de los servicios de salud por la EPS es conforme con la Carta, pero con las precisiones efectuadas en los fundamentos 29 a 31 de esta sentencia, esto es, que el patrono asume la obligación primaria de prestar tales servicios al trabajador y a su grupo familiar y que subsiste una responsabilidad subsidiaria de la EPS en determinados eventos.

34- En relación con la parte final del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que dispone expresamente que “por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase”, la Corte considera que es necesario también condicionar su constitucionalidad por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución sólo la atención básica de salud debe ser gratuita para todas las personas, por ende es razonable que el incumplimiento de una obligación pecuniaria en este campo origine las consecuencias económicas que le garanticen, a la entidad que debe responder por el servicio, la estabilidad y el equilibrio del sistema. Además, el artículo 365 de la Constitución dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, el cual debe leerse en concordancia con el artículo 2º de la Carta que dispone como fin de nuestro Estado la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. Por tal razón, si no existen serias consecuencias contra el empleador o el individuo que incumple, no se garantiza “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (CP art. 49). Finalmente, no debe olvidarse que el actual sistema de seguridad social en salud se diseñó para también favorecer a las personas sin capacidad de pago, pues a través del fondo de solidaridad se busca hacer efectivo el derecho a la salud de quienes objetivamente no pueden cotizar en el sistema. Por ende, si no existen mecanismos jurídicos que garanticen el pago efectivo de la cotización de quienes pueden hacerlo, se desconoce el deber ciudadano de solidaridad social que contempla el numeral 2º del artículo 95 constitucional. Por todo lo anterior, la Corte considera que en aquellos casos en que el incumplimiento es imputable al patrono, entonces no existe ninguna razón para que se lo excluya del pago de intereses, pues ello constituye una invitación a eludir el pago de esas contribuciones parafiscales.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores independientes y pensionados, la Corte considera que es razonable el mandato según el cual durante el período de la suspensión, no se

podrá causar deuda ni interés de ninguna clase. En efecto, en tales eventos, la suspensión de la afiliación constituye una consecuencia drástica para la persona afectada, por lo cual se justifica que se lo exima del pago de intereses, a fin de no hacer excesivamente gravosa su posterior vinculación al sistema de salud. Por ende, también se condicionará la exequibilidad de esta frase”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998).

En el presente caso, a pesar de que el patrono ha tratado de asegurar el cubrimiento del servicio de salud, lo cierto es que, en todo caso, ha incurrido en el incumplimiento de un deber impuesto por el orden jurídico, y que comporta la afectación de derechos protegidos constitucionalmente, motivo por el cual procede reiterar los criterios señalados por la jurisprudencia y, en tal virtud, esta Sala estima procedente conceder la tutela y ordenar a la empresa demandada transferir al Seguro Social la totalidad de sus aportes patronales y de los fondos retenidos a sus trabajadores por el referido concepto y, mientras la entidad de salud reanuda de manera cierta la prestación total de los servicios respectivos, asumir, a cargo de sus propios recursos y en su integridad, los gastos por la prestación del servicio de salud del demandante y de sus beneficiarios.

Con base en lo anterior, la Sala revocará la decisión del juez de instancia, y concederá la protección solicitada.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, por medio del cual negó la protección solicitada.

En su lugar, **CONCEDESE** la tutela impetrada y, en consecuencia, **ORDENASE** a “Muebles Hermes Ltda.” consignar, en un término que no podrá superar las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este Fallo, a favor del Seguro Social, la totalidad de sus aportes patronales y de los fondos retenidos al trabajador demandante por el referido concepto y, mientras la entidad de salud reanuda de manera cierta la prestación total de los servicios respectivos, la empresa deberá asumir, a cargo de sus propios recursos y en su integridad, todos los gastos relativos a la salud de Ramón Alfredo Cardona Alvarez y sus beneficiarios.

Segundo. **DAR** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICAMENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-798

octubre 14 de 1999

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE REALIDAD SOBRE FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR SUJETOS DE RELACIONES LABORALES- Alcance

DISCAPACITADO VISUAL- Prestación servicio de aseo en estadio

DERECHO AL TRABAJO DE DISCAPACITADO VISUAL- Ingreso que le permita subsistencia

Referencia: Expediente T-225865

Acción de tutela instaurada por Jaime Franco Cardona contra la Secretaría de Recreación y Deportes de la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali.

Magistrado Ponente Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Noveno Penal del Circuito de Santiago de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Jaime Franco Cardona contra la Secretaría de Recreación y Deportes de la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali.

I. HECHOS

Los hechos que dan lugar a la acción de tutela, son en esencia, los siguientes:

· El accionante quien es invidente, en compañía de otros limitados visuales que en 1997, crearon la empresa de Trabajadores Ciegos del Valle -TRACIVALLE-, desde hace aproximadamente diez (10) años venía laborando como aseador de las baterías sanitarias ubicadas en el lado oriental del Estadio Pascual Guerrero, y como tal venía desempeñándose con la aquiescencia de la Secretaría del Deporte del municipio de Santiago de Cali, su actual administrador a cambio de lo cual, percibía mediante el mecanismo de cobro al usuario en fechas de eventos deportivos, un ingreso mensual aproximado de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000.00).

· La Junta de deportes del Valle, quien anteriormente administraba las instalaciones deportivas de la ciudad, autorizó a Tracivalle, sin mediar contrato alguno, a cobrar a los particulares

que ingresaban al Estadio, el uso de las baterías sanitarias, como contraprestación del servicio de aseo prestado por los invidentes, para lo cual fueron carnetizados.

- Aun cuando no constara por escrito, entre la empresa Tracivalle y la Secretaría del Deporte de la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali que sucedió a la Junta de Deportes del Valle en la administración del Estadio Pascual Guerrero, existía de hecho un convenio para la prestación del servicio de aseo de las baterías sanitarias en cuya virtud, los invidentes afiliados a Tracivalle que hacían tal aseo, percibían una remuneración mensual que para cada uno representaba aproximadamente la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000.00) mensuales, los cuales obtenían mediante el cobro a los particulares de la utilización de los baños.

- Mediante contrato de administración de noviembre 1º de 1998, suscrito entre la Universidad del Valle y la Secretaría del Deporte y la Recreación del Municipio de Santiago de Cali, esta última recibió en administración por el término de diez (10) años, entre otras instalaciones deportivas, el Estadio Olímpico Pascual Guerrero, de propiedad de la primera.

- El accionante considera vulnerado su derecho constitucional al trabajo y la especial protección a su condición de discapacitado visual, ante la circunstancia de haber contratado la Secretaría del Deporte con la firma MEGASERVICIOS el servicio de aseo, entre otras del Estadio Pascual Guerrero.

· **Impugnación del Secretario de Deporte y Recreación del Municipio de Santiago de Cali.**

El Secretario de Deporte y Recreación del Municipio de Santiago de Cali, considera que la tutela es improcedente pues, aun cuando admite que los invidentes afiliados a Tracivalle habían sido autorizados primero, por la Junta de Deportes, y luego, por la Secretaría a su cargo, para cobrar a los particulares el servicio de aseo de las baterías sanitarias del Estadio Pascual Guerrero, entre quienes se contaba el tutelante, en su sentir, mal podría el accionante aducir violación del derecho al trabajo cuando entre Tracivalle y el municipio no existía un contrato formal, a lo que agrega que la decisión de contratar el servicio de aseo con la empresa asociativa Megaservicios, se debió a las continuas quejas de los usuarios, a causa de las deficiencias en la prestación del servicio de aseo de las baterías sanitarias por parte de los invidentes afiliados a Tracivalle.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

· **La Decisión Judicial de Primera Instancia**

El Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Santiago de Cali, mediante providencia del 6 de abril de 1999, decidió negar la tutela a partir de los siguientes razonamientos:

“Hay un hecho cierto que no podemos dejar de mencionar, como lo es el de que entre el accionante y la Secretaría del deporte y recreación municipal, jamás ha existido contrato de trabajo o relación laboral de tipo alguno, ya que aquél como miembro activo de trabajadores ciegos del Valle, no suscribió como persona natural ni tampoco Traci Valle como persona jurídica, contrato de prestación de servicio de aseo a las baterías sanitarias del Estadio Pascual Guerrero.

...

*“Después de analizadas las pruebas arrimadas a la foliatura, encontramos que la postura de la Secretaría del deporte y Recreación frente a **Jaime Franco Cardona**, no ha vulnerado y ni siquiera puesto en peligro los derechos fundamentales constitucionales del actor, máxime cuando con la decisión tomada por el ente municipal, no se le ha afectado ninguna de sus necesidades básicas inaplazables, ya que el poco dinero que por este concepto el accionante*

percibía, no es significativo frente al monto total requerido para una satisfacción completa de sus necesidades vitales.

No es entonces la acción de tutela el instrumento idóneo para dirimir, si la hay, cualquier tipo de controversia jurídica entre la demandada y el actor, por cuanto de existir algún nexo o relación de trabajo entre ellos sin que se haya afectado el mínimo vital, hay otros mecanismos de defensa ampliamente desarrollados a través de la jurisdicción laboral.”

· **La Impugnación**

El demandante en la debida oportunidad procesal, decidió apelar la sentencia de primera instancia, sin esgrimir consideración de ningún tipo.

· **La Decisión de Segunda Instancia**

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santiago de Cali, mediante sentencia del 11 de mayo de 1999, decidió confirmar la providencia impugnada, por considerar que la especial protección que a los discapacitados confiere la Constitución Política, no puede ser óbice para que la administración municipal adopte las decisiones que estime necesarias para mejorar la calidad de la prestación de los servicios a la comunidad, en este caso, el de aseo sanitario en el Estadio Pascual Guerrero.

Al respecto, expresa:

“En verdad que el artículo 13 de la Carta del 91, de los derechos fundamentales tratando, impone al Estado una especial protección a personas con discapacidades físicas en aras a garantizar una igualdad real y efectiva del ciudadano frente a la organización social y estatal; por ello el constituyente, a renglón seguido, al ocuparse de los derechos sociales, económicos y culturales estatuyó en el canon 46 una especial protección para las personas de la tercera edad, lo que, en la regla 47 siguiente se hizo extensivo para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

Sin embargo de lo anterior, sobre la base axiológica de la anterior normatividad no puede pretenderse que por medio de la acción de amparo un administrador de justicia ordena a una entidad pública o privada a quien debe tener como su empleado, porque al lado de las garantías de las personas individualmente consideradas, están los derechos de los entes jurídicos de desarrollar sus actividades, gobernados por los criterios de administración que a bien tengan, desde luego con sujeción a la Constitución y a la ley, planteamientos que se hacen extensivos a los casos en que el empleador sea una persona natural, desde luego.

De otra parte, ingresando en valoraciones atinentes al derecho constitucional al trabajo, es verdad indiscutible que en el artículo 25 de la Constitución Política se establece que ‘Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas’, sin embargo el artículo un no es aval para exigir la inamovilidad de un específico desempeño en una concreta y específica actividad, menos aun cuando entre los extremos de la relación jamás ha existido una relación contractual como bien lo sostiene el ente accionado y lo confirma la persona accionante.

...

“si, eventualmente surgiera la discusión sobre la existencia de un contrato de trabajo y debiera de aplicarse la teoría laboral del contrato realidad por darse el trío de elementos integradores del mismo, no sería esta sede la llamada a efectuar tal declaración.

Desde luego, es loable que en casos como el presente se tenga en consideración a personas discapacitadas físicas, pero el que en el pasado así haya acontecido, en manera alguna se torna en un derecho adquirido para el afectado, y en carga de obligatorio cumplimiento para el ente tutelado, menos aun cuando plausibles razones se han dado en relación a la situación fáctica que ha llevado a orientar en forma diversa el mantenimiento de las instalaciones deportivas.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. La Competencia

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, para revisar el fallo de la referencia, según lo preceptúan los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Análisis del caso sub examine

Como se deduce de los hechos narrados y de los elementos de juicio que obran en las presentes diligencias, el actor reclama del juez de tutela la protección constitucional de los derechos fundamentales al trabajo y a su condición de discapacitado visual, que considera vulnerados con la decisión de la Secretaría del Deporte y Recreación de la Alcaldía del Municipio de Santiago de Cali, de retirarle a TRACIVALLE el aseo de las baterías sanitarias del Estadio Pascual Guerrero, en la medida en que cercena su fuente de trabajo.

El caso, obliga, pues, a reiterar la jurisprudencia en la que la Corte Constitucional a través de sus Salas de Selección de Tutela, ha fijado el ámbito y alcance de la protección constitucional a los discapacitados, lo cual cobra especial importancia en su resolución, dado que el juez de segunda instancia al denegarla argumenta adicionalmente que ésta no afecta el derecho de los entes públicos a adoptar determinaciones que los afecten, en procura de mejores resultados de gestión administrativa.

Corresponderá también a la Sala de Decisión examinar si la inexistencia de contrato escrito implica ausencia de vínculo laboral entre la asociación a que pertenece el accionante y el municipio, pues es esta la razón que tanto la Secretaría del Deporte y la Recreación como los falladores de instancia adujeron en sustento de la denegación del amparo solicitado.

3. El alcance de la protección constitucional a los discapacitados

Resulta pertinente traer a colación el análisis que sobre esta temática se plasmó en la sentencia T-265 de mayo 29 de 1997 con ponencia del H. M. Carlos Gaviria Díaz, que en lo pertinente seguidamente se reproduce:

“...

2. Los Discapacitados en la Constitución de 1991.

“...

La Carta consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP. art. 13) son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter

programático (CP. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

En sentencia T-236 de 1993, la Corte a este respecto señaló:

“Uno de los grandes grupos cuya problemática y aspiraciones han logrado recepción en los textos constitucionales y también en instrumentos internacionales es el de los disminuidos físicos sensoriales y síquicos, para quienes la Carta colombiana en el artículo 47 siguiendo de cerca las pautas contempladas en el artículo 71 de la Constitución portuguesa y en el 49 de la española, prevé el adelantamiento por el Estado de una ‘política de previsión, rehabilitación e integración social’, consagrándose además la prestación de ‘la atención especializada que requieran’. No escapa a esta Sala de Revisión, que un precepto como el aludido no persigue sólo el desarrollo de una labor de tipo asistencial sino que también pretende integrar socialmente a los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos facilitándoles el goce de los otros derechos incluidos en la Carta”.

El texto del artículo 47 de la Carta se halla en perfecta armonía con lo estatuido en el inciso final del artículo 13 del mismo ordenamiento, de acuerdo con cuyo tenor literal ‘El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan’, por cuanto, como ya lo ha manifestado esta Corporación, la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino que en ocasiones tiene que basarse sobre unas diferencias reales, para dar un tratamiento equitativo, es decir, se iguala lo diverso, dándole a cada quien lo que necesita, como principio de la justicia distributiva” (sentencia T-122 de marzo 29 de 1993 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Y más adelante, al conceder el amparo solicitado que implicaba el pago de una pensión para un disminuido mental, prohió la Sentencia T-467 de julio 17 de 1992, de quien es también ponente en el caso presente, que resulta también pertinente traer a colación, en tanto fijó el alcance de la protección constitucional de los discapacitados, al esclarecer que:

“No es simplemente el amparo de la exigibilidad de un pago, sobre lo que se pronuncia la Corte en esta oportunidad, pronunciamiento que sería extraño a los intereses que pueden ser protegidos mediante esta acción. El asunto comporta aquí la realización de unos derechos humanos de tipo asistencial, cuyo desconocimiento como se ha visto, se traduce en violaciones a derechos fundamentales, los cuales como es sabido sí hacen procedente el amparo mediante la tutela de sus violaciones. Se tiene aquí un caso de interrelación de derechos, en el cual la Sala encuentra deben ampararse estos últimos derechos por la vía de la orden de suspender la omisión violatoria. De otra parte, el grado de indefensión no extraño a la reglamentación constitucional de la acción de tutela adquiere en el caso una connotación especial, en razón de la más alta consideración que ha de dispensarse al disminuido físico, sensorial o síquico. La Corte Constitucional ha indicado sobre el particular:

‘Ahora bien, y para mayor abundamiento se tiene que el derecho constitucional que corresponde a las personas naturales que se encuentren en manifiestas circunstancias de debilidad por su condición física, económica y mental y que consiste en la posibilidad de reclamar del Estado las providencias correspondientes, debe ser un elemento sustancial en el examen de la solicitud administrativa de sustitución de pensión y en las actuaciones judiciales contencioso administrativas, dada la voluntad del constituyente de impregnar con

sus principios, fines y valores toda la actuación de los poderes públicos dentro del Estado Social de Derecho que se rige por la Carta de 1991...' (Sentencia T-467 de julio 17 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz).

..."

4. El principio de primacía de la realidad en materia laboral

En cuanto a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, en sentencia T-166 de 1997, que fue reiterada en la Sentencia T-243 de 1998, de las que fue ponente el H. M. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte dijo:

"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera que se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994. M.P. : Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"Este principio guarda relación con el de prevalencia del Derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia.

Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan.

Es esa relación, verificada en la práctica, como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadra.

Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos.

..."

5. El caso examinado

Esta Sala, con base en el material probatorio aportado, encuentra que la situación del accionante, Jaime Franco Cardona, debe ser resuelta con arreglo a los postulados constitucionales a los que se acaba de aludir.

En efecto, está probado en el expediente los siguientes hechos:

- Mediante contrato de administración de noviembre 1º de 1998, suscrito entre la Universidad del Valle y la Secretaría del Deporte y la Recreación del Municipio de Santiago de Cali, esta última recibió en administración por el término de diez (10) años, entre otros escenarios deportivos, el Estadio Olímpico Pascual Guerrero, de propiedad de la primera.

- Aun cuando no constara por escrito, lo cierto es que entre la Junta administradora del Estadio Pascual Guerrero y los invidentes afiliados -TRACIVALLE- existía un convenio para la prestación del servicio de aseo de las baterías sanitarias del Estadio Pascual Guerrero, en cuya virtud, estos y entre ellos, el accionante, percibían una remuneración mensual mediante el cobro a los particulares de la utilización de los baños.

A este respecto, la Sala de Revisión considera esencial puntualizar que yerra el fallador de instancia cuando descalifica la relevancia de la acción de tutela incoada por el invidente, por la insuficiencia de la suma en cuestión para el cubrimiento de sus necesidades básicas.

A juicio de esta Sala, el monto de la remuneración no puede ser, desde ningún punto de vista, como lo pretende el juez de instancia, factor determinante de la procedencia de la protección constitucional del mínimo vital de un discapacitado visual.

Paradójicamente, en sentir de la Sala, el que el accionante se haya visto precisado a entablar esta acción para obtener el amparo a su derecho a mantener la fuente de trabajo para percibirla, se constituye en patética evidencia de las necesidades que están de por medio, siendo indiferente que la suma *per se* sea insuficiente para satisfacerlas adecuadamente.

- Las quejas verbales y escritas consignadas en oficios de fecha noviembre 1º y 28 de 1998, por la Asociación Deportivo Cali y la Corporación Deportiva América, que según el Secretario del Deporte, motivaron la terminación del acuerdo, no fueron puestas en conocimiento de los invidentes afiliados a Tracivalle antes de la terminación del vínculo, con lo que no se les dió la oportunidad de introducir los correctivos requeridos para prestar el servicio de aseo en condiciones óptimas, a más de que tampoco consta que la Secretaría del Deporte del municipio de Santiago de Cali, monitoreara las condiciones de prestación del servicio de aseo de las baterías sanitarias.

Así se infiere de los siguientes apartes de la impugnación presentada por el Secretario del Deporte:

“... si bien es cierto en aras de dar cumplimiento a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, se le autorizó a la empresa Tracivalle para que cobrara el servicio de baterías a los particulares que hacían uso de los mismos, durante los partidos del campeonato nacional del año 1998, teniendo en cuenta su calidad de invidentes y personas de la tercera edad, también lo es que una vez recibido en administración el estadio Pascual Guerrero y en aras de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo 01 de 1996, artículo 340, numeral 7 que establece que la Secretaría del deporte y Recreación debe brindar al Municipio de Santiago de Cali y a sus habitantes la infraestructura deportiva y recreativa adecuadas y la dotación de las mismas a través de proyectos de cofinanciación, nos vimos obligados a contratar con otra empresa, como quiera que la empresa Tracivalle no prestaba un adecuado servicio, en mantenimiento y aseo de los baños.

...

- *Que a la empresa Tracivalle, se le envió comunicación de fecha enero 29 de 1999, Sra. Mariela Becerra Alvarez, Presidente de la empresa, quien lo recibió personalmente en nuestras oficinas y además por solicitud de la señora Amparo Rodríguez, integrante del*

Organismo de control en defensa de la comunidad, se le envió vía fax (teléfono 660742), en la cual se les informó los motivos por los cuales no se les autorizaba más para seguir cobrando el servicio de las baterías sanitarias.

...

- *Que en aras de solucionar dichos inconvenientes y haciendo uso de los derechos que nos otorga el contrato de administración suscrito con la Univalle, suscribimos un convenio de cooperación con la empresa Megaservicios, con una duración comprendida entre el 5 de febrero de 1999 y el 31 de diciembre del año 2000, quien presentó una muy buena propuesta, en el sentido de administrar los baños públicos ubicados dentro de los escenarios deportivos Estadio Pascual Guerrero, Gimnasio Evangelista Mora, piscinas Alberto Galindo Herrera, Coliseo El Pueblo y velódromo Alcides Nieto Patiño, encargándose del mantenimiento y suministro de elementos de aseo, necesarios para el uso adecuado de los servicios sanitarios por parte de los asistentes a los diferentes eventos programados en dichos escenarios deportivos, colaborando así con la función de la Secretaría del Deporte.*

...

- *En la comunicación SDR-061-99 que el Secretario del Deporte y Recreación envió el pasado 29 de enero del cursante año a la Presidenta de Tracivalle, hizo expresa mención de honrar el compromiso existente, en los siguientes:*

“de todas maneras y con el ánimo de no dejar desprotegida a Tracivalle, hemos dialogado inicialmente con la E.A.T. Megaservicios para acordar una participación que sirva para mitigar en parte la labor por ustedes desarrollada en beneficio de los discapacitados, para lo cual le solicito nombrar un representante que pueda tomar decisiones en este sentido y pueda llegar a feliz acuerdo con dicha empresa” (fl 10)

• *De otra parte, la empresa Megaservicios en comunicación de marzo 25 de 1999 informa a la Secretaría del Deporte que ha tenido en cuenta a varios invidentes afiliados a Tracivalle para vincularlos al servicio de aseo.*

En la relación de los nombres y en las planillas correspondientes no figura el accionante, según se deduce de su texto, que en lo pertinente se transcribe:

“En aras de permitir el trabajo a los integrantes (discapacitados y tercera edad), de la Empresa Trasivalle la cual manejaba las baterías sanitarias del Estadio Pascual Guerrero, en diálogo sostenido con la señora Presidente Mariela Becerra, convinimos en darles oportunidad de trabajar y es así que desde el día 7 de febrero hasta la fecha se han llevado a cabo 8 partidos en los que hemos ocupado el personal del Trasivalle que a continuación se relaciona:

- ROSA BARONA
- OLGALUCIABERNAL
- CARMEN SAENZ
- ENUARDRIOS
- MARIA ELENATROCHEZ
- CARMEN TULIA ROJAS
- MARIA DELIA VACCA
- AYDE ARENAS
- MARIELA BECERRA

“Cabe anotar que las dos últimas personas asistieron a un partido y no volvieron, a pesar de que ese día les fue mal y no recaudaron un solo peso Mega Servicios E.A.T. les pagó su trabajo igual que a los demás.

“Aprovecho la oportunidad para referenciarle, lo que nuestra empresa ha invertido en el mantenimiento de las baterías.

DESCRIPCION	VALOR
IMPLEMENTOS DE ASEO	672.800
CANDADOS Y CERRADURAS	278.000
HIDRAULICA Y PLONERIA	200.000
PAGO DE PERSONAL 140	420.000
PAGO SUPERVISORES	480.000
TOTAL	2'050.800

...

Le adjunto copia de las planillas que se utilizan para la labor de recaudo y donde aparece el personal que hemos empleado. Cualquier información adicional con gusto se la suministraremos.

...”

Por todo lo expuesto, la Sala estima procedente otorgar el amparo solicitado, para lo cual ordenará a la Secretaría del Deporte y la Recreación adoptar las medidas pertinentes en orden a hacer efectiva la protección constitucional a la condición de discapacitado visual del accionante, de modo que sea tenido en cuenta por Megaservicios para prestar el servicio de aseo para con ello obtener, así sea de manera parcial, el ingreso que requiere para su subsistencia.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Santiago de Cali el 6 de abril de 1999, y por el Juzgado Noveno Penal del Circuito el 11 de mayo de 1999, mediante los cuales se negó la protección judicial invocada y, en su lugar, **CONCEDER** al señor Jaime Franco Cardona la protección constitucional a su condición de discapacitado visual.

Segundo. **ORDENAR** a la Secretaría del Deporte y la Recreación de la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali adoptar las medidas pertinentes en orden a hacer efectiva la protección constitucional a la condición de discapacitado visual del accionante, ora, siendo tenido en cuenta por Megaservicios para prestar el servicio de aseo de las baterías sanitarias del Estadio Pascual Guerrero, o de cualquier otra forma que le permita obtener, así sea de manera parcial, el ingreso que requiere para su subsistencia.

Tercero. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJOMESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA T-799

octubre 19 de 1999

PENSION DE INVALIDEZ- Fundamental por conexidad

La pensión de invalidez es un derecho de creación legal que deriva directamente de la Constitución, con el cual se “busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental es su condición de esenciales e irrenunciables”. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que este derecho, que en principio es subjetivo ordinario, puede adquirir el rango de fundamental sólo en el evento en que se encuentre directa e inmediatamente relacionado con derechos que ostenten el carácter de fundamentales.

PENSION DE INVALIDEZ- Realización de otra valoración médica para nuevo estudio de reconocimiento según dictamen médico laboralista

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-215817

Acción de tutela instaurada por Arley Mezu Gómez contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la acción de tutela instaurada por Arley Mezu Gómez contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

El actor interpone acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto considera vulnerados sus derechos a la seguridad social y a la salud. Los hechos son los siguientes:

- El 28 de noviembre de 1993 sufrió un accidente cerebro vascular, con hemiplejía izquierda, lo que le ocasionó una incapacidad permanente, total absoluta.

- Como consecuencia de lo anterior, fue evaluado por medicina legal del Instituto de Seguros Sociales y en el dictamen No. 0564 occidente, se concluyó que era acreedor a la pensión de invalidez común. De conformidad con el mismo dictamen se configuró el estado de invalidez a partir de mayo 1 de 1994.

- Mediante resolución 0148022 de 1994, el Seguro Social resuelve negar la prestación por invalidez, argumentando en primer lugar que el estado de invalidez se había estructurado a partir del 28 de noviembre de 1993, contrario a lo determinado en el dictamen mencionado. Igualmente señala la resolución que el actor había cotizado 63 semanas dentro de los seis últimos años anteriores a la invalidez.

- Sostiene el actor que es totalmente errada la motivación que hace el Seguro, por cuanto su estado de invalidez se estructuró a partir del 1 de mayo de 1994, según el dictamen No. 0564 de la oficina de medicina laboral. En segundo término, partiendo del supuesto de que la invalidez se dictaminó bajo el amparo de la ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le aplique el literal a) del artículo 39 de la misma ley que establece un mínimo de tiempo de cotización de 26 semanas. Presentó recurso de reposición, el cual fue rechazado mediante resolución 09107 del 8 de septiembre de 1995.

Comoquiera que el derecho a la pensión no prescribe, y que su invalidez corre a partir del 1 de mayo de 1994, tiene derecho a que su pensión se le reconozca con las 26 semanas de cotización que exige la ley 100 de 1993 en su artículo 39.

2. Sentencias objeto de revisión.

En primera y segunda instancia se negó la tutela. A juicio del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia, existen otros medios de defensa judicial que excluyen la procedencia de la acción de tutela. Además, para que se configure el perjuicio irremediable el derecho reclamado debe ser cierto y manifiesto, de tal forma que cuando para esclarecerlo sea necesario acudir a inferencias, procedimientos y pruebas de un proceso ordinario, como acontecería en este caso en torno a la viabilidad o no de conceder la pensión de invalidez, la tutela resulta improcedente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Excepcionalidad del carácter fundamental de la pensión de invalidez

La pensión de invalidez es un derecho de creación legal que deriva directamente de la Constitución (arts. 25, 48 y 53), con el cual se “busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental es su condición de esenciales e irrenunciables”¹. En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha señalado que este derecho, que en principio es subjetivo ordinario, puede adquirir el rango de fundamental sólo en el evento en que se encuentre directa e inmediatamente relacionado con derechos que ostenten el carácter de fundamentales. La Corte así lo explica:

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 1995. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

² Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-056 de 1994, T-209 de 1995, T-292 de 1995, T-627 de 1997.

“El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social.” Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales.”³

En síntesis, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es un derecho fundamental por conexidad, el cual es susceptible de protección a través de tutela.⁴ Pues bien, en el caso *sub iudice* esta Sala considera que el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama el accionante es fundamental, por cuanto se encuentra en conexidad con sus derechos a la vida digna, la salud y el trabajo. En efecto, la condición de disminuido físico que dificulta el acceso al trabajo del actor, la carencia de recursos propios que le permitan la subsistencia y la necesidad de controles médicos, le permite a esta Sala concluir que se está en presencia de un derecho fundamental por conexidad.

Asiste razón a los jueces de instancia cuando sostienen que la vía procedente para definir la controversia que surge a partir de la negativa de la pensión de invalidez, es el proceso ordinario laboral y no la acción de tutela. Pero no es menos cierto también que el debate adquiere relevancia constitucional, cuando el medio judicial se torna ineficaz porque se amenaza el mínimo vital del accionante. En otras palabras, la controversia trasciende el mero plano legal para adquirir un carácter constitucional cuando se compromete la efectividad del derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez de una persona disminuida físicamente. Esta Sala reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta requiere el amparo urgente de sus derechos, dada la gravedad del perjuicio⁵.

Sin embargo, no puede la Corte en este caso, darle curso a la solicitud del actor para ordenarle al ISS el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto ya existe una negativa del Seguro Social en otorgarle dicha prestación. Según lo tiene dispuesto la jurisprudencia, no es posible por medio de la tutela controvertir un acto administrativo revestido de fuerza de legalidad⁶. Pero vista la circunstancia particular del actor, y teniendo en cuenta que la situación que afronta compromete el derecho al mínimo vital, pues sus condiciones son manifiestamente débiles, el juez constitucional está legitimado para ordenarle al ISS que dentro de sus competencias

³ Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1995. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

⁴ Cfr. sentencia T- 143 de 1998.

⁵ T-143 de 1998, T-417 de 1997, T-515 de 1997 y T- 762 de 1998.

⁶ T-274 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

constitucionales y legales, realice otra valoración médica y nuevamente estudie la solicitud de reconocimiento de la invalidez teniendo en cuenta el dictamen del médico laboralista del ISS, quien señaló que la referida invalidez databa del 1 de mayo de 1994.

I. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la corte Suprema de Justicia. En su lugar, **CONCEDER** la tutela por violación del derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental a la vida.

Segundo. **ORDENAR** al ISS, Seccional Bogotá, que en el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, tome las medidas necesarias para que dentro de sus competencias constitucionales y legales, y previa valoración médica al demandante, revise nuevamente la solicitud de reconocimiento de la invalidez, teniendo en cuenta el dictamen del médico laboralista del ISS, quien señaló que la referida invalidez databa del 1º de mayo de 1994.

Tercero. Por Secretaría, líbrese, la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-800

octubre 19 de 1999

ACCIONDE TUTELACONTRAPROVIDENCIASJUDICIALES- Alcance

Esta Corte ha admitido que extraordinariamente procede la acción de tutela, en los eventos en los cuales los derechos fundamentales son desconocidos por decisiones que entran en abierta incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso constituyéndose así, verdaderas actuaciones de hecho. Justamente por serlo, tales comportamientos de los jueces no merecen el calificativo de “providencias”, a pesar de su apariencia, en cuyo fondo se descubre una inadmisibles transgresión de valores, principios y reglas de nivel constitucional.

PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO- Autonomía judicial relativa/ PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO- Desconocimiento por el juez implica vía de hecho

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez. Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente. No ha dudado la Corte en afirmar que toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso.

ACCION DE REINTEGRO DE TRABAJADOR CON FUERO SINDICAL CONTRA ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO- Regla especial ACCION DE REINTEGRO DE TRABAJADOR CON FUERO SINDICAL- Prescripción/ PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE

DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Inicio término de prescripción de trabajador con fuero sindical despedido sin permiso del juez de trabajo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente 217073

Acción de tutela instaurada por Reinaldo Mosquera Medina contra la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Neiva.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, y el Consejo Superior de la Judicatura, dentro de la acción de tutela promovida por Reinaldo Mosquera Medina contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Neiva.

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos y la solicitud.

El accionante, junto con otros 14 trabajadores directivos del sindicato de trabajadores oficiales del Municipio de Neiva, hallándose aforado fue despedido el 1 de febrero de 1993, sin que se hubiese obtenido el permiso previo de que trata el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por intermedio de su apoderado, en escrito dirigido al Alcalde pidiendo reintegro y el pago de salarios y prestaciones, agotó la vía gubernativa el 8 de febrero, es decir, que a partir del 8 de marzo comenzaba a contarse los dos meses que tenía su abogado para interponer la demanda, la cual fue presentada el 13 de abril de 1993, mucho antes del 8 de mayo, día en que vencían los dos meses, como lo estimó el juez primero laboral de Neiva, cuando finalizó la primera instancia condenando al Municipio al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones. Declaró así, el juez, no probada la excepción de prescripción.

La anterior decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Neiva, cuando declaró probada la excepción de prescripción de la acción de reintegro, sosteniendo, de conformidad con el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, que a partir del día siguiente de interpuesto el escrito de reclamación, iniciaba a computarse el término de los dos meses para instaurar la demanda. Consideró el Tribunal que, debido a que el escrito para agotar la vía gubernativa fue presentado por el peticionario a través de su apoderado el día 8 de febrero de 1993, entonces el término para interponer la acción de reintegro venció el día 8 de abril de dicho año a las seis de la tarde. Por lo tanto, si la presentación de la demanda se realizó el día 13 del mismo mes y año se hizo por fuera de término. Señala el actor que la sentencia proferida por la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Neiva, constituye una vía de hecho por cuanto desconoce el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Carta Política que obliga al juez laboral a acoger la interpretación más favorable al trabajador así existan otras. Afirma que no ha iniciado otra acción por los mismos hechos y derechos y que no puede tomarse en cuenta una acción de amparo

interpuesta por el abogado que lo apoderó ante la jurisdicción laboral, quien posteriormente por propia iniciativa interpuso acción de tutela sin haber recibido poder expreso.

2. Decisiones judiciales que se revisan.

Basado en la sentencia proferida por esta Corporación, en donde se decidió un caso similar, el Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, tuteló los derechos fundamentales del actor; consideró que había existido una vía de hecho en la actuación del Tribunal Superior de Neiva, y ordenó dejar sin efecto todo lo actuado en la segunda instancia dentro del proceso laboral de reintegro iniciado por el actor.

El Consejo Superior de la Judicatura revoca la anterior decisión, con el argumento de que el accionante ya había presentado otra acción por los mismos supuestos, en la cual si bien no había otorgado poder al abogado para ello, la decisión lo cobijó igualmente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en las que se advierte una vía de hecho. Aplicación del principio de favorabilidad para los trabajadores en la interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho Laboral.

Esta Corte ha admitido que extraordinariamente procede la acción de tutela, en los eventos en los cuales los derechos fundamentales son desconocidos por decisiones que entran en abierta incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso constituyéndose así, verdaderas actuaciones de hecho. Justamente por serlo –ha sido el criterio doctrinal de esta Corporación–, tales comportamientos de los jueces no merecen el calificativo de “providencias”, a pesar de su apariencia, en cuyo fondo se descubre una inadmisibles transgresión de valores, principios y reglas de nivel constitucional.¹

Así, la regla general –señalada por esta Corte–, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En dicha norma el Constituyente consagró **derechos mínimos** de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de **favorabilidad**, que la Constitución entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma –la duda–, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo

¹ T- 01 de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.²

No ha dudado la Corte en afirmar que toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye **vía de hecho** e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (art. 29 C.P.).

Con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, ya esta Corte en decisión de Sala Plena, así lo observó:

“...considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Ahora bien, en sentencia T-01 de 1999, M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo, concluyó frente a una tutela de similares supuestos e idénticas pretensiones, que:

“No hay duda alguna en el sentido de que la interpretación favorable al trabajador era la que le permitía ejercer la acción de reintegro y tener acceso a la administración de justicia para reivindicar sus derechos, al paso que el entendimiento contrario -adoptado por el Tribunal- le cerraba, como en efecto ocurrió, toda posibilidad de que su situación fuera materialmente examinada en los estrados.

“Además, la interpretación favorable de las normas atinentes al momento a partir del cual principiaba a correr el término de prescripción es la más acorde con la lógica y la que armoniza las normas especiales del procedimiento laboral con las consagradas en la legislación en materia contencioso administrativa, aplicables en razón de la personería de Derecho Público del patrono.

² Ibidem

“El artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el Decreto 204 de 1957 (artículo 6), dispone que la acción del trabajador amparado por el fuero sindical que hubiere sido despedido sin permiso del juez del trabajo prescribirá en dos (2) meses, contados a partir de la fecha del despido.

*“Esa es la regla general, pero el mismo Código estableció una regla especial, relativa a los trabajadores que pretenden incoar demanda laboral contra los entes públicos. El artículo 6 **Ibidem** expresa con claridad que las acciones contra una entidad de Derecho Público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de Derecho Social podrá iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente.”*

Se tiene entonces, que cuando se presenta una solicitud a la administración, —como la que en su momento radicó el accionante ante la Alcaldía de Neiva—, no puede pensarse que el término de prescripción para acudir a la vía judicial, a la que es previo el trámite administrativo por razón del especial requisito exigido en la legislación de Trabajo cuando se trata de entidades públicas, principie a contarse desde la presentación de la solicitud, ya que la Administración debe resolver y tomarse su tiempo para ello, dentro de los términos consagrados en la ley. Por lo cual el peticionario no puede dejar la petición presentada y correr a iniciar el trámite judicial sin aguardar a que la Administración resuelva o a que transcurra el término legalmente contemplado para que, de no hacerlo, se configure el silencio administrativo.

En el presente caso, el despido del trabajador amparado por el fuero sindical se produjo el 1º de febrero de 1993, luego, si se hubiese tratado de un patrono particular, la acción de reintegro habría prescrito el primer día del mes de abril de 1993, según lo previsto en el artículo 118 del Código de Procedimiento Laboral.

Pero, la regla varía cuando el trabajador ha laborado para una entidad de Derecho Público, persona autónoma o institución de Derecho Social y pretenda demandarla laboralmente, pues entonces, antes de proceder a hacerlo, debe agotar previamente el procedimiento gubernativo. Esa era la situación del actor en el proceso objeto de examen.

Entonces, acerca de cuándo prescribía para el demandante su acción de reintegro, es preciso preguntar: ¿debe ser contado el tiempo desde la fecha en que elevó la petición o desde el momento en el cual estuviese agotado el procedimiento administrativo?

Para esta Corte, a la luz de la Constitución y habida cuenta de los aludidos datos, la acción que pretendía entablar el interesado prescribía a los dos (2) meses, contados, no desde la presentación del escrito contentivo de su solicitud de reintegro ante la Administración, sino a partir del agotamiento del procedimiento gubernativo que esa solicitud provocaba, el cual, en la situación del actor, se había producido al menos tres (3) meses transcurridos desde cuando presentó la petición correspondiente, pues operó el silencio administrativo negativo, de conformidad con el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, que dice: “Transcurrido un plazo de tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa”.

Es decir, la acción, aun sin tener en cuenta las posibilidades que el solicitante tenía de recurrir por la vía gubernativa contra la presunta decisión adversa, solamente podía entenderse prescrita al culminar los tres (3) meses del silencio negativo sumados a los dos (2) meses de prescripción señalados en la ley laboral, o sea, cinco (5) meses desde cuando se presentó la petición, y ello sucedía apenas el 8 de julio, pues el escrito fue presentado ante la alcaldía el 8 de febrero de 1993,

por lo que al ser presentada como lo fue la demanda el 13 de abril, según lo probado no había operado el fenómeno de la prescripción y mal podía negarse el debido curso a la acción intentada.

Para la Corte es claro, tal como sucedió por igual en la sentencia T-01 de 1999, que el Tribunal de Neiva acogió una interpretación distinta: la que ignoró que el agotamiento del procedimiento gubernativo implicaba necesariamente, para principiar la contabilidad de los dos (2) meses de prescripción, esperar a que la Administración decidiera sobre la solicitud elevada y notificara al peticionario su decisión, o, a falta de ésta, al menos, como aconteció en el caso, el transcurso de los tres (3) meses exigidos por la ley para que la petición se entendiera resuelta desfavorablemente por razón del silencio administrativo negativo, es decir, en aplicación de la presunción de respuesta (acto ficto), merced al incumplimiento del deber de decidir, que estaba a cargo de la Administración.

La providencia judicial dictada, en cuanto prefirió optar por la posibilidad de interpretación más adversa a los intereses procesales del trabajador, se constituyó en una indiscutible **vía de hecho**, ya que el Tribunal desobedeció directamente el mandato perentorio del artículo 53 de la Constitución, en el cual se consagra, como derecho mínimo, la “situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”.

En la sentencia citada, la Corte Constitucional acogió efectivamente la interpretación adecuada a la favorabilidad para el trabajador accionante, que resultaba no solamente de la coherente integración entre las normas laborales y las administrativas sino de la jurisprudencia sentada sobre el punto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que esta Corporación acogió, y en la que se sostenía:

“...las acciones contra una entidad de esa estirpe (de Derecho Público) podrán iniciarse solamente cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente, lo que impide confundir como lo hizo el Tribunal, la petición inicial con el agotamiento de la vía administrativa, y por ende, tomar el primero como el inicio del término prescriptivo, sin parar mientes que en el caso sub examine, al no haber respondido la demanda dicha reclamación de reintegro dentro del plazo perentorio de un mes, solamente vencido éste, era dable empezar a contabilizar el lapso de la eventual extinción ipso jure del derecho.

También le asiste razón al recurrente cuando sostiene que con arreglo a los artículos 2512 y 2535 del C.C., la prescripción extintiva de una acción es la sanción que consagra la ley para el acreedor negligente, por lo que mal puede afectar los derechos que tiene quien está en imposibilidad de ejercerla, en este caso el trabajador estatal que debe esperar el agotamiento de la vía gubernativa en cualquiera de sus modalidades, ya que, como se advirtió, éste es un factor de competencia para el juez laboral, quien antes de que se configure tal fenómeno no puede admitir la demanda. Lo contrario conduciría a aminorar el término prescriptivo de tres meses y a sancionar ilegalmente al acreedor que depreca ante la jurisdicción su derecho laboral cuando jurídicamente esté en imposibilidad de hacerlo”.

(Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 7 de octubre de 1996. M.P.: Dr. José Roberto Herrera Vergara).

Como consecuencia de la interpretación del Tribunal Superior de Neiva, desfavorable para el trabajador, se aplicaron erróneamente las normas procesales y, por tanto, fueron desconocidas las reglas que gobiernan el juicio, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso (art.

29 C.P.), negando a la persona el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y haciendo prevalecer sobre el Derecho sustancial concepto formal acerca de la contabilización del término de prescripción, con lo cual fueron violados los artículos 53 y 228 de la Carta.³

Así, pues, esta Corte confirmará el fallo proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, no sin antes desechar la posible acción temeraria alegada por la segunda instancia en este proceso, por cuanto ya la jurisprudencia de la Corte ha precisado que cuando se trata de demandas entabladas contra las mismas entidades y por los mismos actores, pero los motivos y los derechos alegados son distintos, procede la protección de aquellos respecto de los cuales permanece la controversia.⁴ Sin embargo, esta tutela es la primera interpuesta directamente por el actor quien alega violación al libre acceso a la administración de justicia amparado por la Corte Constitucional en un caso idéntico al suyo, y la aplicación del principio de igualdad frente a la ley y el principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

III. DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida en este asunto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y en su lugar **CONFIRMAR** el fallo del Consejo Seccional del Huila en donde se concedió la tutela impetrada, por haberse configurado una actuación de hecho que vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia y violó los artículos 53 y 228 de la Constitución Política.

Segundo. El desacato a lo dispuesto en el presente fallo se sancionará en la forma prevista por los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

³ Consideraciones similares se hicieron en la sentencia T-01 de 1999.

⁴ T-400 de 1997. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

SENTENCIA No. T-801
octubre 19 de 1999

**DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO- Pago oportuno de mesadas/
DERECHO A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Pago oportuno de
mesadas pensionales**

En reiterada jurisprudencia emanada de esta Corporación, se ha señalado que el derecho al pago puntual y completo de las mesadas pensionales, se constituye en un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, pues con tal desconocimiento se atenta contra sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida misma. Debe recordarse que son personas que se encuentran por fuera del mercado laboral y que en la gran mayoría de los casos dependen única y exclusivamente de su pensión, por ser esta su única fuente de recursos económicos que les garantiza el cubrimiento de su mínimo vital, y llevar así una vida en condiciones dignas y justas.

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-237556, T-238385 y T-239453.

Acción de tutela instaurada por Alicia Vives Llanes, Beatriz Helena Peralta Conde y Rafael Emilio Echeona Cayón contra el Gerente de la Industria Licorera del Magdalena y el Gobernador del Magdalena.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de las acciones de tutela instauradas Alicia Vives Llanes, Beatriz Helena Peralta Conde y Rafael Emilio Echeona Cayón contra el Gerente de la Industria Licorera del Magdalena y el Gobernador del Magdalena.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La Industria Licorera del Magdalena reconoció pensión de jubilación a los demandantes, Alicia Vives Llanes, Beatriz Helena Peralta Conde y Rafael Emilio Echeona Cayón, y a la fecha de interponer las tutelas, la entidad les adeudaba las mesadas de noviembre y diciembre de 1998 y enero, febrero y marzo de 1999. Con tal actitud se les afecta su derecho a la igualdad, seguridad social y pago oportuno de las pensiones, pues son personas de la tercera edad que han debido acudir a “la caridad pública y a la protesta pacífica” para poder subsistir sin las mesadas pensionales que constituyen su único ingreso.

2. Decisiones que se revisan

En los procesos **T-237556** y **T-239453** la Sala Laboral del Tribunal Superior del Magdalena concedió la tutela. Consideró violados los derechos de las personas de la tercera y en el expediente **T-237556** ordenó a las entidades demandadas pagar a los demandantes las mesadas en un plazo máximo de cinco (5) días, si hubiere la disponibilidad presupuestal para ello. Si esta no existiere, disponía del mismo término para iniciar las gestiones con miras a obtener las adiciones presupuestales del caso. En el caso del expediente **T-239453**, se ordenó pagar lo adeudado en plazo máximo de quince (15) días. Impugnadas las anteriores decisiones, la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, revocó las decisiones. Consideró que las tutelas en cuestión son improcedentes, pues existe otra vía de defensa judicial como es el proceso ejecutivo laboral, el cual a su vez es lo suficientemente expedito para garantizar la protección de los derechos de los demandantes.

En el expediente **T-238385** el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta negó la tutela por no encontrarse afectación del mínimo vital.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Reiteración de jurisprudencia. Protección especial de las personas de la tercera edad.

En reiterada jurisprudencia emanada de esta Corporación,¹ se ha señalado que el derecho al pago puntual y completo de las mesadas pensionales, se constituye en un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, pues con tal desconocimiento se atenta contra sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida misma. Debe recordarse que son personas que se encuentran por fuera del mercado laboral y que en la gran mayoría de los casos dependen única y exclusivamente de su pensión, por ser esta su única fuente de recursos económicos que les garantiza el cubrimiento de su mínimo vital, y llevar así una vida en condiciones dignas y justas.

2. Carencia actual de objeto.

El despacho del Magistrado Sustanciador en el asunto de la referencia, para mejor proveer, consideró pertinente indagar sobre la actuación de la Industria Licorera del Magdalena en punto a la cancelación de las mesadas pensionales adeudadas a los actores, ya la mencionada entidad mediante escrito fechado el día 20 de septiembre de 1999, señala que ya les fueron canceladas a las demandantes las mesadas pensionales adeudadas.

¹ Cfr. Sentencias T-234, T-264, T-279, T-283, T-288, T-286, T-289 y T-497 de 1999 entre muchas otras.

Así, es claro que el proceso bajo revisión carece actualmente de objeto² y, por tanto, la Corte Constitucional confirmará la decisión de instancia, pero por las razones anotadas.

III. DECISION

En mérito de la breve justificación antecedente, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR**, las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

² Cfr. sentencias T-167 y T-463 de 1997, T-215, T-281 y T-288 de 1998 y T-178 de 1999, entre muchas otras.

SENTENCIA No. T-802

octubre 19 de 1999

BONOS PENSIONALES- Procedencia de tutela para reclamar la remisión

DERECHO A LA VIDA- Remisión oportuna de bono pensional/**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL**- Remisión de bono pensional

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-224352 y T-224511.

Acción de tutela instaurada por Martha Lucía Bedoya de Cruz y Pedro Nel Montoya contra las Empresas Públicas de Medellín y el ISS, Seccional Antioquia.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por Juzgados Décimo Séptimo Penal Municipal (exp. T-224511) y Octavo Laboral del Circuito de Medellín (exp. T-224352)

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La señora Martha Lucía Bedoya de Cruz, solicitó al ISS desde el año de 1996 su pensión de sobreviviente, entidad que acepta que ella reúne todos los requisitos para ello, pero condiciona su pago a la emisión del respectivo bono pensional por parte de las Empresas Públicas de Medellín. Tanto esta última entidad, como el ISS tienen interpretaciones encontradas respecto a las normas que son aplicables en el caso de la emisión de los bonos y por ello a la fecha de presentar la tutela, a la demandante se le estaban violando los derechos a la salud y a la vida.

Igual situación plantea el tutelante, Pedro Nel Montoya, persona de 63 años de edad, que aspira al reconocimiento de su pensión por haber laborado durante el tiempo requerido en las Empresas Públicas de Medellín. Acudió al ISS para informarse sobre su petición, radicada en

este año, pero le informan que están a la espera de que las Empresas Públicas emitan el respectivo bono.

2. Decisiones que se revisan.

Por existir un conflicto en la interpretación de las normas aplicables al caso concreto, que resulta ajeno al juez constitucional, las sentencias revisadas en ambos expedientes, niegan las tutelas interpuestas. No obstante, en el expediente **T-224511**, correspondiente al señor Pedro Nel Montoya, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Séptimo Penal Municipal de Medellín, hace un llamado a ambas entidades para que “aceleren el ritmo en lo que falta por tramitar en relación con esta específica petición y en el menor tiempo posible se emita la ansiada resolución”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La acción de tutela como mecanismo idóneo para el pago del bono pensional. Hecho superado.

La liquidación y remisión de los bonos pensionales a la entidad que finalmente debe reconocer y pagar una pensión, ha sido ordenada por la Corte¹ para proteger el derecho a la vida y la seguridad social de los accionantes. Especialmente se ha procedido de esa manera cuando pensiones especiales requieren para su reconocimiento, la liquidación previa de un bono pensional a cargo de otras entidades igualmente obligadas al cubrimiento parcial de la misma. Se ha seguido de esa manera la jurisprudencia consagrada en sentencia la C-177 de 1998.

Discusiones como las que revelan los presentes casos, en donde los entes encargados de las pensiones asumen diferentes interpretaciones respecto a las normas aplicables en el caso de los bonos pensionales, ha llevado a la Corte a conceder las tutelas respecto a los derechos a la vida y la seguridad social de los accionantes, instando a los entes comprometidos a aplicar en lo posible, las normas que favorecen las peticiones de los demandantes, por cuanto no es posible mantener en vilo requerimientos que encierran el reconocimiento de derechos pensionales de personas de la tercera edad, que aspiran a vivir de esa única fuente.²

Sin embargo, en los expedientes objeto de revisión figuran sendos escritos de los accionantes en donde comunican a la Corte Constitucional, que ya se encuentran recibiendo las pensiones correspondientes, lo que obliga a la Corte a confirmar las sentencias de instancia, por la configuración de una sustracción de materia por carencia de objeto.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** las sentencias proferidas por los Juzgados Décimo Séptimo Penal Municipal y Octavo Laboral del Circuito de Medellín, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

¹ Cfr. sentencias C-177 de 1998 y T-241, T-360, T-440, T-551 y T-549 de 1998.

² Cfr. T 577 de 1999 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, en el caso del Departamento de Risaralda.

T-802/99

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-803

octubre 19 de 1999

ACCION DE TUTELA- Imprudencia para cobro exclusivo de indexación

La indexación como pretensión aislada no ha procedido mediante este mecanismo y se ha accedido a ella, cuando se ha demostrado vulneración al derecho a la igualdad frente a una petición principal de carácter laboral, cesantías parciales, pensiones o salarios, y cuya procedencia se ha analizado desde el punto de vista excepcional que esta Corporación ha permitido para el otorgamiento de la tutela frente a deudas laborales.

DERECHO A LA IGUALDAD EN INDEXACION- Reajuste de pensiones

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-223294, T-223295 y T-223419.

Acciones de tutela instauradas por Antonio Ramón Cervantes Alba, Pedro José Ahumada Gómez y Roberto Molina Mejía contra el Secretario General y la Asistente de Recursos Humanos de la Gobernación del Atlántico.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla dentro de las acciones de tutela instauradas por Antonio Ramón Cervantes Alba, Pedro José Ahumada Gómez y Roberto Molina Mejía contra el Secretario General y la Asistente de Recursos Humanos de la Gobernación del Atlántico.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Los demandantes son ex trabajadores de la empresa de Licores del Atlántico, y obtuvieron el reconocimiento de sus correspondientes pensiones de jubilación. En todos los casos las pensiones reconocidas fueron liquidadas inicialmente con base en salarios inferiores a los devengados por los actores, siendo posteriormente reliquidadas de manera correcta. Sin embargo, en las nuevas resoluciones no se incluyó el pago de la indexación a que tienen derecho.

Consideran que ha existido violación al derecho a la igualdad, por cuanto a tres personas en las mismas condiciones, sí se les liquidó la mencionada indexación.

El ente accionado, Secretaría General de la Gobernación del Departamento del Atlántico y la Oficina de Asistencia de Recursos Humanos, respondió, en punto al trato discriminatorio alegado por los demandantes, que “ por la premura del tiempo a que está sujeto la rendición del presente informe, no permite afirmar o desvirtuar lo expresado por el accionante, ya que habrá de entrarse a revisar cada uno de los casos en particular”.

2. Decisiones que se revisan

Mediante sentencias del 23 de marzo de 1999 del Juzgado Séptimo Penal del Circuito (exp. **T-223294**), 26 de marzo de 1999 del Juzgado Quinto Penal del Circuito (exp. **T-223295**), y 24 de marzo del mismo año (exp. **T-223419**), del Juzgado Octavo Penal del Circuito, todos de Barranquilla, se concedieron las tutelas. Consideraron violado el derecho fundamental a la igualdad de los demandantes, y ordenaron al Secretario General y la Asistente de Recursos Humanos de la Gobernación del Atlántico, que en el término de 48 horas siguientes a los respectivos fallos, iniciaran las gestiones encaminadas al pago efectivo de la indexación a que tienen derecho los accionantes. De no disponer de los recursos para asumir dichos pagos, deberán iniciar las gestiones correspondientes para su consecución, lo cual deberá hacerse a más tardar dentro del presente año.

Impugnadas las decisiones, conoció en segunda instancia la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el cual, mediante sentencias del cuatro y cinco de mayo de 1999, confirmó las decisiones de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La delimitación del objeto de la presente tutela, requiere de algunas precisiones: en primer lugar se destaca que los demandantes solicitan del juez constitucional el amparo específico del derecho a la igualdad, supuestamente vulnerado al no haberse hecho extensiva a ellos la operación de indexar las sumas de dinero que por concepto del reajuste de sus pensiones debieron recibir. Para ello, la Corte debe analizar en primer lugar el tratamiento que se ha dado a la figura de la indexación, para luego abordar el tema de la igualdad en el tratamiento de los casos sometidos a consideración.

Ha de señalarse entonces, que en aquellos eventos en los cuales se ha solicitado la simple indexación como solicitud desvinculada de una prestación o acreencia laboral, la postura de la Corte ha sido la de optar por su negativa, en el entendido de que la indexación sólo se ha concedido en esta sede, cuando ha estado atada a una petición de carácter laboral que a su vez cumple con las exigencias excepcionales para ser evacuada por vía de tutela. La indexación pues, como pretensión aislada, no ha procedido mediante este mecanismo, y se repite, se ha accedido a ella, cuando se ha demostrado vulneración al derecho a la igualdad frente a una petición principal de carácter laboral, cesantías parciales, pensiones o salarios, y cuya procedencia se ha analizado desde el punto de vista excepcional¹ que esta Corporación ha permitido para el otorgamiento de la tutela frente a deudas laborales.²

¹ Cfr. sentencia T-001, T-175, SU-400, T-499 de 1997.

² Cfr. T- 480 de 1998.

Pero el presente caso ha sido presentado por los accionantes desde la perspectiva del derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.) invocado en todos los casos, ya que los accionantes se sintieron discriminados respecto de aquellos servidores públicos colocados en su misma situación, a los cuales sí se les liquidó su prestación con la debida indexación, sin que exista justificación alguna para el trato diferente.

En efecto, tal como se advirtió en los datos que muestra el expediente, la desigualdad introducida por la entidad accionada respecto de los demandantes, no fue explicada³ ni siquiera someramente por quienes la aplicaron, siendo esas desigualdades precisamente, con carácter artificioso e injustificado, las que esta Corte ha condenado cuando ha advertido de suyo, la quiebra del principio de igualdad.

Como lo observaron los jueces de instancia, existe prueba dentro del expediente de que a varias personas⁴ en la misma situación de los accionantes, les fue liquidado su reajuste pensional con la debida indexación, al tiempo que a los demandantes ni siquiera se les ha explicado tal omisión.

El principio de igualdad, vertebra el ordenamiento constitucional, y a través de su respeto, la Corte ha evitado situaciones especialmente gravosas y desmedidas. Por ello se exige, en la comprobación del término de comparación, que sí aportan los demandantes, consistente en la realidad de que un grupo de personas están discriminadas con una actitud de la administración y otras se encuentran en posición privilegiada por el disfrute de una compensación en dinero que a los primeros se les negó- la prueba de la inexistencia de la discriminación que, se insiste, en este caso se echa de menos por parte de los accionados.

Esta Sala, en total acuerdo con los jueces de instancia, advierte que este caso no trata una controversia meramente legal relacionada con la simple prestación de tipo laboral o de seguridad social, sino de un conflicto de tipo constitucional, en donde está en juego, incluso la dignidad humana, pues según predicán los demandantes, a varios pensionados en igualdad de condiciones se les reconoció el reavalúo monetario de las diferencias pagadas por la depreciación del dinero, mientras que a los reclamantes se les privó de tal beneficio. El juez de primera instancia, en el caso del expediente T-223294, bien lo puso de presente cuando dijo: “en los casos en que se compromete la igualdad, también resultan por lo general, comprometida la dignidad, ya que afecta a la persona, en su valoración como tal, de recibir un trato inferior al de otras personas que substancialmente se encuentran en su misma situación”.

La actualización del dinero en estos casos, busca proteger el poder adquisitivo de los pensionados, lo que se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en términos reales con el paso del tiempo. Así, es preciso entonces confirmar las decisiones producidas en los expedientes revisados, aclarando que no se trata de que por vía de tutela pueda exigirse *per se* la actualización de sumas adeudadas por conceptos

³ De acuerdo con jurisprudencia reiterada de esta Corporación, quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación. T-079 de 1995, reiterada recientemente en la T-601 de 1999.

⁴ Que corresponden a los nombres de Carmen Edith Pabón Doncell, Elías Mercado de los Reyes, Josefina Vargas de Rodríguez y otros.

T-803/99

laborales, pues según lo ha reiterado esta Corporación, no es ese el objeto del artículo 86 de la Constitución, ni los términos de la jurisprudencia comentada, que en esa medida permanecen.

Si en este caso prospera la tutela ello acontece por la violación ostensible del derecho a la igualdad de los accionantes, sin que exista otro medio para restablecer el equilibrio roto en virtud de la discriminación oficial.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** en todos los casos las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en la medida en que se concedió la protección del derecho a la igualdad.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación contenida en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-804
octubre 19 de 1999

DERECHO DE PETICION- Pronta resolución y decisión de fondo

Toda petición respetuosa elevada por los particulares a la administración, deberá ser objeto de la consecuente respuesta. Esto significa que la administración no puede entrar a resolver de manera mecánica y superficial las inquietudes de los particulares, sino que por el contrario, la respuesta deberá resolver de fondo lo pedido por la persona.

DERECHO DE PETICION EN CESANTIAS PARCIALES- Respuesta sobre reconocimiento no sujeta a disponibilidad presupuestal

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-217124

Acción de tutela instaurada por Ana María Salinas Pinto contra la División de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Cali.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., a los diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada compuesta por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en uso de sus facultades constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Once Penal Municipal y Sexto Penal del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Ana María Salinas Pinto contra la División de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Cali.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Manifiesta la demandante como empleada del Municipio de Cali, que en la actualidad cursa un proceso ejecutivo de BANCAFE en su contra por la mora que presenta en el pago de las cuotas de su vivienda. Visto que el proceso se encuentra en etapa de embargo del bien inmueble para su posterior remate, la actora mediante escritos de enero de 1997, 1998 y 1999, ha solicitado reiteradamente a la administración municipal, le reconozca su derecho al anticipo de cesantías, o pago de cesantías parciales, para de esta manera no perder su vivienda. Anota la tutelante, que

es mujer cabeza de familia y debe velar por su hijo menor de edad. Ante la negativa del municipio en cancelarle las mencionadas prestaciones, encuentra violados sus derechos fundamentales a la igualdad, petición, a la vivienda digna. Por lo tanto, solicita se ordene al Municipio de Cali, cancelarle el anticipo parcial de cesantías.

2. Decisiones de instancia.

Mediante sentencia del 11 de marzo de 1998, el Juzgado Once Penal Municipal de Cali, tuteló los derechos fundamentales alegados como violados. Consideró que si bien la petición de cesantías parciales fue recibida por la administración municipal, ésta se limitó a sistematizar la petición, sin dar una respuesta concreta a la actora. Consideró que los derechos a la igualdad y a la vivienda digna fueron violados, máxime cuando con la actitud negligente de la administración municipal se estarían poniendo en peligro otros derechos inherentes al ser humano. Ordenó que en el término de 48 horas, se reconociera y cancelara el valor de las cesantías parciales reclamadas por la demandante.

Impugnada la decisión, conoció en segunda instancia el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, el cual mediante sentencia del 19 de abril del presente año, revocó la decisión del *a quo*. Consideró que no existen pruebas en el expediente que confirmen la violación del derecho a la igualdad, pues la decisión de primera instancia simplemente se basó en el vago testimonio rendido por la demandante. No se encuentra violado el derecho a la igualdad, pues para el caso no hay argumentos ni fácticos ni jurídicos que así lo demuestren, así como tampoco se estableció un criterio de comparación que justificara la presumible discriminación. Finalmente, respecto del derecho a la vivienda, señaló que no es un derecho fundamental sino de aquellos catalogados como de naturaleza económica y social.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Violación del derecho de petición.

Visto el caso en concreto, debe señalarse que toda petición respetuosa elevada por los particulares a la administración, deberá ser objeto de la consecuente respuesta. Esto significa que la administración no puede entrar a resolver de manera mecánica y superficial las inquietudes de los particulares, sino que por el contrario, la respuesta deberá resolver de fondo lo pedido por la persona.

En el presente caso, la administración municipal de Cali, y más concretamente la División de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Cali, ha violado el derecho fundamental de petición de la actora, pues el señalar que su petición ha sido sistematizada y se encuentra en espera hasta tanto exista disponibilidad presupuestal para su pago, no resuelve concretamente en uno u otro sentido la solicitud formulada. Además, ya la Corte tiene definido que no puede negarse el reconocimiento de las cesantías parciales a la existencia de disponibilidad presupuestal.¹

Analizado el expediente, no se encontró que la administración municipal hubiese proferido el correspondiente acto administrativo en el cual concrete el derecho de la peticionaria a tal prestación laboral. En situación similar la Corte Constitucional mediante sentencia T-363 del 6 de agosto de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

¹ Cfr. sentencias T-034, T-144, T-435, T-609 de 1998, T-128, T-348 y T-704 de 1999, entre muchas otras.

“La Corte procede a reiterar los argumentos expuestos en Sentencia T-206 del 26 de abril de 1997, que sirvieron de base para conceder la tutela invocada en los procesos antes citados, pues los fundamentos de hecho y de derecho son esencialmente idénticos a los que ahora estudia esta Sala.

“En dicho fallo la Corte consideró que las autoridades tienen la obligación de responder de manera oportuna, clara y precisa las peticiones que ante ella se formulan. En efecto, la demora en responder o las contestaciones evasivas, vagas, contradictorias, y en general todas aquellas que tiendan a confundir al interesado, violan el derecho fundamental de petición. Tales apreciaciones son aplicables al caso que ahora se estudia, pues es necesario anotar que la liquidación efectuada por la Dirección Seccional de Administración Judicial no conforma, como ésta misma lo reconoce, un acto administrativo que decida lo referente al derecho pedido pero siembra en el actor una esperanza sobre su eventual reconocimiento. Así, pues, dicho estado de indefinición constituye vulneración del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta Política.

“Dijo la Corte en la aludida sentencia:

“... la respuesta aparente pero que en realidad no niega ni concede lo pedido, desorienta al peticionario y le impide una mínima certidumbre acerca de la conducta que debe observar frente a la administración y respecto de sus propias necesidades o inquietudes: no puede hacer efectiva su pretensión, pero tampoco tiene la seguridad de que ella sea fallida.

“Tal circunstancia hace inútil el derecho fundamental del que se trata y, por tanto, cuando ella se presenta, debe considerarse vulnerado el artículo 23 de la Carta Política.

“En los casos objeto de análisis, la característica común a las respuestas recibidas por los solicitantes radica precisamente en la indefinición acerca de la materia planteada por ellos ante la administración judicial -el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales-, pues, aunque no se les niega que puedan tener derecho a retirarlas de conformidad con la ley, se les aplaza indefinidamente la respectiva resolución por un motivo ajeno al derecho mismo, consistente en la falta de apropiación presupuestal” .

“(...).

“Para la Corte Constitucional es claro que, si bien, como lo ha sostenido invariablemente en su jurisprudencia, no debe producirse erogación alguna de parte del Estado con cargo al tesoro público si no existe la correspondiente provisión presupuestal, de ésta no depende la decisión administrativa sobre el derecho que pueda tener el trabajador al reconocimiento de lo que se le adeuda por concepto de una determinada prestación que el sistema jurídico le otorga.

“En otros términos, la circunstancia coyuntural de la falta de una partida suficiente en el presupuesto constituye óbice para el pago inmediato pero de ninguna manera puede erigirse en obstáculo para que la administración determine si el derecho existe en el caso concreto, ni tampoco para que proceda a su liquidación, ni para que inicie los indispensables trámites, con miras a futuras provisiones presupuestales respecto de vigencias posteriores, o a las adiciones necesarias en la que se ejecuta.

“Así, en el asunto que se examina, los solicitantes tenían derecho, con base en el artículo 23 de la Constitución, a que la Administración Judicial les resolviera sin demora, es decir, dentro de los términos legales, si tenían o no derecho al pago de sus cesantías parciales.

Otra cosa era la disponibilidad actual del Estado para pagarles de modo inmediato, según el Presupuesto de la vigencia respectiva. Reconocer que tenían el derecho en ese momento no equivalía al pago pero implicaba, como surge de la Constitución, que se hiciera lo necesario para atender a esas obligaciones en el período siguiente o, inclusive, dentro del mismo que se venía ejecutando, mediante procedimientos legalmente contemplados, como las adiciones presupuestales.”

De esta manera, y en vista de que el derecho no ha sido efectivamente resuelto, esta Sala de Revisión, **tutelar**á el derecho fundamental de petición de la demandante, para lo cual la División de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Cali, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, procederá, si aún no lo ha hecho, a dar respuesta -afirmativa o negativamente- a la petición de la demandante, advirtiendo que la existencia o no de disponibilidad presupuestal no es excusa válida para la definición de un derecho subjetivo.

Si la respuesta de dicha petición fuere positiva, la misma administración municipal de Cali, dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la fecha en que se profiera la respectiva resolución, para cancelar de manera puntual y completa las cesantías de la demandante.

DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión, de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali. En su lugar **TUTELAR** el derecho fundamental de petición.

Segundo. **ORDENAR** a la División de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Cali, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, procederá, si aún no lo ha hecho, a dar respuesta -afirmativa o negativamente- a la petición de la demandante, advirtiendo que la existencia o no de disponibilidad presupuestal no es excusa válida para la definición de un derecho subjetivo.

Si la respuesta a dicha petición fuere positiva, la misma administración Municipal de Cali, dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la fecha en que se profiera la respectiva resolución, para cancelar de manera puntual y completa las cesantías de la demandante.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-805
octubre 19 de 1999

MUJER EMBARAZADA- Protección constitucional especial

La Carta Política de 1991, estableció una especial protección para aquellas personas que son manifiestamente débiles en la sociedad como lo son los niños, las personas de la tercera edad, y las mujeres en estado de embarazo. Para estas últimas, la protección no sólo se extiende durante su período de gestación, sino además se prolonga después del parto, incluso dándose un subsidio de alimentación si entonces se encontrase desamparada o sin empleo. Obviamente la protección se dará respecto de ella como de su hijo desde el momento mismo de la concepción.

LICENCIA DE MATERNIDAD- Procedencia excepcional de tutela para el pago

La Corte ha señalado que la tutela resulta procedente de manera excepcional para conceder el pago de la licencia de maternidad, pues con ello se busca ofrecer a la nueva madre y a su hijo los recursos necesarios para iniciar esa nueva etapa de la vida, sin afugias económicas y con la garantía de protección a sus derechos fundamentales.

LICENCIA DE MATERNIDAD- Aportes realizados que aparecen sin pagar

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-194924 y 224393

Acción de tutela interpuesta por María del Pilar Quiroz Zapata y María del Pilar Montejo contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve(1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en uso de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali y Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, dentro de las acciones de tutelas instauradas por María del Pilar Quiroz Zapata y María del Pilar Montejo contra el Instituto de Seguros Sociales.

LANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

De manera general, las actoras solicitan protección a sus derechos de petición y seguridad social, los hechos que sirvieron de base para iniciar las presentes tutelas, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. La demandante, María del Pilar Quiroz Zapata- T-224393 - estuvo afiliada al régimen de salud del Instituto de los Seguros Sociales. Hizo los aportes correspondiente en forma ininterrumpida y cumplidamente. Para los meses de mayo, junio, y julio de 1998, se acercó a pagar en tiempo oportuno pero se le dijo que no existían los formularios indicados para ello, pero que los mismos llegarían por correo a su residencia. No obstante, y en vista de que no llegaban, en la misma entidad le suministraron unos recibos con el mismo membrete del Seguro Social, con los cuales podía hacer efectivos los pagos. Así lo hizo y la entidad recibió los pagos de las mesadas correspondientes. Tan cierto es lo anterior, que fue atendida de parto el día 8 de abril de 1988, para lo cual se le incapacitó por 84 días. Al preguntar por su licencia, se le ha dicho que no hizo los aportes en los formularios correspondientes, y que no ha llegado la plata de Bogotá. No se explica la actora cómo el I.S.S., Seccional Medellín, recibe los pagos realizados en formularios diferentes a los de uso regular, recibe el dinero, y ahora no paga la licencia a la tiene derecho.

2. La accionante, María del Pilar Montejo, dentro del expediente T-194924, narra que ha estado vinculada a las empresas Clínica Champagnat hasta el 7 de abril de 1998 y el Grupo Consultor Asociado desde el 8 de abril del mismo año. En ambas compañías estuvo afiliada al plan obligatorio de salud en el régimen contributivo. Con motivo del nacimiento de su hija, el 21 de mayo de 1999, solicitó al I.S.S., Seccional Cali, el pago de su licencia de maternidad a la que tiene derecho y aun cuando llenó todos los requisitos exigidos, se le reconoció y relacionó para su pago y se expidió el cheque correspondiente. Luego de hacer varias solicitudes, no ha sido posible que el mismo le sea entregado.

3. Fallos que se revisan.

Las sentencias revisadas dentro del expediente T-194924 concedieron la tutela por el derecho de petición y ordenaron responder las peticiones que la actora había elevado al I.S.S. En relación con el expediente T-224393, se negó la protección por cuanto la demandante puede acudir a otras vías judiciales para lograr el pago de su licencia de maternidad.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Protección especial para la mujer embarazada.

La Carta Política de 1991, estableció una especial protección para aquellas personas que son manifiestamente débiles en la sociedad como lo son los niños, las personas de la tercera edad, y las mujeres en estado de embarazo. Para estas últimas, la protección no sólo se extiende durante su período de gestación, sino además se prolonga después del parto, incluso dándose un subsidio de alimentación si entonces se encontrase desamparada o sin empleo. Obviamente la protección se dará respecto de ella como de su hijo desde el momento mismo de la concepción. En reiteradas sentencias proferidas por esta Corporación¹, se ha puesto de presente esa especial

¹ En relación con este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-606 de 1995 Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, T-106 de 1996. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, C-568 de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, C-694 de 1996. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, C-710 de 1996. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía y T-662 de 1997, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

protección que merecen las mujeres embarazadas, tanto a nivel constitucional como a través de tratados y convenios internacionales.

Al respecto, la Corte ha señalado:

“Hoy el universo jurídico en el país se ha modificado y no existe la menor duda de la preferencia de la Constitución, la inmediata aplicación por parte de todos, tanto de las normas orgánicas como de las normas dogmáticas. Es más, aún en el caso de que una norma constitucional se autocondicione, en lo referente a los derechos humanos y el derecho al trabajo, el intérprete debe examinar si existe algún instrumento internacional ratificado por Colombia que permita superar la condición y, en todo caso, preferenciar el respeto a los derechos fundamentales.

“De acuerdo a la Constitución Política y a los convenios y tratados internacionales con fuerza vinculante en nuestro país, existen actualmente protecciones suficientes para la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada, para la licencia y prestaciones debidas por tal condición, y, por otro aspecto, en ocasiones puede haber manutención y servicios gratuitos para aquella y su hijo, que, en casos especiales, serán satisfechos por el Estado. Aunque, hay que recordar que tratándose del niño, la obligación prestacional también corresponde a la familia y a la sociedad (art. 44 C. P.).”²

La Corte ha señalado que la tutela resulta procedente de manera excepcional para conceder el pago de la licencia de maternidad, pues con ello se busca ofrecer a la nueva madre y a su hijo los recursos necesarios para iniciar esa nueva etapa de la vida, sin afugias económicas³ y con la garantía de protección a sus derechos fundamentales. Al respecto la sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló al respecto lo siguiente:

“Como se observó en el acápite anterior, la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.

“Excepcionalmente, la Corte ha considerado que pese a la existencia del proceso ejecutivo laboral, algunas prestaciones o derechos podrían ser exigidos a través de la acción de tutela, en especial cuando resultan manifiestos la arbitrariedad de la administración y los efectos gravosos que ésta proyecta sobre los derechos fundamentales de las personas”.

En los presentes casos, ambas accionantes demostraron su estado de necesidad ante la ausencia de la respectiva licencia de maternidad, retenida por el ISS en las dos ocasiones relacionadas. Por ello procederá la respectiva protección, remitiendo además copia a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta de las personas que en la Seccional del ISS en Medellín proporcionan a sus afiliados formularios informales para realizar los aportes, reciben el dinero, y luego aparecen los afiliados sin aportar en debida forma.

² Sentencia T-694 de 1996. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

³ Cfr. T-792 de 1998.

III.DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el expediente T-224393. En consecuencia, conceder la tutela de los derechos a la vida y seguridad social de la actora, para lo cual se ordena al I.S.S, seccional Medellín, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a pagar a la señora María del Pilar Quiroz Zapata lo correspondiente a su licencia de maternidad.

Segundo. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali, en cuanto concedió la tutela al derecho de petición a la señora María del Pilar Montejo, expediente T-194924. **ADICIONAR** el fallo anterior, concediendo la tutela por los derechos a la vida y seguridad social de la actora, para lo cual se ordena que el I.S.S, Seccional Cali, pague a la actora, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente fallo, lo que le adeuda por concepto de licencia de maternidad.

Tercero. Remitir copia de esta providencia, a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia, en lo relacionado con los hechos narrados dentro de la tutela T-224393.

Cuarto. Por Secretaría General, librese la comunicación prevista por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-806
octubre 19 de 1999

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial/DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Protección DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Inexistencia de autorización previa del funcionario de trabajo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-225471

Acción de tutela instaurada por Eufrosina Martínez Amador contra el Hogar Infantil Santa Ana.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ .

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Santa Ana (Magdalena) dentro de la acción de tutela instaurada por Eufrosina Martínez Amador contra el Hogar Infantil Santa Ana (Magdalena).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La ciudadana Eufrosina Martínez Amador, instauró acción de tutela en contra del Hogar Infantil Santa Ana, para lograr la protección que la Constitución le otorga a la mujer embarazada y a los niños. Los hechos dicen así:

- La actora firmó contrato de trabajo el 15 de enero de 1998 con el Hogar Infantil Santa Ana (Magdalena) el cual debía terminar el 15 de enero de 1999. Según la cláusula sexta del contrato, debía recibir aviso con 30 días de antelación para la continuación o no del trabajo, entendiéndose renovado ante la ausencia del respectivo preaviso. El 25 de enero del presente año, después de haber iniciado labores el 12 de enero del mismo, la nueva representante legal del Hogar Infantil,

le informó que había sido reemplazada en el cargo y que ya estaba listo el personal que iría a reemplazarla.

- La actora contaba para esa época con 8 meses de embarazo, y la Institución conocía su estado porque así lo había comunicado al Representante Legal.

Solicita el reintegro al cargo que desempeñaba por cuanto no puede cubrir los gastos que demanda su salud y la asistencia para su hijo.

2. Sentencia objeto de revisión.

El juez de instancia niega la tutela, con el argumento de que la comunicación del estado de embarazo no era conocida por la nueva representante legal del Hogar Infantil Santa Ana, quien apenas contaba con 5 días de posesionada cuando tomó la decisión de desvincular a la actora. Por ello no puede decirse que el despido se produjo como consecuencia del embarazo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

En el presente caso, la Sala observa que en relación con la orden de garantizar la protección constitucional a la mujer embarazada, el juez en cuestión no siguió la jurisprudencia de la Corte en la materia, en donde se ha precisado que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, entendiéndose por ello que la mujer en estado de gravidez tiene el derecho a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado.

En efecto, mediante sentencia C-470/97 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 239 del C.S.T., modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el sentido de que “carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido”. La Corte, de acuerdo con la anterior jurisprudencia, ha ordenado el reintegro de mujeres despedidas durante el embarazo o durante los 3 meses que siguen al parto, sin la autorización del funcionario competente¹.

En el presente caso se observa que el patrono de la demandante, independientemente de si llevaba 5 o varios días de haber tomado posesión a la fecha en la cual procedió a la desvinculación de la demandante, debía conocer la situación de la actora, por cuanto la comunicación de tal estado se había surtido al Representante Legal de la Entidad, independientemente de quien fuere. Lo que está claro en este caso es que el nuevo patrono, no solicitó permiso al funcionario competente para proceder al despido de la actora, y lo hizo cuando la demandante tenía 8 meses de embarazo, período amparado por el fuero de maternidad. Se observa además, que las causas que originaron la contratación inicial de la demandante, permanecen en la Institución, circunstancia que se evidencia con el hecho de que existió desde el mismo momento del despido, el nuevo personal que reemplazaría al saliente.

Por lo tanto, tal como lo ha fallado la Corte en otras oportunidades, se ordenará su reintegro.

III. DECISION

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

¹ Ver sentencias C-470/97, T-373/98, T-739/98, entre otras.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Santa Ana.(Magdalena).

Segundo. **CONCEDER** la tutela por los derechos a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la ciudadana Eufrosina Martínez Amador, y por lo tanto, **ORDENAR** a la representante legal del Hogar Infantil Santa Ana (Magdalena), que reintegre a la actora al oficio que venía desempeñando al momento del despido, con reanudación inmediata del pago de su salario, sin perjuicio de las demás pretensiones laborales a que pueda tener derecho, las cuales serán definidas por la jurisdicción laboral.

Tercero. **COMUNICAR** la presente sentencia al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-807

octubre 19 de 1999

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD- Falta de pago de la cotización

El principio de continuidad es deber del Estado en la prestación eficiente de los servicios de salud. En principio, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida más los términos legales de gracia, salvo que haya allanamiento de la mora por parte de la EPS.

EMPLEADOR- Asunción, en principio, servicio de salud por mora en aportes/ **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-** Responsabilidad subsidiaria por mora en aportes del empleador

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- No prestación del servicio por
inexistencia actual de afiliación

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- No prestación del servicio por terminación de
relación laboral y vencimiento del periodo de gracia

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO- Atención gratuita a menor de un año

SISBEN- Permiso de ingreso

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-215594

Acción de tutela instaurada Por Angélica Biancha Quigua contra la empresa Cafesalud.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, a los diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Veinticinco Penal Municipal y Sexto Penal del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada contra la empresa Cafesalud, seccional de Santiago de Cali.

LANTECEDENTES

1. Hechos.

Angélica Biancha Quigua, instaura acción de tutela contra la empresa de salud Cafesalud, con sede en la ciudad de Cali, atendiendo a que estuvo afiliada a dicha entidad desde el año de 1996. Trabajó con la empresa Confecciones Toledo, hasta el 18 de diciembre de 1998, y en enero 18 por encontrarse con dos meses de embarazo, solicitó los servicios de la entidad mencionada, quien le manifestó que no la podía atender por cuanto el pago de las cotizaciones de su antiguo empleador, había vencido el 10 de enero de 1999.

Considera que al no prestársele el servicio requerido, se amenaza contra su derecho a la salud, a la integridad física y a la vida. Por ello acude a la tutela para proteger los derechos constitucionales que considera conculcados.

2. Decisiones que se revisan.

Las sentencias de instancia conceden la tutela, apoyadas en varias sentencias de la Corte Constitucional sobre protección a la mujer embarazada y al niño que esta por nacer, y ordenan a Cafesalud afiliarse a la actora en alguno de los regímenes de salud contemplados en el sistema general de seguridad social.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

El principio de continuidad es deber del Estado en la prestación eficiente de los servicios de salud. En principio, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida más los términos legales de gracia, salvo que haya allanamiento de la mora por parte de la EPS.¹

Por otro lado, el artículo 166 y el artículo 22 de la Ley 100 consagran:

Artículo 161 Ley 100/93

“Como integrantes del sistema general de Seguridad Social en salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen los trabajadores, deberán:

2° En consonancia con el artículo 22 de esta ley contribuir al financiamiento del Sistema general de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

- a. Pagar cumplidamente los aportes que corresponden, de acuerdo con el artículo 204*
- b. Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio.*
- c. Girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno.*

Artículo 22 de la Ley 100/96

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario y de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya

¹ T- 181 de 1998.

T-807/99

autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”(subrayas no originales)

Al respecto, la Sala 3ª de Revisión, en la T-287/95 dijo:

“Sobre las consecuencias del incumplimiento del empleador de afiliar a los trabajadores y cotizar oportunamente al Seguro Social según lo dispuesto en la ley y en sus reglamentos, la Corte ha sostenido lo siguiente:

“La efectividad de este derecho no sólo corresponde al empleador, quien tiene la obligación de afiliar a sus empleados al Seguro Social. Esto significa que la empresa no puede ser indiferente en relación con la suerte que corra el derecho a la seguridad social de los asalariados, por el contrario, el patrono tiene que velar por que ellos vean satisfecho este servicio de manera real y efectiva.

“Ahora bien, en el evento de que el empleador no utilice el sistema de seguridad social estatal, la satisfacción del servicio le corresponde directamente, como resultado de un deber que jurídicamente le pertenece. La existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono”.

Además, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-177 de 1998², señaló:

“La Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia.

(...)

la norma acusada es exequible (artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que autoriza la suspensión del servicio de salud en situación de mora patronal) en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de responsabilidad sino en la propia Carta. En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está estableciendo que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. Por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal “aquellos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio” (artículo 161 de la Ley 100 de 1993)”

1. Caso Concreto.

² Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

La jurisprudencia mencionada, junto a la doctrina expuesta en las sentencias recientes T-181 de 1998, T-573 de 1999 y T-795 de 1999, llevan a la Sala a señalar que a pesar de que las sentencias de instancia concedieron la protección solicitada por la actora, y a la fecha de este fallo seguramente ya se ha procedido a su cumplimiento por parte de Cafesalud, existió por parte de los jueces falladores un exceso en el ejercicio de sus competencias, que esta Sala no puede pasar por alto, por cuanto se ordenó una protección en salud, a quien ya no era afiliado al sistema de seguridad social, y de contera, no pertenecía ni al régimen subsidiado ni al contributivo.

En efecto, la actora reclamó atención de Cafesalud, cuando ya estaba desafiliada del sistema y por ello la institución accionada, fuera del período de gracia que consagra la ley, ya no tenía la obligación de prestar el servicio de salud. Su relación laboral se había terminado y el empleador había reportado tal novedad a Cafesalud. Por lo tanto, en este caso específico la entidad demandada actuó legítimamente puesto que la señora Angélica Biancha, no pertenecía ni al régimen subsidiado ni al contributivo, y al terminar su relación laboral quedó automáticamente desafiliada del sistema y mal podía ordenársele a Cafesalud, afiliarla nuevamente si ya habían finalizado tanto la afiliación contributiva como la relación laboral. Es decir, las providencias revisadas, en una lectura equivocada de las sentencias de la Corte Constitucional, deben revocarse dados los presentes planteamientos que corrigen las orientaciones seguidas por los falladores de instancia.

Es cierto que la Corte ha reconocido el derecho prevalente de la mujer en estado de embarazo y ha amparado su situación en los casos de discriminación laboral por razón de su estado, cuando ha sido despedida sin las formalidades de ley, y cuando el despido ha afectado las condiciones futuras del hijo que puede estar por nacer. Igualmente, se ha condenado a la prestación del servicio de salud, al empleador incumplido en el pago de las cotizaciones descontadas en el sueldo de sus empleados, y en algunas ocasiones las empresas que prestan el servicio de salud, han compartido la solidaridad en el prestación del servicio no prestado ante la falta de cotización, con la posibilidad de repetir frente al patrono incumplido.³

Es obvio que este caso no se enmarca en ninguna de las hipótesis señaladas, siendo claro que cuando la señora Angélica Biancha se desvinculó de la empresa, al parecer no se conocía de su estado de embarazada –y de ser ello así, ha debido dirigirse la tutela al empleador– y la demandante acudió a Cafesalud en procura de atención cuando ya la relación laboral estaba acabada, y sólo la cobijaba el período de gracia de un mes previsto para casos de suspensión de las cotizaciones como consecuencia de la finalización de la relación laboral, previsto en el artículo 75 del Decreto 806 de 1998.⁴

Además de todo lo expuesto, la orden de los jueces es también inocua, porque si bien el período mencionado de protección adicional ya estaba vencido a la época de presentar la tutela, la potestad del Estado para la determinación de las condiciones que adscriben a las personas a uno de los sistemas previstos en la ley 100 de 1993, es intransferible hacia los particulares, en

³ Cfr., sentencias T-625, T-667, T-806, T-809, T-904, T-905 entre otras.

⁴ "Del período de protección laboral. Una vez suspendido el pago de la cotización como consecuencia de la finalización de la relación laboral o de la pérdida de la capacidad de pago del trabajador independiente, el trabajador y su grupo familiar gozarán de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud hasta por treinta días más contados a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado al sistema como mínimo los doce meses anteriores. Parágrafo: Cuando el usuario lleve cinco años o más de afiliación continúa a una misma entidad promotora de salud, tendrá derecho a un período de protección laboral de tres meses contados a partir de la fecha de su desafiliación".

este caso a Cafesalud, por cuanto las obligaciones que tenía con la usuaria eran en relación con el Régimen Contributivo y se encontraban extinguidas por el retiro de la peticionaria en virtud de la terminación del contrato de trabajo por parte de su empleador.

En estas condiciones no se podía dar ninguna orden mediante tutela porque los elementos fácticos no apoyaban una decisión favorable, en razón a que la señora Quigua estaba por fuera de la seguridad social.

Esto no impide que actualmente, para el caso de su hijo, si lo estima necesario, exija la aplicación del artículo 50 de la C.P. que dice: *“Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”*, y que para su caso personal se ampara en el artículo 43 ibídem, que ordena: *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”*.

Para ello se ordenará al Secretario Municipal de Salud Pública de Cali, que facilite a la actora el ingreso al Sistema de Identificación de Beneficios- SISBEN- con el fin de que se le permita su acceso al Régimen Subsidiado de Seguridad Social.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias revisadas por los motivos expuestos en la parte motiva de esta sentencia, y atender la protección que se dará en este caso a la demandante, ordenando a la Secretaría Municipal de Salud Pública de Cali, que facilite a la actora el ingreso al Sistema de Identificación de Beneficios -SISBEN- con el fin de que se le permita el acceso al régimen subsidiado de seguridad social.

Segundo. Por Secretaría, líbrese de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Tercero. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-808

octubre 19 de 1999

ACCION DE TUTELA- Improcedencia general sobre controversias de reconocimiento de prestaciones laborales

Las controversias acerca del reconocimiento y pago de prestaciones laborales de orden económico constituyen, por regla general, un asunto totalmente ajeno al ámbito de la jurisdicción constitucional en sede de tutela, en virtud de la naturaleza puramente legal de esas pretensiones y la existencia de otras instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios pertinentes para su trámite, salvo en las si que por vía de excepción configuren un perjuicio irremediable, que haga indispensable la adopción en forma urgente, inminente e impostergable de medidas transitorias para la protección del derecho.

JUEZ DE TUTELA- Incompetencia para reconocer pensión

CONVENCION COLECTIVA- Interpretación desfavorable al introducir elemento no contemplado

PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO- Alcance

PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Inexistencia de condición de permanencia en entidad para reconocimiento de pensión

PENSION DE JUBILACION- Revisión de negativa por inexistencia de condición de permanencia en entidad para reconocimiento

DERECHO A LA VIDA- Revisión de negativa de reconocimiento de pensión por interpretación desfavorable de norma convencional

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-226374

Acción de tutela interpuesta por Clara Isabel Pachón Muñoz contra el Fondo de Pensiones Públicas de Santa fe de Bogotá, adscrito a la Secretaría de Hacienda Distrital.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de Bogotá y por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Clara Isabel Pachón Muñoz contra el Fondo de Pensiones Públicas de Santa fe de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La demandante laboró como trabajadora oficial en la Secretaría de Obras Públicas de Santa Fe de Bogotá, del 7 de abril de 1975 al 31 de octubre de 1996. El cargo fue suprimido en el año de 1996 por efecto de la reestructuración administrativa ordenada por el alcalde de ese entonces.

En el momento de la desvinculación por parte de su empleador, ya había cumplido el tiempo de servicios (21 años y 7 meses) que le da derecho a la pensión convencional. La convención colectiva de trabajo que la amparaba en el momento de su desvinculación ordena en su artículo 38 lo siguiente : “Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, continuará reconociendo y pagando la pensión mensual vitalicia de jubilación a todos los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas que hayan cumplido cincuenta (50) años de edad y veinte de servicios continuos o discontinuos a Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital”.

Con resolución 1949 de 1998, el Fondo de Pensiones Públicas le niega el reconocimiento de la pensión, argumentando que en concepto de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D. C. para ser acreedora al derecho de pensión convencional, debió haber cumplido con los dos requisitos de edad y tiempo de servicios estando vinculada a la entidad. Condición esta última que no aparece consignada en ninguna disposición legal y mucho menos en la convención que la cobijaba al momento de su desvinculación. Las normas fueron mal interpretadas y aplicadas erradamente, sustentadas en un concepto simple de algún funcionario de la Alcaldía, causándole un perjuicio irremediable, por cuanto no tiene trabajo en la actualidad, carece de seguridad social, y la que puede obtener es de su propio peculio.

Considera que se le están afectando sus derechos a la vida, a la seguridad social, debido proceso y respeto a los derechos adquiridos.

2. Decisiones que se revisan.

Las instancias niegan la tutela, el considerar que el asunto planteado es de carácter litigioso y no es el constitucional, el juez natural para decidir la controversia presentada por la demandante.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Deberes de justicia y favorabilidad de la administración pública durante el trámite de reconocimiento de una prestación social de tipo económico.

Las controversias acerca del reconocimiento y pago de prestaciones laborales de orden económico constituyen, por regla general, un asunto totalmente ajeno al ámbito de la jurisdic-

ción constitucional en sede de tutela, en virtud de la naturaleza puramente legal de esas pretensiones y la existencia de otras instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios pertinentes para su trámite, salvo en las situaciones que por vía de excepción configuren un perjuicio irremediable, que haga indispensable la adopción en forma urgente, inminente e impostergable de medidas transitorias para la protección del derecho.¹

La Corte en pronunciamiento que se destaca², se refirió al tema en los siguientes términos:

“La Corte Constitucional ha considerado que la protección del derecho a la seguridad social de las personas no entraña la posibilidad de reconocimiento de los derechos pensionales de las personas por parte del juez de tutela.

La acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva. Sin embargo, cuando se trata de una pensión que aún no ha sido reconocida, el particular tiene derecho a obtener una decisión por parte de la administración con base en su derecho fundamental de petición, sin que ello lo libere de la obligación de cumplir con el trámite legal previsto para el reconocimiento.

En efecto, al Juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, como la de reconocer una pensión, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende. En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación en indicar que “los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aun cuando de estos se predica su carácter legal”.

No obstante lo anterior, considera esta Sala de Revisión, que el presente es un asunto que no puede ser despachado de manera simplista sin hacer referencia a las circunstancias particulares que en él se observan.

En efecto, la entidad accionada interpretó de manera desfavorable a los intereses de la actora, la norma de la convención colectiva que le es aplicable a su caso, introduciendo un elemento que el texto no contemplaba y que se insiste, trajo desventajas y perjuicios a la demandante, quien quedó de manera absoluta e inapelable, despojada de la expectativa de adquirir su pensión de jubilación. Es este un punto que la jurisprudencia de la Corte tiene bien definido de la siguiente manera:

“...considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.”

¹ Ver la Sentencia T-036/97, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

² T-038/97, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

En el caso objeto de controversia, no hay duda de que la interpretación favorable a la trabajadora era la que le permitía obtener su pensión de jubilación sin necesidad de estar vinculada a la entidad en el momento de cumplir el requisito de la edad. La condición que introdujo el Fondo de Pensiones Públicas, basado en un concepto –que no en normas de rango legal ni convencional– de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, no se compadece con los criterios expuestos sobre interpretación y aplicación de las norma laborales, que por demás configuran un mandato imperativo del Constituyente, motivo por el cual ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia.

Con todo, no puede la Corte en este caso, darle curso a la solicitud de la actora para ordenarle al Fondo de Pensiones el reconocimiento de la pensión, por cuanto ya existe una negativa en otorgar dicha prestación. Según lo tiene dispuesto la jurisprudencia, no es posible por medio de la tutela controvertir un acto administrativo revestido de fuerza de legalidad³. Pero teniendo en cuenta la salud de la actora, sus precarias condiciones de vida, y por supuesto derechos fundamentales como la vida y la salud altamente comprometidos, se ordenará al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, revise nuevamente lo relativo al reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora, teniendo en cuenta que las normas que sirvieron de base para adquirir la pensión, no establecen condiciones de permanencia en la entidad, y mal puede la administración recurrir a interpretaciones que además de que no surgen de los textos legales o convencionales, lesionan notablemente derechos fundamentales de los ex trabajadores.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos a la vida y seguridad social de la demandante.

Segundo. **ORDENAR** al Fondo de Pensiones Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C., revise nuevamente lo relativo al reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora, teniendo en cuenta que las normas que sirvieron de base para adquirir la pensión, no establecen condiciones de permanencia en la entidad.

³ T-274 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Tercero. Por Secretaría librese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-809
octubre 19 de 1999

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-
Protección

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-
Autorización previa del funcionario de trabajo

DERECHO AL TRABAJO DE MUJER EMBARAZADA- Despido sin autorización previa
del funcionario de trabajo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-225505

Acción de tutela instaurada por Claudia Marcela Amaya Granados contra la Empresa Pesquera del Mar

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ .

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela interpuesta por Claudia Marcela Amaya Granados contra la Empresa Pesquera del Mar.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La ciudadana Claudia Marcela Amaya Granados instauró acción de tutela en contra de la empresa Pesquera del Mar, para lograr la protección que la Constitución le otorga a la mujer embarazada y a los niños. Los hechos dicen así:

- El 21 de marzo de 1998, la actora firmó contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Pesquera del Mar, con sede en la ciudad de Bucaramanga. En el desarrollo del contrato laboral, quedó embarazada y no obstante lo anterior, la empresa la desvinculó sin contar con la autorización del inspector del trabajo.

- Señala la señora Claudia Marcela Amaya que para esa época contaba con tres (3) meses de embarazo, y la empresa conocía su estado porque así lo había comunicado a su jefe inmediato. Además, fueron varios los cambios que se produjeron a partir del momento en que la empleadora conoció la situación de la demandante, puesto que la cambió del cargo de secretaria de ventas, al cargo más bajo de la empresa, que es el de empacar pescados. En varias ocasiones la dueña de la empresa accionada, le dijo en tonos despectivos “que le agradeciera que la dejaba en el cargo de empacadora por que estaba embarazada, pero que si no le servía, mirara qué hacer”.

El juez de primera instancia recibió la declaración de algunas funcionarias de la empresa demandada, quienes sostuvieron que es costumbre de la empleadora, despedir a las empleadas que se encuentren en estado de embarazo. Solicita la demandante, el amparo a su situación, por cuanto no puede cubrir los gastos que demanda su salud y la asistencia para su hijo.

I. Sentencia objeto de revisión.

El juez de instancia declaró improcedente la presente acción de tutela, con el argumento de que la comunicación del estado de embarazo no era conocida por la empleadora y por ello no puede decirse que el despido se produjo como consecuencia del embarazo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

En el presente caso, la Sala observa que en relación con la orden de garantizar la protección constitucional a la mujer embarazada, el juez en cuestión no siguió la jurisprudencia de la Corte en la materia, en donde se ha precisado que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, entendiéndose por ello que la mujer en estado de gravidez tiene el derecho a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado.

En efecto, mediante sentencia C-470/97 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 239 del C.S.T., modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el sentido de que “carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido”. La Corte, de acuerdo con la anterior jurisprudencia, ha ordenado el reintegro de mujeres despedidas durante el embarazo o durante los tres (3) meses que siguen al parto, sin la autorización del funcionario competente¹.

En el presente caso se advierte que la empleadora conocía el estado de embarazo de la actora, el que había sido comunicado previamente el día 19 de octubre de 1998 a la jefe inmediata, que a su vez es hija de la dueña de la empresa. Es fácil deducir que se sabía de tal situación, por cuanto a partir de ese momento, se iniciaron los actos de hostilidad verbal con motivo del embarazo, el cambio de labores, y finalmente la desvinculación. No se cumplió con el requisito de solicitar permiso al funcionario competente para proceder al despido de la actora, y éste se hizo cuando la demandante estaba en estado embarazo, período amparado por el fuero de maternidad. Una vez sucedido el retiro de la demandante, la oficina del trabajo citó a la representante legal de la empresa, pero ésta no se presentó.

Se observa además, que la actora es cabeza de familia, no tiene otra forma de manutención y sus mínimas condiciones de vida se ven afectadas ante la ausencia de un empleo que le permita

¹ Ver sentencias C-470/97, T-373/98, T-739/98, entre otras.

T-809/99

atender las necesidades de su hijo. Por lo tanto, tal como lo ha fallado la Corte en otras oportunidades, se ordenará la protección solicitada por la demandante.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga.

Segundo. **CONCEDER** la tutela por los derechos a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la ciudadana Claudia Marcela Amaya Granados, por lo tanto, **ORDENAR** a la representante legal de la Empresa Pesquera del Mar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, cancele a la actora el valor de la respectiva indemnización, los salarios y prestaciones que le correspondían por el tiempo laborado hasta el vencimiento de su licencia de maternidad, sino fuere posible el reintegro al mismo cargo que venía desempeñando.

Tercero. **COMUNICAR** la presente sentencia al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-810

octubre 19 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

Esta Corporación ha indicado que la acción de tutela no es el mecanismo judicial por excelencia para el efectivo cobro de acreencias laborales. Sin embargo, esta puede constituirse en el mecanismo apropiado cuando con el no pago oportuno y completo del salario se afectan las condiciones de vida digna, y se atenta contra el mínimo vital del actor y su familia.

DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR- Pago oportuno de salarios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-229091

Acción de tutela instaurada por Moisés Hernando Ayala Daza contra el señor Alcalde municipal de Fonseca (Guajira).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira y por la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

El demandante, señor Moisés Hernando Ayala Daza, se encuentra vinculado al municipio de Fonseca (Guajira), en calidad de Inspector Policía. Al momento de interponer esta tutela el municipio, le adeuda los salarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1998, así como los meses de enero y febrero del presente año. Señala por otra parte que como consecuencia del no pago de sus salarios, se ha visto abocado a incumplir con sus obligaciones personales y familiares, como el pago de arrendamiento,

vestuario, alimentos, etc. Además anota, que tiene actualmente quebrantos de salud, los cuales no ha podido solucionar ante la imposibilidad de realizarse varios exámenes ordenados por los médicos, tal y como lo demuestra en el expediente. Considera violados sus derechos fundamentales al trabajo por el no pago oportuno de sus salarios, a la igualdad, por cuanto que a los empleados de la Secretaría de Obras Públicas del municipio sí les vienen cancelando puntualmente sus salarios; y a la vida en razón a los inconvenientes de salud que padece y a la difícil situación que atraviesa él y su familia. Por lo tanto, solicita se ordene al señor alcalde municipal la cancelación de los salarios adeudados hasta la fecha en que se profiera el fallo de tutela.

2. Decisiones que se revisan.

El Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira negó la tutela. Consideró que el actor cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa por la vía ordinaria o través de la vía ejecutiva laboral para hacer efectiva la protección de sus derechos.

Impugnada la anterior decisión, la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, mediante sentencia del 21 de mayo del presente año, confirmó la decisión del a quo. Consideró efectivamente que el actor tiene otra vía de defensa judicial como es el ejecutivo laboral y tampoco consideró violado el derecho fundamental a la vida, pues su situación no demuestra mayor gravedad.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Reiteración de jurisprudencia. Procedencia excepcional de la tutela para el pago de acreencias laborales.

En reiterada jurisprudencia emanada de esta Corporación,¹ se ha indicado que la acción de tutela no es el mecanismo judicial por excelencia para el efectivo cobro de acreencias laborales. Sin embargo, esta puede constituirse en el mecanismo apropiado cuando, como en el presente caso, con el no pago oportuno y completo del salario se afectan las condiciones de vida digna, y se atenta contra el mínimo vital² del actor y su familia.

Por lo anterior, se ordenará al señor Alcalde del Municipio de Fonseca (Guajira), que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, pague los salarios adeudados al señor del señor Moisés Hernando Ayala Daza. Si no existieren los recursos presupuestales suficientes para su pago, se concederá un plazo de treinta (30) días, para que lleven a cabo los trámites presupuestales necesarios para cancelar lo aquí ordenando.

Finalmente se prevendrá al señor Alcalde del Municipio de Fonseca para que dé cabal cumplimiento a lo señalado en este fallo, so pena de incurrir en desacato, y para que en lo sucesivo no incurra en las actuaciones que dieron origen a la presente acción de tutela.

III. DECISION

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

¹ Cfr. Sentencias T-234, T-264, T-279, T-283, T-288, T-286 y 289 de 1999 entre otras.

² Cfr. sentencias T-259 y T-606 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** los fallos proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira y por la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. En su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos al trabajo y al mínimo vital.

Segundo. **ORDENAR** al señor Alcalde del Municipio de Fonseca (Guajira), que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, pague los salarios adeudados al señor del señor Moisés Hernando Ayala Daza. Si no existieren los recursos presupuestales suficientes par su pago, se concederá un plazo de treinta (30) días, para que lleven a cabo los trámites presupuestales necesarios para cancelar lo aquí ordenando.

Tercero. **PREVENIR** al señor Alcalde del Municipio de Fonseca para que dé cabal cumplimiento a lo señalado en este fallo, so pena de incurrir en desacato, y para que en lo sucesivo no incurra en las actuaciones que dieron origen a la presente acción de tutela.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-811
octubre 19 de 1999

DERECHO DE PETICIÓN EN VÍA GUBERNATIVA- Recursos de reposición
y apelación

DERECHO DE PETICIÓN FRENTE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-
Deber de resolver la solicitud

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-228883

Acción de tutela interpuesta por Mary Correa Giraldo contra los Seguros Sociales, Seccional Urabá.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

I. HECHOS

Los hechos que dieron lugar a la presente tutela se pueden resumir así:

Señala la demandante, Mary Correa Giraldo, que el día 30 de enero de 1996, falleció el padre de su hija, el cual se encontraba vinculado a la Agropecuaria la Argentina y cotizaba al Seguro Social de Antioquia. El 27 de enero de 1997 presentó la accionante solicitud de prestaciones económicas de sobreviviente por muerte del asegurado y en representación de su hija. Mediante resolución del 3 de agosto de 1998 se resuelve negativamente la mencionada solicitud y se le indica los recursos que puede interponer.

Al momento de interponer la tutela habían transcurrido o 4 meses sin que el ISS respondiera su petición, por ello considera violado el derecho constitucional consagrado en el artículo 23 de la Constitución.

2. Decisiones que se revisan.

Las instancias niegan la tutela, al considerar que ha operado el silencio administrativo negativo, por lo cual la actora puede acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Reiteración de jurisprudencia.

La falta de respuesta al recurso de apelación presentado por la actora hace necesario conceder la tutela pues, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, la

inobservancia de los términos para resolver oportunamente los recursos presentados contra los actos administrativos, viola el debido proceso y el derecho de petición¹, en tanto el administrado debe recibir una pronta respuesta al recurso presentado en tiempo. La administración con su proceder compromete los principios de eficacia y celeridad, señalados en el artículo 209 de la C.P. como propios de la función pública.

En este sentido esta Corporación ha repetido² que la autoridad administrativa no puede abstenerse de responder, argumentando el silencio administrativo negativo, pues de hacerlo vulnera el núcleo esencial del derecho de petición, el cual debe originar una respuesta clara, pronta y sustancial con relación a lo solicitado. La Corte ha dicho reiteradamente que el silencio es la principal prueba de la transgresión del derecho fundamental de petición³.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia.

Segundo. **CONCEDER** el derecho de petición y debido proceso a la accionante y ordenar al I.S.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, responda el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 00662 de 13 de agosto de 1998.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

¹ Cfr. sentencias T-294, T-454 de 1997, T-240, T-281, T-291, T-306, T-365 de 1998 y T-344 de 1999.

² Sentencias T-011 de 1998, T-663, T-369, T-069 de 1997, T-148 de 1996, T-213 de 1996, T-241 de 1996, T-700 de 1996.

³ Cfr. Sentencias T-242 de 1993 y T-369 de 1997.

SENTENCIA No. T-812

octubre 19 de 1999

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Inconvenientes presupuestales o trámites internos no deben afectar atención médica/**PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-** Inconvenientes de atención a beneficiarios por trámites internos

Los beneficiarios del sistema de salud, ha dicho la Corte, no deben padecer los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesan las entidades encargadas de prestar el servicio. Los pacientes no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico, por razón de los trámites internos adelantados por las entidades de salud. Estos procedimientos burocráticos deben ser ajenos a la prestación misma del servicio y, por tanto, no deben afectar la protección ofrecida por el Estado en esta materia. Además, ha dicho la jurisprudencia, quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.

DERECHO A LA SALUD- No se pueden oponer períodos mínimos de cotización ante situaciones de urgencia

DERECHO A LA SALUD- Falta de recursos presupuestales no exime a EPS de cumplimiento de obligaciones

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- Responsabilidad en servicio por falta de pago a instituciones que le colaboran

DERECHO A LA SALUD- Transplante de córnea

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente: T-228812

Acción de tutela instaurada por Jorge Eliécer Gutiérrez Osorio contra el ISS, Seccional Manizales.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales, dentro de la acción de tutela promovida por Jorge Eliécer Gutiérrez Osotio, contra el ISS Seccional Manizales.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Relata el accionante que desde el año de 1998 se encuentra afiliado al ISS. Durante el mes de octubre de 1998 solicitó su atención debido a la pérdida de la visión en el ojo derecho. En exámenes realizados el 27 de noviembre de 1998 se observó una “úlceras dendrítica que compromete hasta estroma superficial desepitelializada. En esa misma fecha se inicia el tratamiento oftalmológico, con el doctor Marco Aurelio Giraldo, en el Centro de Diagnóstico Oftalmológico. El día 27 de marzo de 1999 el mismo galeno diagnostica “la reactivación de la úlcera, adelgazamiento de la córnea”, que tiene como consecuencia la no recuperación de la visión en el ojo derecho, y por ende requiere: “Tratamiento de carácter urgente, transplante de córnea para evitar una perforación”.

Para esa misma época el ISS expide una solicitud de cirugía, denominada Keratoplastia, para la cual es imprescindible la consecución de una córnea, que tiene un valor de \$ 450.000 y puede conseguirse en la Cruz Roja de Medellín. El ISS se niega a pagar la córnea, argumentando que ésta la deberá aportar el paciente, y luego el ISS le reembolsa el costo de dicho órgano. Después de muchas insistencias, el 26 de abril de 1999 se logró que el ISS solicitara al Centro de Diagnóstico Oftalmológico aportar la córnea, que posteriormente el ISS le reponía el costo. Dicha entidad negó la petición por encontrarse el Seguro en mora con ese organismo.

Debido a la negligencia del Seguro, el accionante lleva más de 5 meses captando solo penumbras por el ojo derecho. Como consecuencia nefasta de lo anterior, lo despidieron del trabajo como jornalero en una finca de particulares, y se encuentra en condiciones “paupérrimas”. No tiene para vivir y mucho menos para costearse el tratamiento de la córnea.

2. Decisión que se revisa.

Advirtió la sentencia de única instancia, proferida por el juzgado tercero laboral del Circuito de Manizales, que era necesario negar la tutela, por cuanto fue legítima la actitud del ISS en no prestar los servicios médicos al señor Jorge Eliécer Gutiérrez Osorio, por no cumplir las semanas de cotización requeridas por la ley.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Los beneficiarios del sistema de salud, ha dicho la Corte, no deben padecer los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesan las entidades encargadas de prestar el servicio. Los pacientes no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico, por razón de los trámites internos adelantados por las entidades de salud. Estos procedimientos burocráticos deben ser ajenos a la prestación misma del servicio y, por tanto, no deben afectar la protección ofrecida por el Estado en esta materia.¹ Además, ha dicho la jurisprudencia, quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las

¹ Cfr. sentencia T-428 de 1998.

entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.²

En el presente caso, además de la demora en practicar una operación de carácter urgente, actitud que de suyo ya afectaba los derechos del accionante, el ISS ha vacilado durante un año en las razones que esgrime para no culminar el tratamiento al demandante, como que inicialmente el actor, jornalero en una finca, debía costear el monto de la córnea necesaria para la recuperación de su salud, luego que se requerían 100 semanas de cotización y finalmente que eran 52, aquellas que de todas maneras el actor no cumplía. Actitudes como esa, no se compadecen con los principios de buena fe, que deben presidir dichas relaciones, ni con los postulados constitucionales del Estado Social de Derecho, y se apartan de la jurisprudencia según la cual, “ante situaciones de urgencia, no es posible oponer períodos mínimos de cotización, pues su exigencia violaría los Derechos a la salud y a la vida de las personas que padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de alto costo, necesiten de atención médica y hospitalaria, en forma inmediata. Los periodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios”.³

Igualmente, en reciente sentencia T-366 de 1999⁴, se reiteró que las EPS no pueden sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, so pretexto de no disponer de los recursos presupuestales necesarios para ello, pues la atención de los derechos a la salud y la vida no dan espera y no es justo someter a sus beneficiarios a dilaciones que no les corresponden y que no les son imputables. Se destaca además en este caso, que cuando el beneficiario enfermó acudió al Centro de Diagnóstico Oftalmológico, fue informado de que no se le prestaban los servicios, porque el ISS se encontraba en mora con dicha entidad. Insiste la Corte en que, cuando por esa falta de pago a las instituciones que con él colaboran, se imposibilita el acceso a los servicios de salud, el ISS se hace responsable por la vulneración de los derechos de los afiliados y beneficiarios, y por su falta de cuidado y previsión, deja sin efecto ni vigor cualquier excusa, como las muchas que en este caso intentó dar, para abstenerse de brindar los cuidados y tratamientos que aquellos necesitan.⁵

Se revocará la decisión de instancia y se concederá la protección solicitada, inaplicando la norma que sirvió al ISS para no cubrir la totalidad del tratamiento que el demandante requiere para la recuperación de su salud.

III. DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales y en consecuencia, conceder la protección que merecen los derechos a la salud y a la vida del señor Jorge Eliécer Gutiérrez Osorio.

² Cfr. Sentencias T-428 de 1998, T-059 de 1997 y T-109/99.

³ C-112 de 1998, Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵ T- 469 de 1999.

Segundo. **INAPLICAR** por inconstitucional, para el caso concreto, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, **ORDENAR** al Seguro Social, Seccional Manizales, que en forma inmediata practique al demandante las intervenciones quirúrgicas necesarias y le prodigue los tratamientos indispensables, a juicio de los médicos de la institución, sin condicionar en modo alguno la prestación de tales servicios al pago de dinero.

Tercero. El Seguro Social podrá repetir lo que desembolse por concepto de este Fallo, en contra de la Subcuenta de Enfermedades Catastróficas o Ruinosas del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-813

octubre 19 de 1999

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Suministro de medicamentos sin cumplir período mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida

DERECHO A LA VIDA- Suministro de medicamentos sin cumplir período mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida

SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Repetición de EPS por sobrecostos

En la medida en que las empresas promotoras de salud ocupan el lugar del Estado en la prestación del servicio público de salud, son ellas quienes deben asumir los costos de los tratamientos excluidos o sometidos a períodos mínimos de cotización y les asiste, en consecuencia, el derecho de repetir los sobrecostos en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud, buscando la atención inmediata del paciente y evitando generarle más trámites y demoras a la atención de su salud que puedan poner en peligro su vida.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-228880

Acción de tutela instaurada por Jorge Hernán Valencia Giraldo contra el ISS, Seccional Manizales.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ .

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales dentro de la acción de tutela instaurada por Jorge Hernán Valencia Giraldo contra la Seccional del ISS en Manizales.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Afirma el demandante que padece el virus del sida, y por ello se le deben realizar algunos exámenes y suministrar la droga necesaria para controlar su enfermedad. El ISS, seccional de Manizales, le exige haber aportado las cien semanas que legalmente se requieren para el cubrimiento total de dichas enfermedades, catalogadas como catastróficas o ruinosas. Destaca el actor que ha aportado de manera continua durante 42 semanas, y no puede costearse las drogas recetadas por su alto valor en el mercado. Solicita que se le protejan sus derechos a la salud y a la vida.

2. Sentencia objeto de revisión.

La sentencia de instancia niega la tutela al considerar que el ISS ha sido diligente en la atención del demandante y por consiguiente no ha existido violación de ningún derecho constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Reiteración de la jurisprudencia de la Corte sobre los períodos mínimos de cotización en las enfermedades catastróficas.

El accionante interpone acción de tutela contra la Entidad Promotora de Salud a la cual está afiliado hace 42 semanas, para que ésta le suministre los medicamentos necesarios para combatir la enfermedad que padece. En consecuencia, esta Sala de revisión deberá reiterar su jurisprudencia en torno al alcance constitucional de la reglamentación legal que regula la entrega de medicamentos prescritos para las enfermedades de alto costo.

La Corte Constitucional ha seguido una línea jurisprudencial constante en materia de atención por las E.P.S. de enfermedades catastróficas por su alto costo, cuando no se ha completado el número mínimo de semanas de cotización en salud que exigen las normas vigentes (art. 164, Ley 100 de 1993; art. 26, Decreto 1938 de 1994; art. 61, Decreto 806 de 1998).

En un asunto similar al que ahora se examina¹, donde se negaba el suministro de medicamentos a un enfermo de SIDA por no haber cotizado el número de semanas mínimas de cotización, la Corte dijo lo siguiente:

“El Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993, acogiendo los mandatos de su artículo 164, determinó que los tratamientos correspondientes a las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas del nivel IV, como el Sida, corren por cuenta de la E.P.S. respectiva, siempre y cuando el usuario haya completado, como mínimo, cien semanas de cotización al sistema, de las cuales veintiséis deberán haberse hecho en el último año².

¹ Sentencia T-092/99, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

² Artículos 60 y 61.

“Sin embargo, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones de las normas mencionadas, vulnera el derecho constitucional a la salud, en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema cuando: 1.- la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2. ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3. el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie, y 4. el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”³.

“Aparece demostrado en el expediente que el señor Juan Carlos Vergara Oviedo, se encuentra afiliado a la Entidad Promotora de Salud “COOMEVA”, padece del virus del Sida y requiere para el tratamiento de su enfermedad, según prescripción de los médicos tratantes de la E.P.S. “COOMEVA”, medicamentos necesarios para combatir su enfermedad. El Decreto 806 de 1998 dispone que en tanto son medicamentos aptos para el tratamiento de una enfermedad considerada como catastrófica o ruinosa, se encuentran sometidos a un período mínimo de cotización al sistema igual a cien semanas, período que no ha sido completado por el demandante, quien para la fecha de iniciación de la presente acción de tutela había cotizado tan sólo 78 semanas”.

Igualmente, en sentencia más reciente -T-230 de 1999- la Corte sostuvo, que la hermenéutica conforme a la Constitución de las normas que regulan el mínimo de semanas cotizadas para enfermedades como el Sida, ha permitido que esta Corporación elabore dos premisas que buscan ponderar el derecho a la salud en conexión con la vida del paciente que no ha cumplido con la mínima cotización. Esas premisas son:

Un enfermo de SIDA que está afiliado a una E.P.S. y que no ha cotizado las cien semanas, puede ser atendido si sufraga el porcentaje correspondiente a las semanas que aún no ha cotizado. (SU-480 de 1997, T-503 y T-557 de 1998 y, parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998).

Si los medicamentos o el tratamiento se requiere en forma urgente para proteger la vida del paciente y éste no tiene los recursos económicos para pagar, ni siquiera parcialmente los medicamentos recetados, son las empresas promotoras de salud las que deben asumir los costos de los tratamientos excluidos o sometidos a períodos mínimos de cotización y, posteriormente, les guarda el derecho de repetir los sobrecostos en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud. (Sentencias T-328 de 1998, T-236 de 1996, T-114 de 1997, T-607 de 1997, T-125 de 1998, T-060 de 1999 y T-092 de 1999, último inciso del artículo 61 del Decreto 806 de 1998 y Acuerdo 110 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, del Ministerio de Salud).

Ahora bien, aparece demostrado en el expediente que el actor se encuentra afiliado a la Entidad Promotora de Salud, Seguro Social; que padece del virus del VIH y requiere para el

³ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias SU-111 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-480 de 1997, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, y C-112 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Sala Primera de Revisión, sentencias T-370, T-385 y T-419 de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Sala Octava de Revisión, sentencias T-236 y T-328 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

tratamiento de su enfermedad, según prescripción de los médicos tratantes de la E.P.S., medicamentos necesarios para combatir su enfermedad. Igualmente, aparece demostrado que la entidad demandada ha sido diligente en la atención al paciente y ha brindado los cuidados y tratamientos que ha requerido el actor, de acuerdo a las semanas cotizadas y a la clasificación en el Sisben que presenta el demandante.

Sin embargo, es necesario señalar que el actor, según se deduce de la demanda, no ha cotizado el número mínimo de semanas que requiere la ley, y dada su situación económica bastante precaria, ya que se encuentra sin empleo, no puede asumir el porcentaje de los costos que le corresponderían por no cumplir el número de semanas exigido para tener derecho a esos medicamentos .

En consecuencia, es claro para la Corte que el tratamiento que requiere el señor Jorge Hernán Valencia Giraldo para combatir la enfermedad que lo afecta, se encuentra sometido a un período mínimo de cotización al sistema de cien semanas, período que no ha sido completado por el demandante quien para la fecha de formulación de la acción de tutela había cotizado tan solo durante 42 semanas, sin embargo, deben suministrársele los medicamentos que requiera a la mayor brevedad y sin costo adicional alguno, en aras de protegerle sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo anterior, concluye la Sala que deberá revocarse la providencia que se revisa, y en su lugar conceder el amparo solicitado, ordenando a la E.P.S. - Instituto de Seguros Sociales, Seccional Manizales que continúe con la prestación de los servicios médicos al actor, sin necesidad de cobro adicional por el resto de semanas que no ha cotizado. Ello, por cuanto la enfermedad avanza rápidamente y no da espera a que transcurra un año más en el que posiblemente se completarían las 100 semanas.

Finalmente se recuerda, que en la medida en que las empresas promotoras de salud ocupan el lugar del Estado en la prestación del servicio público de salud, (Cfr. SU 819 de 1999 M. P. Dr. Alvaro Tafur Galvis) son ellas quienes deben asumir los costos de los tratamientos excluidos o sometidos a períodos mínimos de cotización y les asiste en consecuencia, el derecho de repetir los sobrecostos en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud, buscando la atención inmediata del paciente y evitando generarle más trámites y demoras a la atención de su salud que puedan poner en peligro su vida. En tal virtud, se le reconocerá al Instituto de Seguros Sociales tal derecho en la parte resolutive de esta providencia.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales. En su lugar, **TUTELAR** los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana del señor Jorge Hernán Valencia Giraldo.

Segundo. **ORDENAR** al Presidente de la Entidad Promotora de Salud, Instituto de Seguros Sociales, Seccional Manizales, continuar con el tratamiento del Sida que requiere el actor, según la prescripción de su médico tratante, en la dosis por éste recomendadas y cuantas veces sea

T-813/99

necesario y sin costo adicional alguno, dadas las condiciones económicas del paciente y la inminencia de los malestares que conlleva dicha enfermedad.

Tercero. El Instituto de Seguros Sociales podrá repetir contra la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud por el porcentaje en semanas que le falten al usuario para el mínimo de las cien semanas y por lo que sobrepase el valor de una droga similar que figure en el listado, en el evento en que la droga recetada no apareciere en el listado oficial de medicamentos.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación contenida en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-814

octubre 19 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia excepcional

VIA DE HECHO- Clases de defectos en la actuación

VIA DE HECHO- Defecto sustantivo

VIA DE HECHO- Defecto fáctico

VIA DE HECHO- Falta de consideración de medio probatorio que determina sentido del fallo

PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ EN ACCION DE

CUMPLIMIENTO- Decisión de inconstitucionalidad sobre condicionamiento normativo de procedencia cuando sea evidente

ADMINISTRACION- Límites a competencia discrecional

La doctrina administrativa enseña que no existen competencias discrecionales por oposición o contradicción con las competencias regladas, pues cuando el legislador otorga una atribución siempre predetermina el margen de la libertad o de la acción de que dispone la administración para ejercerla. En tales circunstancias, aun en los casos en que se asigna una competencia discrecional existen ciertos límites que condicionan el obrar de la administración, v.gr., la competencia, el acatamiento de formas mínimas, la necesidad de proceder por razones objetivas, la razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad de la medida, acorde con la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Es decir, que en estos eventos la administración debe actuar, dentro de parámetros serios, objetivos y razonables, que busquen asegurar la satisfacción de los intereses colectivos, sobre todo cuando se trata de hacer operantes los mecanismos de participación ciudadana, en relación con la adopción de decisiones que puedan afectar los intereses vitales de la comunidad.

CONSULTA POPULAR- Discrecionalidad razonable de administración para promover proyecto que amenace intereses comunitarios vitales

DERECHO DE PARTICIPACION DE TODOS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN- Alcance

CONSULTA POPULAR- Construcción metro ligero para ciudad

VIA DE HECHO POR APLICACION DE NORMA INEXEQUIBLE- Procedencia de tutela

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Vulneración por aplicación de norma declarada inexecutable

DOCTRINA CONSTITUCIONAL- Desconocimiento

VIA DE HECHO EN ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO- Omisión de decreto, práctica y valoración de pruebas

Referencia: Expediente T-216877

Acción de tutela instaurada por Armando Aldana Palau, representante de la Fundación Biodiversidad, contra el Consejo de Estado –Sección Cuarta– y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., octubre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra y Eduardo Cifuentes Muñoz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo adoptado por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca –Sala Disciplinaria– y dentro de la acción de tutela instaurada por Armando Aldana Palau contra el Consejo de Estado –Sección Cuarta– y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

1.1. Armando Aldana Palau, en su condición de representante legal de la Fundación Biodiversidad, manifiesta que el 19 de agosto de 1998 instauró acción de cumplimiento contra el Alcalde de Santiago de Cali ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de que se proferiera contra aquél orden judicial de cumplimiento, para la realización de la consulta popular que ordena el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, antes de la iniciación de la construcción del tren ligero para Cali.

1.2. Mediante auto del 21 de agosto de 1998 la Sección Primera del Tribunal rechazó la demanda, por considerar que ella era improcedente. Contra esta decisión la demandante interpuso recurso de apelación ante el Consejo de Estado; este recurso fue desatado según auto del 25 de septiembre de 1998, originario de la Sección Cuarta de la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, en virtud del cual se revocó en su integridad la providencia recurrida y dispuso la admisión de la demanda.

En cumplimiento de lo ordenado por la mencionada Corporación el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en providencia del 13 de noviembre de 1998, admitió la respectiva demanda.

1.3. En sentencia del 11 de diciembre de 1998 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

1.4. Impugnada la anterior providencia, fue confirmada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante sentencia del 12 de febrero de 1999, prohiendo la argumentación del Tribunal.

1.5. Considera el demandante, que tanto el Tribunal como el Consejo de Estado han incurrido al proferir las sentencias cuestionadas en sendas vía de hecho, en atención a que éstas

desconocen la cosa juzgada que emana de la sentencia C-157/98, que declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 393 de 1997, porque ambas decisiones parten del supuesto, estimado inconstitucional por la Corte, de que el incumplimiento de la norma o del acto administrativo por la autoridad obligada a cumplirlo debe emerger de manera evidente y clara.

2. La pretensión.

Con fundamento en los hechos expuestos, la demandante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a participar en la toma de decisiones que interesan a la comunidad y pide, en consecuencia, que se revoquen las sentencias proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta y, en su lugar, se ordene al Alcalde de Santiago de Cali realizar la consulta popular de que trata el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, previa a la iniciación de la construcción del metro o tren ligero de dicha ciudad.

3. Sentencia objeto de revisión.

Unica instancia.

El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Disciplinaria, mediante sentencia del 13 de abril de 1999, resolvió denegar la tutela impetrada, con fundamento en los siguientes argumentos:

Los fallos impugnados no constituyen vías de hecho, porque en las dos instancias se enfatizó en que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina que han desarrollado el alcance y aplicación de la acción de cumplimiento, hay que diferenciar entre la obligación consagrada en la ley y el cumplimiento de la misma.

Con respecto a la obligación es preciso aclarar que la acción de cumplimiento es una modalidad del proceso ejecutivo; de ello resulta imprescindible que el deber a cargo de la autoridad esté contenido en un título ejecutivo, de modo que la prestación que se pretenda hacer cumplir debe estar claramente determinada, ofrecer certeza y naturalmente ser exigible.

En relación con el incumplimiento de la autoridad, este debe encontrarse plenamente acreditado con los elementos probatorios incorporados al proceso, de tal modo que sin mayor esfuerzo interpretativo el juzgador pueda evidenciar fácilmente si existió o no incumplimiento de la obligación a cargo de la autoridad.

Dentro del trámite de la acción de cumplimiento, se reunieron los elementos probatorios que permitieron determinar que la obligación de efectuar la consulta popular prevista en el art. 33 de la Ley 136 de 1994 no era viable en derecho frente al proyecto de construcción del metro ligero de Cali, ya que frente a la naturaleza de la obra, y las consecuencias que podría generar en cuanto al cambio en el uso del suelo, no le es dado al juez interpretar si este tipo de proyectos reúne los requisitos exigidos por la norma, a fin de determinar si la consulta popular se hace obligatoria o no.

Aunado a lo anterior, al trámite de tutela se allegó el plan de gobierno propuesto por el alcalde elegido en el municipio de Cali, debidamente inscrito en la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el cual ofreció para el desarrollo social y económico la construcción del metro de Cali, así como la reorganización del sistema de transporte masivo.

Siendo dicho documento el presupuesto básico a través del cual se planteó el mandato programático establecido constitucionalmente, según el cual la población votante elige al alcalde

municipal de conformidad con los proyectos plasmados en el plan de gobierno, se tiene que aquéllos ya fueron sometidos a la consulta popular por excelencia, esto es, la elección popular del burgomaestre de Cali.

Por último, en relación con el silencio del Consejo de Estado frente a uno de los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante, la inconstitucionalidad de la decisión de primera instancia, estimó el Consejo Seccional de la Judicatura necesario recordar que no cualquier irregularidad procesal se traduce en una vía de hecho; para que ello suceda, la irregularidad debe ser de tal magnitud que vulnere de manera grave el debido proceso, o por lo menos amenace con causarle un perjuicio inminente al derecho deprecado; lo cual no ocurre frente al reproche formulado, como quiera que la omisión del pronunciamiento no variaba la situación procesal sustancial del actor, ni violentó el debido proceso, pues como se demostró, no existió vía de hecho.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Planteamiento del problema.

Conforme a los hechos y pretensiones de la demanda y la decisión de única instancia, el problema jurídico que plantea el caso en estudio se contrae a determinar si las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negaron las pretensiones de la demanda relativas a la acción de cumplimiento instaurada por la demandante contra el Alcalde de Santiago de Cali constituyen una vía de hecho.

2. Solución al problema planteado.

2.1. En múltiples ocasiones, la Corte Constitucional se ha pronunciado con relación a la inadmisibilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales. Sin embargo, dentro de la ya abultada producción jurisprudencial se ha establecido su procedencia, al ser considerada como un derecho público subjetivo a la jurisdicción¹ en aquéllos casos en que se estructura una vía de hecho, porque de esta manera es posible desarrollar y hacer prevalecer los principios de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 4).

Mediante sentencia T-008/98² se recogió la producción jurisprudencial sobre vías de hecho, en donde la Corte presentó las diversas modalidades en que se da dicha figura. De esta manera, y con relación a las decisiones judiciales la Corte ha considerado la existencia de vías de hecho por defecto sustantivo, defecto fáctico, defecto orgánico y defecto procedimental.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela por existir un defecto sustantivo la Sala ha considerado que se presenta en aquéllos casos en que “la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable”³.

En relación con la viabilidad de la acción de tutela por defecto fáctico la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-442/94⁴ expresó lo siguiente:

“Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convenci-

¹ Sentencia T. 231/94. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 4.

² Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Sentencia 008/98. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica número 4.

⁴ Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

miento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta 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. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”.

“No obstante lo anterior advierte la Sala, que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones”.

Sobre el mismo tema la Sala Plena de la Corte en la sentencia SU-477/97⁴³ reiteró la jurisprudencia antes mencionada, en los siguientes términos:

“C.- La falta de consideración de un medio probatorio que determina el sentido de un fallo, constituye una vía de hecho susceptible de control por vía de tutela”.

“Como la prueba es el fundamento de las decisiones de la justicia, es obvio que su desconocimiento, ya sea por ausencia de apreciación o por manifiesto error en su entendimiento, conduce indefectiblemente a la injusticia judicial”.

“La necesidad de evitar tan funesta consecuencia, violatoria del derecho al debido proceso, ha llevado a la Corte a sostener que los yerros ostensibles en esta delicada materia, pueden remediarse mediante la acción de tutela, siempre y cuando, claro está, los interesados no dispongan de otro medio de defensa judicial”.

“Así, pueden citarse las siguientes jurisprudencias:

1o.- En algunos de los apartes de la sentencia T-576 del diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), magistrado ponente doctor Jorge Arango Mejía, se lee:

“8.- Todos estos antecedentes, y, en especial, el hecho de que el Inspector tomó la decisión en contra de la parte lanzada sin sustento probatorio, conducirán a la Sala a la conclusión de ver aquí una vía de hecho, y a la decisión de tutelar el derecho al debido proceso de Norma Sánchez, aclarando que si bien, en principio, la Corte no puede sustituir al

⁵ Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía

funcionario de policía en la apreciación de las pruebas, cuando hay una transgresión ostensible y grave de los más elementales principios jurídicos probatorios, la Corporación no puede permanecer impasible frente a la violación del derecho al debido proceso, derecho constitucional fundamental según el artículo 29 de la Carta.

“9.- En tal orden de ideas, la Sala, en forma somera, dejará constancia sobre qué entiende por vía de hecho.

“La vía de hecho es una actuación en la que el funcionario público, –como lo es el Inspector de Policía–, procede en abierta contradicción o violación de la ley, como cuando obra prescindiendo de las normas de procedimiento, y, entre ellas, las relativas a las pruebas. En pocas palabras, la vía de hecho supone la arbitrariedad de la administración”

2o. En la sentencia T-329 del veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo, en lo pertinente, se dice:

“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.

“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– plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta”.

2.2. Al desestimar las pretensiones de la demanda de la acción de cumplimiento instaurada por la actora, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca expuso las siguientes argumentaciones:

“De conformidad con la norma transcrita la acción de cumplimiento procede cuando por acción u omisión una autoridad, o un particular cuando ejerza funciones públicas, incumplan o ejecuten actos o hechos, de los que se pueda deducir, inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos”.

“Se deduce entonces de lo expresado en la norma en comentario, que el aspecto central a dilucidar es esta clase de controversias, necesariamente va encaminada a establecer, si la autoridad contra la cual se dirige la acción, incumplió o no el deber legal, cuando del cumplimiento de leyes se trate”.

“Pero a su vez, para que pueda hablarse de incumplimiento de un deber legal, resulta necesario que éste emerja de manera evidente e indiscutible, a simple vista, de la norma”.

(...)

“En términos mas simples, este deber legal, debe emerger a simple vista, con carácter de exigible, por lo que la obligación incumplida no puede estar sujeta a interpretaciones de naturaleza alguna, pues ella le resta claridad y las coloca en situación de duda, frente a su exigibilidad”.

(...)

“En este evento, se pretende el cumplimiento del art. 33 de la Ley 136/94, de cuyo texto deduce la actora, se impone de manera obligatoria, al señor Alcalde de Santiago de Cali, la realización de una consulta popular”.

“Dicha norma expresa: Usos del suelo. Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio”.

“Al sentir de la Sala, de la norma transcrita, no se deduce, a cargo del señor Alcalde Municipal la obligación o deber legal, de realizar una consulta popular, para que la ciudadanía de Cali, exprese sí prefiere o no, la construcción del metro ligero, ello por cuanto para llegar a la situación concreta y particular de la aplicación de la norma, al caso, de la obra en cuestión, necesario resulta que para el mandatario aparezcan establecidos los presupuestos que la norma consagra...”

(...)

“Lo anterior sin contar con la interpretación que pueda dársele a la expresión ‘o de otro tipo’ refiriéndose a los proyectos, lo cual podría significar que se trate de otros proyectos, pero de naturaleza similar, como lo han entendido algunos doctrinantes, caso en el cual, no quedaría comprendido un proyecto masivo de transporte, que finalidades distintas persigue”.

“Presupuestos todos, que para adaptar la norma, a la situación concreta, son precisamente, objeto del mecanismo que contempla la ley para su realización, de allí porque, la misma norma exprese, que ‘se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley’”.

“Si examinamos el trámite propio de una consulta popular que regula la Ley 134 de 1994, nos encontramos con el artículo 53, que a la letra dice:

Concepto previo para la realización de una consulta popular.- En la consulta popular de carácter nacional, el texto que se someterá a la decisión del pueblo, acompañado de una justificación de la consulta y de un informe sobre la fecha de su realización, será enviado por el Presidente de la República al Senado para que, dentro de los 20 días siguientes, emita concepto favorable por decisión mayoritaria de sus miembros el Senado podrá prorrogar este plazo en 10 días mas”.

“El gobernador o el alcalde solicitará a la Asamblea al Concejo o a la Junta Administradora Local un concepto sobre la conveniencia de la consulta de carácter departamental, municipal o local en los mismos términos y con los mismos requisitos de la consulta nacional. Si este fuere desfavorable el gobernador o el alcalde no podrá convocar la consulta. El texto de la consulta se remitirá al Tribunal Contencioso Administrativo competente para que se pronuncie dentro de los 15 días siguientes sobre su constitucionalidad”.

“Como se aprecia de la norma transcrita, se deduce que es obligatorio un concepto previo del Concejo Municipal, para la realización de la consulta popular. A juicio de la Sala es a esta entidad a la que corresponde analizar si la realización de un determinado proyecto municipal, genera las transformaciones a que alude la ley y por ende que se requiere la consulta”.

“De lo dicho hasta aquí colígese que habrá de negarse la acción de cumplimiento impetrada, pues de la norma de cuyo cumplimiento se invoca no resulta de manera inminente, el cumplimiento de lo pretendido”.

“Como quiera que no se accederá a la acción de cumplimiento por no derivarse una obligación con carácter de exigible de la norma invocada, no se hará pronunciamiento alguno respecto de las tachas propuestas, puesto que las pruebas contra las que se dirige no tienen influencia alguna en esta decisión”.

- Por su parte, el Consejo de Estado, confirmó el fallo impugnado, aunque adujo algunas razones distintas a las aludidas por el Tribunal de primera instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

No es factible por vía de la acción de cumplimiento pretender la exigibilidad de la consulta popular a que se refiere el art. 33 de la Ley 136/94, porque este segmento normativo es susceptible de ser interpretado de manera diversa; es decir, por un lado, se puede interpretar afirmando que la consulta popular a que se refiere la citada disposición es de carácter obligatorio tal y como lo propone el demandante, y de otra parte la consulta necesaria es facultativa por encontrarse condicionada a la evaluación que se haga sobre la alteración o modificación del uso del suelo, conforme lo predica la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali.

“Al respecto ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación al señalar, que a través de la acción de cumplimiento lo que se pretende hacer es efectivo el acatamiento del ordenamiento jurídico, por parte de las autoridades competentes y que para lograr tal objetivo se requiere que tal ordenamiento consagre de manera clara determinada obligación para la administración, lo cual excluye que a través de la acción de cumplimiento se puedan promover interpretaciones respecto a la existencia de una obligación, pues la finalidad es exigir el cumplimiento de las existentes, y no provocar, vía interpretación, la consagración de obligaciones”.

“Lo anterior, porque el ejercicio de la acción debe partir del supuesto, inequívoco, de que el ordenamiento jurídico imponga determinada obligación a la autoridad administrativa, lo cual se traduce en un deber que debió cumplir y no cumplió, deber que es el supuesto necesario para la procedibilidad de la acción de cumplimiento”.

“De otro lado cabe anotar que yerra el *a quo* que no es el alcalde municipal la autoridad competente para llevar a cabo una consulta popular, pues si bien es cierto, que el Concejo Municipal es el encargado de rendir un concepto sobre la conveniencia o no de la misma...”

2.3. El inciso final del art. 2 de la Ley 393 de 1997, estatuto que desarrolló la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, estableció lo siguiente:

“En todo caso, la interpretación del no cumplimiento, por parte del juez o tribunal que conozca del asunto, será restrictiva y sólo procederá cuando el mismo sea evidente”.

Mediante sentencia C- 157/98⁶ esta Corporación declaró inexecutable dicha disposición, con los siguientes argumentos:

“Esta norma, en su inciso final, en cuanto establece como regla básica que la interpretación del no cumplimiento, por parte del juez o tribunal que conozca del asunto, será restrictiva y sólo procederá cuando el mismo es evidente, se considera inconstitucional por limitar el ejercicio de la acción de cumplimiento, al señalarle a la autoridad judicial la manera como debe juzgar si existió o no la renuencia de la autoridad a cumplir la ley o el acto administrativo”.

⁶ Magistrados Ponentes Dres. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

“Como antes quedó expresado, el artículo 87 de la Constitución consagra el derecho procesal abstracto de toda persona para acudir ante el juez en demanda del efectivo cumplimiento de una ley o un acto administrativo, que es omitido por la autoridad o el particular investido de funciones públicas a quienes compete su ejecución o realización. Es de observar, que en este caso el particular se asimila a la autoridad, en cuanto tiene potestad de mando y puede en consecuencia expedir actos que obligan a las personas y exigir que esto se cumplan”.

“Es condición para la prosperidad de la acción, determinar que existe un deber u obligación que la referida autoridad debe cumplir, bien se origine éste de la propia ley o de la aplicación concreta de ésta, plasmada en un acto administrativo. Significa esto, que el aspecto central de la controversia necesariamente va a versar sobre el extremo de si la autoridad contra la cual se dirige la demanda incumplió o no el referido deber. Por lo tanto, la apreciación y evaluación sobre si existió o no el incumplimiento, mediante el análisis probatorio correspondiente y el ámbito y alcance de las obligaciones que se imponen a la autoridad, compete exclusivamente al juez dentro del ámbito de la autonomía e independencia funcionales de que está investido conforme a la Constitución, razón por la cual no le es permitido al legislador ingerir en una cuestión que es propia de la actividad de juzgar que corresponde al juez y que debe ejercer con completa autonomía e independencia (artículo 228 de la C.P.)”.

“Avalar la norma en referencia implicaría ni más ni menos que el legislador mediante el señalamiento de unas reglas que condicionan el ejercicio de la labor o actividad de juzgamiento, invadiera la órbita de tales atribuciones que les corresponde a los jueces, lo cual está vedado conforme a la preceptiva del numeral uno del artículo 136 de la Constitución que prohíbe al Congreso y a cada una de sus Cámaras ‘inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes en asuntos de competencia privativa de otras autoridades”.

“Igualmente la norma acusada en cuanto impone la anotada restricción al juez, condiciona y limita la actividad de juzgamiento de éste hasta el punto de que al analizar la situación de incumplimiento de la autoridad desatienda el principio de la prevalencia del derecho sustancial que adquiere especial relevancia constitucional por la necesidad de garantizar el derecho constitucional que tienen todas las personas a que se cumplan las leyes y los actos administrativos. La observancia estricta de dicho principio demanda que el juez tenga un amplio poder discrecional, aunque no arbitrario, para determinar en cada caso si existió o no el referido incumplimiento, mediante el análisis de la respectiva situación desde el punto de vista fáctico y jurídico”.

“De otra parte, entiende la Sala que el deber de cumplir una norma legal o un acto administrativo no admite gradaciones, esto es, la autoridad cumple o no cumple, y naturalmente, no cumple o incumple a medias; el incumplimiento es algo que debe ser apreciado dentro de la autonomía e independencia del juez para juzgar en el caso concreto. De este modo, no aparecen legítimos ni razonables los condicionamientos que se imponen a la actividad de juzgamiento, en el sentido de que la interpretación del incumplimiento deba ser estricta y que, además, éste resulte evidente”.

“La interpretación que el legislador hace de los textos constitucionales, únicamente, como es obvio, se reduce al campo de la propia legislación; por consiguiente, no puede invadir el

ámbito propio de la regla diseñada por el Constituyente. En estas circunstancias, no es admisible que el legislador haya establecido unos condicionamientos, que no se deducen del texto constitucional y que indudablemente restringen el ejercicio de la acción de cumplimiento y la autonomía de juzgamiento del juez”.

2.4. Sentadas las anteriores premisas procede la Sala a analizar si las referidas decisiones son constitutivas de una vía de hecho, como lo alega la parte actora. En tal virtud, razona de la siguiente manera:

a) Del texto del artículo 33 de la Ley 136/94 la Sala deduce la obligatoriedad de la realización de una consulta popular, cuando se trate de cualquier proyecto que amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio.

Corresponde al alcalde, en los términos del art. 53 de la Ley 134/94, Estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana, impulsar el procedimiento administrativo tendiente a hacer operativa la consulta, cuando se den las circunstancias antes mencionadas.

Si bien la referida autoridad goza de cierta discrecionalidad para promover la consulta, solicitando al Concejo Municipal su concepto previo, sobre la conveniencia de ésta, ello no puede interpretarse como sinónimo de la autorización de un proceder que quede al mero arbitrio administrativo y ajeno a todo tipo de consideración seria y objetiva de la respectiva situación.

La doctrina administrativa enseña que no existen competencias discrecionales por oposición o contradicción con las competencias regladas, pues cuando el legislador otorga una atribución siempre predetermina el margen de la libertad o de la acción de que dispone la administración para ejercerla. En tales circunstancias, aun en los casos en que se asigna una competencia discrecional existen ciertos límites que condicionan el obrar de la administración, v.gr., la competencia, el acatamiento de formas mínimas, la necesidad de proceder por razones objetivas, la razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad de la medida, acorde con la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Es decir, que en estos eventos la administración debe actuar, dentro de parámetros serios, objetivos y razonables, que busquen asegurar la satisfacción de los intereses colectivos, sobre todo cuando se trata de hacer operantes los mecanismos de participación ciudadana, en relación con la adopción de decisiones que puedan afectar los intereses vitales de la comunidad, como sería el caso de la construcción de un metro para la ciudad.

Realmente, cuando la norma en referencia impone la necesidad de la consulta para proyectos que amenazan intereses comunitarios vitales, el espacio de actuación de la administración conlleva cierta discrecionalidad razonable, en la medida en que la amenaza, en la situación descrita, supone la eventualidad inminente o probable de que ocurra un daño o perjuicio cierto a los referidos intereses comunitarios.

Uno de los fines del Estado Social de Derecho, es el derecho fundamental que tienen los ciudadanos a la participación no solamente política, sino en todas las decisiones que los afecten, como se desprende de la preceptiva de los arts. 2, 40-2, 79, 103 y 270 de la Constitución, entre otros.

Sobre el contenido y alcance del mencionado derecho se pronunció la Corte en la sentencia C-180/94⁷ en la cual se dijo:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los

⁷ Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo”.

“El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional”.

“No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual”.

“La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho”.

“En la democracia participativa el pueblo no sólo elige sus representantes, por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes ha elegido”.

“En síntesis: la participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social”.

b) Al proceso de la acción de cumplimiento se incorporó como prueba la sentencia del Consejo de Estado que confirmó la acción de cumplimiento, en la cual se reproduce en lo esencial el testimonio del Ingeniero Rodrigo Camacho Godoy, sobre los efectos o implicaciones que en el uso del suelo, en el ambiente y para la comunidad representa la construcción del metro ligero para la ciudad de Santiago de Cali.

Ni en el fallo del Tribunal ni en el fallo del Consejo de Estado se hace una valoración de la prueba mencionada, que les permitiera a estas Corporaciones deducir la obligación para el alcalde de dicha ciudad de promover la consulta popular, previa a la realización del proyecto del metro ligero de Cali, pues para ellas el aspecto probatorio en estos procesos no es relevante. En efecto, el Tribunal dijo que las pruebas arrojadas al proceso de la acción de cumplimiento “no tienen influencia alguna en esta decisión” y el Consejo de Estado por su parte, si bien mencionó el aludido testimonio en los antecedentes no hizo ninguna valoración del mismo.

La razón por la cual tanto el Tribunal como el Consejo ignoraron las mencionadas pruebas indudablemente estriba en la interpretación que estas Corporaciones tienen en cuanto a la

procedencia de la acción de cumplimiento, porque en diferentes apartes de sus sentencias se afirma rotundamente que el deber incumplido debe emerger directamente de la norma. Es decir, que de ésta debe desprenderse una especie de título ejecutivo, configurado por una obligación clara, expresa y actualmente exigible, descartándose por consiguiente toda posibilidad de interpretación sobre el incumplimiento de la norma por la autoridad demandada, con arreglo a los métodos tradicionalmente admitidos, y con sustento a las pruebas que oportuna y regularmente aporten las partes o las que oficiosamente está en la obligación de decretar y practicar el juez de conocimiento.

Considera la Sala, en consecuencia, que se estructura la vía de hecho por defecto fáctico, porque ni el Tribunal ni el Consejo al decidir sobre las pretensiones de la acción de cumplimiento, valoraron la prueba antes referenciada, y omitieron decretar y practicar las pruebas conducentes y tendientes a establecer la existencia o no del incumplimiento de la autoridad demandada.

c) Igualmente la Sala estima que se estructura la vía de hecho por defecto sustantivo, porque tanto el Tribunal como el Consejo de Estado se rebelaron contra el valor de la cosa juzgada que emana de la sentencia C-157/97 al hacer una interpretación restrictiva del art. 87 de la Constitución, que fue desestimada por la Corte al juzgar la constitucionalidad de la mencionada disposición, con lo cual aquéllos revivieron una norma que había desaparecido del ordenamiento jurídico.

El inciso primero del artículo 243 de la Carta establece en forma expresa que los fallos dictados en ejercicio del control constitucional atribuido a la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Esta característica comporta la producción de efectos jurídicos, en cuanto su obligatoriedad, generalidad, y oponibilidad a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna⁸.

El valor de la cosa juzgada implica que ninguna norma que haya sido retirada del ordenamiento jurídico por decisión de la Corte, podrá ser revivida mediante su reproducción, mientras subsistan las causas que dieron origen a la declaratoria de su inexecutable, ni mucho menos aplicada por los distintos operadores jurídicos en los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión.

Considera la Sala que las razones que se aducen en las providencias cuestionadas contradicen de manera ostensible tanto la cosa juzgada, como la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-157/98, pues la Corte al declarar inexecutable el inciso segundo del art. 2 de la Ley 393/97, según el cual la interpretación por el juez del no cumplimiento de la norma por la autoridad debía ser restrictiva y aparecer evidente el incumplimiento consideró, por el contrario, que éste debía ser deducido razonablemente por el juez con base en el análisis de la norma y de las pruebas incorporadas al proceso.

Igualmente, dichas Corporaciones desconocieron el valor de la doctrina constitucional de la Corte en cuanto al sentido y alcance interpretativo de la referida norma constitucional.

Es más, con dicha conducta el Tribunal y el Consejo contrariando la decisión del intérprete autorizado de la Constitución introdujeron al texto del art. 87 una regla que no fue diseñada por

⁸ Sentencia 600/98. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

el Constituyente, restringiendo de este modo la posibilidad que tienen las personas de acceder a la justicia a través de la acción de cumplimiento.

d) La apreciación por el juez del deber omitido en cuanto al efectivo cumplimiento por las autoridades de una ley o un acto administrativo, que es la base para la materialización del mecanismo de protección constitucional que se instituye a través de la acción de cumplimiento, no puede consistir simplemente en la constatación formal, mecánica y exegética por aquél de la existencia de la obligación, con los atributos propios del título ejecutivo.

La necesidad de hacer efectivos y reales los mecanismos constitucionales de protección de los derechos demanda un activismo judicial más dinámico orientado a obtener la eficacia de éstos, para que de este modo dejen de ser meras proclamaciones para traducirse en realidades concretas. En tales circunstancias, el análisis judicial acerca del incumplimiento de la autoridad de una ley o un acto administrativo implica la necesidad de acudir a formas más flexibles y depuradas de argumentación e interpretación del derecho que traduzcan la justicia material que emanan de los principios, valores, derechos y deberes constitucionales.

3. En conclusión, según las consideraciones para la Sala no existe duda que en las sentencias censuradas por la vía de la tutela se incurrió en una vía de hecho, en razón de la omisión en el decreto, práctica y valoración de la prueba y el desconocimiento por las autoridades judiciales que las profirieron de la cosa juzgada y de la doctrina constitucional de la Corte. En tal virtud, se revocará la decisión de única instancia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y, en su lugar, se concederá la tutela de los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia, se invalidarán las decisiones contenidas en dichas sentencias y se dispondrá que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca vuelva a fallar la demanda contentiva de la acción de cumplimiento instaurada por la parte actora, teniendo en cuenta la prueba antes mencionada, las demás que existan en el expediente, las que en forma oficiosa deberá decretar y practicar para establecer el incumplimiento alegado, el valor de la cosa juzgada originada en la sentencia C-157/98, y el acatamiento de la doctrina constitucional que en ella aparece contenida en relación con la valoración judicial del incumplimiento por la autoridad de una ley o de un acto administrativo.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Disciplinaria, mediante sentencia del 13 de abril de 1999, y en su lugar conceder la tutela impetrada por violación a los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Segundo. **INVALIDAR** las decisiones del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y del Consejo de Estado proferidas el 11 de diciembre de 1998 y 12 de febrero de 1999.

Tercero. **ORDENAR** al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que vuelva a fallar la demanda contentiva de la acción de cumplimiento instaurada por la parte actora, observando lo dispuesto en el punto 3 de este proveído.

T-814/99

Cuarto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-820
octubre 21 de 1999

DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACION PRELIMINAR- Observancia y respeto en relación con imputado conocido

DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACION PRELIMINAR- Vulneración por mantener reserva y diligencias practicadas a imputado conocido que hace imposible ejercicio real de derechos/ **ACCION DE TUTELA**- Improcedencia cuando pese a no comunicarse iniciación no se evidencia vulneración real y efectiva de derechos.

JUEZ DE TUTELA- No puede suplir al juez ordinario en valoración de pruebas estando proceso penal en curso

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DEL PARTICULAR- Delito autónomo

LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO- Defensa de persona al margen de la ley no hace por sí sola la actividad ilícita

No se puede admitir que, según la entidad del delito de que se trate, principios como el de la dignidad, derechos como el del debido proceso y el de la defensa, y libertades como la de escoger y ejercer profesión u oficio, se restrinjan o hagan nugatorios. El que un médico o un abogado preste sus servicios a una persona que esté al margen de la ley o se presume que lo está, no hace por sí sola su actividad ilícita. Una es la actividad del sujeto que se asiste y otra, muy distinta, la de quien, en ejercicio de su profesión, le presta sus servicios para suplir sus necesidades.

Referencia: Expediente T- 244.412

Actor: Fernando Landazábal Bernal en contra de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá.

Procedencia: Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria-.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRANSIERRA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Fernando Landazábal Bernal en contra de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

En la Fiscalía regional cursa en contra del doctor Landazábal Bernal, investigación penal por el delito de enriquecimiento ilícito de particular. Investigación en la que, a la fecha de la presentación de la acción de tutela, se había calificado el mérito del sumario y dictado resolución de acusación en su contra, decisión ésta que se encuentra surtiendo el recuso de apelación ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Sala especial de descongestión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

2. Los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y la razón de la violación.

2.1. Afirma el actor que la acción penal en su contra no tiene otro fundamento, que la celebración de contratos de asesoría que como abogado ha suscrito con la oficina del Dr. Vladimir Illich Mosquera, situada en la ciudad de Cali, en desarrollo de los cuales elaboró conceptos y absolvió consultas para los clientes de aquél.

2.2. A finales del año de 1992, en desarrollo de uno de esos contratos, atendió consultas relacionadas con las políticas de sometimiento a la justicia y su implicación en el caso de Miguel Rodríguez Orejuela, así como la extensión de la amnistía tributaria que tendría efectos para 1993. Consultas que le fueron canceladas con cheques de las cuentas pertenecientes a las empresas fachada del cartel de Cali, hecho que originó la investigación penal por la que hoy se encuentra privado de la libertad. La razón: el ingreso a su patrimonio de *dineros provenientes del llamado cartel de Cali* (página 12 de la resolución de acusación que obra a folio 68 del expediente de tutela).

2.3. Dice el actor que la fiscalía no puede considerar que él ha incurrido en el delito de enriquecimiento ilícito de particular, por cuanto los dineros que recibió por parte de Miguel Rodríguez Orejuela, lo fueron para el pago de sus honorarios como profesional del derecho, tal como el mismo Rodríguez Orejuela lo manifestó en las declaraciones rendidas ante la fiscalía, hecho éste que no puede considerarse como una actividad delictiva ni un incremento injustificado de su patrimonio.

Por tal razón, indica que con las decisiones adoptadas por la fiscalía, se *está desconociendo el derecho fundamental que le asiste a ejercer libremente su profesión de abogado*. Al respecto se dice:

“(se) ha trasladado a mi persona las actividades delictivas que se le han imputado a mis clientes, como si éstas fueran parte o la totalidad de mi actividad. La actividad adelantada por mí, que generó esos dineros -honorarios- fue únicamente la actividad profesional como abogado, en mi calidad de asesor, en asuntos completamente lícitos.... La apreciación del doctor Acevedo (fiscal que instruyó el proceso que se sigue en contra del actor) viola el derecho al ejercicio profesional de Abogado, pues considera sin apreciar las pruebas aportadas, testimoniales y documentales, que la actividad fue delictiva. Sobre todo, el Dr. Acevedo no especifica en qué se fundamenta el convencimiento íntimo que tiene para afirmar que la actividad fue delictiva, ni que pruebas o indicios lo llevan a esa conclusión...”

Esta actividad pone a todos los litigantes en el peligro de caer en situaciones como la que se presenta en mi caso, en el que por las meras consideraciones subjetivas del investigador de turno, se limita de manera peligrosa el libre ejercicio de una profesión liberal que el Estado debe amparar y proteger y no violentar como está aconteciendo. Se pone de manifiesto la posibilidad de persecución a la profesión de abogado, que es supremamente peligrosa para un Estado de Derecho... se le puede imputar al cliente o más aún, el delito que comete un cliente sin conocimiento y contacto alguno con la actividad del abogado...."

2.4. Así mismo, considera que el principio de legalidad ha sido desconocido, porque para la fecha en que recibió el pago de sus honorarios, el delito de enriquecimiento ilícito no era considerado como un delito autónomo, configuración ésta que sólo vino a darse por interpretación jurisprudencial después del año 1996, cuando la Corte Constitucional, así lo estatuyó, en la sentencia C-319 del mencionado año.

2.5. Igualmente, el actor afirma que la Fiscalía vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, por cuanto la investigación preliminar que dio origen al proceso penal que se sigue en su contra no le fue notificada, a pesar de estar plenamente identificado e individualizado en ella. Sólo vino a conocer de su existencia a través de los medios de comunicación, cuando ya se había ordenado la práctica de abundante acervo probatorio, hecho que, en términos de la jurisprudencia constitucional, sentencia T-181 de 1999, lesiona gravemente los derechos al debido proceso y a la defensa de los implicados conocidos.

2.6. Finalmente, considera que su derecho a la libertad ha sido desconocido por cuanto el fiscal que instruyó su causa no podía ordenar su captura para resolver su situación jurídica, toda vez que él se presentó voluntariamente ante el funcionario investigador.

3. Lo que se pretende.

Para el restablecimiento de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados, se solicita se *"ordene la suspensión de la acción perturbadora de los derechos fundamentales TUTELANDO, en forma definitiva el Derecho fundamental al ejercicio profesional de Abogado y a la libertad, y en forma transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, el Derecho fundamental al debido proceso y a la Defensa."*

4. Trámite de la acción.

El escrito de tutela fue radicado en junio veintinueve (29) de 1999, ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Disciplinaria, que, por auto de junio treinta (30) de 1999, admitió la acción y ordenó la notificación de la acción al fiscal regional que está instruyendo el proceso penal seguido en contra del doctor Landazábal Bernal; así como la práctica de unas pruebas, entre ellas, la realización de una inspección judicial al proceso penal seguido en contra del actor, el envío de algunas piezas procesales contenidas en éste, así como la declaración juramentada del Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal y el Director Regional de Fiscalías, a efectos de comprobar si el actor se presentó ante estos funcionarios, para ponerse a su disposición en lo relacionado con la investigación preliminar que se seguía en su contra.

Cumplidas las anteriores diligencias, el despacho judicial entró a resolver la acción de tutela.

5. Fallo de primera instancia.

Mediante sentencia del doce (12) de julio de 1999, el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Disciplinaria, denegó la acción de tutela de la referencia.

Después de hacer un recuento de las actuaciones y pruebas aportadas, el juzgador de instancia consideró que:

4.1. La acción de tutela por tener un carácter residual, preventivo y no declarativo, impide al juez constitucional hacer valoraciones probatorias y “complejas definiciones legales” que pese a estar relacionadas con derechos de carácter fundamental, deben ser resueltas por los jueces competentes. Excepto si se llega a demostrar la ausencia de un mecanismo judicial idóneo para lograr la protección de éstos, o la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que haga urgente la intervención del juez de tutela.

4.2. Después de un recuento de la jurisprudencia constitucional en relación con la vía de hecho y la protección del derecho al debido proceso, el despacho se detiene a efectuar un análisis de cada una de las actuaciones surtidas en el caso del actor, para concluir que el trámite que hasta la fecha se le había dado al proceso penal en contra de aquél, se ajustaba a las reglas procesales que el legislador ha fijado para el efecto, no encontrando ninguna irregularidad que haga procedente la acción de tutela.

Primero, porque la investigación preliminar le fue notificada una vez se tuvo certeza sobre su identidad, respetando, para el efecto, todas las garantías fijadas por el legislador. Segundo, porque el actor ha contado con todos los medios para impugnar las diversas decisiones que se han adoptado. Prueba de ello, es que está en trámite el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución de acusación dictada en contra de éste.

4.3. En relación con la presunta transgresión del principio de legalidad, el juzgador establece que el mismo no ha sido objeto desconocimiento alguno, porque para la fecha en que el actor recibió los dineros por los que se le investiga, el delito de enriquecimiento estaba tipificado como tal, en el Decreto 1895 de 1989, y lo que hizo la Corte Constitucional, en la sentencia C-319 de 1996, fue reconocerle el carácter de delito autónomo, razón por la que no se puede argumentar válidamente que la tipificación de ese delito se produjo a partir de la mencionada providencia. Como sustento de esta afirmación, se cita jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4.4. En cuanto a la posible vulneración del derecho a libertad, se dice que el funcionario actuó conforme a las normas del estatuto procesal penal y, en el evento de presentarse violación a este derecho, el mecanismo idóneo para su protección no es la acción de tutela, sino el *habeas corpus*.

4.5. Finalmente, y en relación con la posible vulneración del derecho a ejercer libremente la profesión de abogado, se dice que no existe tal, porque la investigación penal que se adelanta en contra del actor no es por el ejercicio en sí de su actividad como profesional del derecho, sino por el aumento patrimonial que su patrimonio presentó “*con dineros provenientes al parecer del narcotráfico, y que a la fecha no ha justificado.*”

Frente a la solicitud de conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio, no se encontró fundamento alguno para considerar la adopción de tal medida, teniendo en cuenta que no existe ningún derecho fundamental vulnerado.

6. Impugnación.

En su escrito de impugnación, el actor hace énfasis en que el fiscal que está instruyendo la investigación en su contra ha dejado de valorar las pruebas testimoniales y documentales que existen en el expediente, y que fácilmente permiten establecer que los dineros por él recibidos y origen de la investigación en su contra, lo fueron como retribución de sus servicios como

abogado del señor Rodríguez Orejuela. Razón por la que insiste en que el proceso en su contra, es una clara persecución del ejercicio de su profesión.

Igualmente, reitera que existió vulneración de su derecho al debido proceso y a la defensa, por la ausencia de conocimiento de la investigación preliminar seguida en su contra.

7. Sentencia de segunda instancia.

Mediante sentencia de agosto cinco (5) de 1999, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, confirmó la decisión del Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Disciplinaria.

Se afirma que en el caso de la referencia, la acción de tutela era improcedente, por cuanto el actor contó y aún cuenta con mecanismos para hacer valer, dentro del proceso penal que en su contra se sigue, sus derechos fundamentales.

No se puede hacer uso simultáneo de la acción de tutela y de los recursos ordinarios para salvaguardar derechos de rango fundamental. Por tanto, el recurso de apelación que cursa en contra de la resolución de acusación dictada en contra del actor, hace ineficaz la acción de tutela.

En relación con la presunta violación del derecho a la libertad, se consideró que el actor fue capturado con observancia de todas las garantías constitucionales y legales, y que no se le ha prolongado ilegalmente su libertad. Y en caso tal de haberse incurrido en arbitrariedad alguna, era el mecanismo del *habeas corpus*, y no la acción de tutela, el que ha debido ejercerse.

Frente a la supuesta violación de los derechos a la defensa y al debido proceso, se afirma que no existió ésta, pues el actor durante todo el tiempo en que ha estado vinculado al proceso ha contado con las garantías para el adecuado ejercicio de estos derechos. Específicamente, en lo que hace a la vulneración de estos derechos, en la etapa de investigación previa, se dice que el funcionario competente, es decir, quien se encuentra instruyendo el proceso, no encontró fundamento alguno que permitiera concluir que se presentó la vulneración que alega el actor. El juez de tutela, entonces, no se puede convertir en una tercera instancia.

Finalmente, en relación con la violación al libre ejercicio de la profesión que alega el actor, se afirma que el proceso penal que se le sigue, no tiene como fundamento el ejercicio de su profesión de abogado, sino por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

Se dice que, dentro de este contexto no puede afirmarse la existencia de un perjuicio de carácter irremediable.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

La Sala Segunda de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. El asunto objeto de discusión.

Corresponde a esta Sala establecer si, en el trámite del proceso penal que se sigue en contra del actor, el instructor ha incurrido en violación alguna de sus derechos fundamentales que hagan procedente la concesión de la acción de tutela, a efectos de lograr el restablecimiento de derechos fundamentales tales como el del debido proceso, el de defensa y el de la libertad que se dicen vulnerados. En especial, por la falta de notificación, en tiempo, de la investigación preliminar.

Igualmente, ha de estudiarse la supuesta vulneración de su derecho a ejercer libremente la profesión de abogado.

3. La garantía de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción en la etapa de investigación preliminar.

En relación con este tema, esta misma Sala, en un fallo reciente estableció:

*“Ha sido criterio unánime de esta Corporación el señalar que en la etapa de investigación preliminar es esencial la observancia y respeto de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción de los **imputados conocidos** (sentencias C-150; C-412 de 1993 y T-181 de 1999, entre otras). Fase ésta que tiene unas finalidades específicas, tales como los son la de establecer la procedencia de la acción penal; el determinar si los hechos están tipificados como punibles y, en especial, la individualización e identificación de los posibles autores o partícipes del hecho. Si no existe duda sobre estos aspectos, la investigación preliminar no tiene objeto alguno.*

“Jurisprudencia en la que se ha precisado que, si bien esta investigación es anterior a la existencia formal de proceso y no es de obligatorio agotamiento, ello no justifica la negación del derecho a la defensa de los posibles implicados. En especial, porque el recaudo probatorio se convierte en pieza fundamental, en donde el Estado despliega toda su actividad para determinar si es procedente o no el ejercicio del jus punendi, actividad que, por su objeto, tiene un carácter reservado.

“4.2. En esta fase se autoriza la práctica de todas las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos, artículo 323 del Código de Procedimiento, pero específicamente de aquellas que permitan establecer si hay lugar a la acción penal y la identificación de los posibles autores o partícipes. Debe entenderse, entonces, que en aras de respetar el derecho al debido proceso, el acopio del material probatorio en esta etapa debe ser el estrictamente necesario, pues lo lógico es que el recaudo de este acervo se ejerza en la etapa de instrucción, es decir, cuando exista formalmente el proceso penal, en donde se permita a los diversos sujetos procesales ejercer en forma efectiva sus derechos.

“Por tanto, la importancia del derecho que se reconoce en el estatuto de procedimiento penal a todo individuo a ser escuchado en versión libre y a nombrar un defensor que lo asista en todas las diligencias que se practiquen en esta investigación, cuando por algún medio ha tenido conocimiento que en su contra existen imputaciones, pues sólo así deja de ser oponible la reserva que poseen las diligencias que se acopian en esta fase preliminar al proceso penal.

*“Significa lo anterior que para que el derecho a la defensa sea efectivo en todas las etapas del proceso penal, ha de permitirse la participación en ellas a los sujetos implicados, y si bien la investigación preliminar no es obligatoria, ha de ser considerada como una etapa más del proceso cuando hay lugar a su práctica. En este sentido, se ha señalado, por ejemplo, que no puede ser **‘facultativo** del Fiscal notificar la resolución de apertura de la investigación, o escuchar de manera inmediata en versión preliminar a quien la haya solicitado’ (negrilla y subraya fuera de texto) (sentencia T-181 de 1999).*

“La inobservancia de estas reglas, cuyo objeto principal, se insiste, consiste en permitir a los posibles inculcados conocer de las actuaciones que los señalan como autores o partícipes de un hecho punible, implican un desconocimiento de los derechos fundamenta-

les al debido proceso y a la defensa, derechos que sólo pueden ser ejercidos cuando se facilita el acceso y la participación en las diligencias que se lleguen a practicar en esta etapa.” (sentencia T- 790 de 1999).

En el mismo fallo y, en relación con la procedencia de la acción de tutela, por desconocimiento de los derechos a la defensa y contradicción en la etapa preliminar, se señaló lo siguiente:

“Improcedencia de la acción de tutela cuando pese a no comunicarse la iniciación de la investigación preliminar no se evidencia vulneración real y efectiva de los derechos a la defensa y a la contradicción.

“Se ha dicho que mantener en reserva la investigación previa y las diligencias en ella practicadas a los imputados conocidos, se constituye en un desconocimiento de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción de éstos. Por tanto, entre más pronto se comunique la iniciación de ésta, y se les escuche en versión libre, será menor la posibilidad de violación de estos derechos.

“Sin embargo, debe precisarse que lo que configura la transgresión de los mencionados derechos no es la omisión de la notificación, en sí misma considerada, sino la imposibilidad por esa omisión, de ejercer durante esta fase el derecho de defensa y contradicción. En otros términos, es necesario demostrar que la falta de conocimiento sobre la mencionada investigación impidió en forma real el ejercicio de estos derechos.

“En otros términos, es necesario demostrar que existe un perjuicio con la vulneración del derecho que se dice transgredido, porque puede suceder que si bien se presentó la omisión –violación de carácter formal o impropia–, ella, en sí misma, no alcanza a lesionar los intereses del titular del derecho –violación material o propia–. Ello significa que sólo esta última clase de violaciones son las llamadas a ser sancionadas y, por ende, sólo frente a ellas, se deben adoptar las medidas de corrección para lograr el restablecimiento del interés que ha sufrido mengua.

“El legislador ha señalado, según los procesos de que se trate, una serie de reglas que deben ser observadas tanto por las partes como por los funcionarios, formalidades que tienen como fin primordial el garantizar los derechos de cada uno de los sujetos que han de intervenir en él. Por tanto, si no se llega a presentar vulneración del derecho que se pretendía garantizar con el señalamiento de una formalidad determinada, no tiene sentido alguno solicitar el restablecimiento de lo que no ha sufrido menoscabo alguno.

“En consecuencia, no basta demostrar que el funcionario judicial desconoció una regla que el legislador fijó a efectos salvaguardar derechos tales como el debido proceso, la defensa y el derecho de contradicción, sino que su inobservancia desembocó en la vulneración real y efectiva de éstos –violación material o propia–.

“Lo anterior significa que para que pueda afirmarse que en la etapa preliminar de un proceso penal se vulneraron los antedichos derechos, ha de demostrarse cómo se afectaron éstos.

“Es claro que no en todos los casos en que se omite la información sobre la existencia de una investigación preliminar al imputado conocido, se presenta una vulneración material de los derechos a la defensa y a la contradicción, dado que ésta sólo se concretará cuando se impida el ejercicio efectivo de éstos, por ejemplo, negando el derecho a controvertir las pruebas recaudadas con anterioridad a la recepción de la versión libre, impidiendo la solicitud de

nuevas pruebas, negando la procedencia de recursos contra decisiones en firme, pero que no pudieron ser debatidas precisamente por la falta de conocimiento sobre su existencia, etc.

*“ En consecuencia, para que procede la acción de tutela por la omisión a la que se ha venido haciendo referencia, será necesario demostrar i) **la existencia real y efectiva de una lesión de cualesquiera de los derechos que el legislador buscó proteger al hacer obligatoria la notificación de la investigación preliminar a quienes en el curso de ella puedan aparecer como posibles autores o partícipes del hecho investigado** y ii) **que la lesión no se hubiese podido subsanar.**”*

Por tanto, teniendo en cuenta lo especificado en el fallo anterior, debemos examinar cómo se originó la investigación preliminar que condujo a la vinculación del actor al proceso que, en su contra, se sigue como presunto responsable del delito de enriquecimiento ilícito, para determinar si existió violación alguna de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, tal como él lo afirma.

En agosto 20 de 1998, a la Coordinadora de la Unidad de Ley 30 de 1986, le fueron remitidas unas diligencias relacionadas con la recepción de cheques de las cuentas que la fiscalía tenía detectadas como de las “empresas fachadas del cartel de Cali”, por parte del señor Fernando Landazábal. Los mencionados títulos valores, hacían parte de los más de treinta y siete mil, que esa entidad había encontrado en las investigaciones efectuadas en el proceso penal seguido en contra de los hermanos Rodríguez Orejuela. Diligencias que fueron repartidas al Fiscal Regional, Juan Carlos Acevedo Vanegas.

En agosto 21 de 1998, el mencionado funcionario, abre a investigación preliminar y ordena la práctica de un sinnúmero de pruebas, entre las que se destacan las siguientes: 1) Inspección Judicial a la investigación que dio origen a la orden de investigar por separado a los beneficiarios de los distintos títulos valores que fueron girados desde las cuentas de las “empresas fachadas del cartel de Cali”, a efectos de obtener copias auténticas de las tarjetas de apertura de estas cuentas; identidad de los cuenta habientes; originales de los títulos valores, si ello era posible; copias de las diligencias de indagatoria y sentencia anticipada de los hermanos Rodríguez Orejuela. 2) Se decretaron algunas pruebas para establecer la identidad de Fernando Landazábal, su profesión, actividades, relación con los titulares de las cuentas investigadas; copia de su cédula de ciudadanía, etc. Se ordenó, que una vez establecida su identidad, 3) se practicaran algunas pruebas relacionadas con su patrimonio.

En octubre 16 de 1998, después de la práctica de algunas de las pruebas reseñadas anteriormente, se ordena oír en versión libre al doctor Fernando Landazábal Bernal. Para el efecto, se fijó fecha y hora. Diligencia de la que vino a tener conocimiento el actor, a través de un medio radial, el mismo día en que se iba a practicar ésta. La razón, no fue posible para el notificador ubicar la dirección del actor. En consecuencia, se fijó nueva fecha y hora para la práctica de esta diligencia, la que fue conocida directamente por aquél, por cuanto se le notificó personalmente en las instalaciones de la Fiscalía, el mismo día en que se enteró de su primera citación.

En octubre 22 de 1999, se oye en versión libre al doctor Landazábal.

Según el actor, la fiscalía siempre conoció su identidad, razón por la que ésta ha debido vincularlo desde el inicio mismo de la investigación preliminar. A esta conclusión llega por dos razones. La primera, por una publicación que efectuó la revista Semana, en agosto 3 de 1998, en donde expresamente se hace referencia a su nombre, como beneficiario de dineros del cartel

y, se hace expresa mención a su identidad como hijo del General Landazábal (fallecido). La segunda, su lazo de consanguinidad con el mencionado general, pero, específicamente, porque después de la mencionada publicación, se presentó ante las oficinas de funcionarios tales como el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal y el propio Director de Fiscalías, para ponerse a disposición de éstos, si así lo requerían.

Estas razones que si bien son ciertas, no desvirtúan el hecho que, de las diligencias remitidas al fiscal instructor, la identidad del actor no era clara. La mencionada publicación no existía en las diligencias remitidas ni orden alguna de los funcionarios nombrados con anterioridad, de donde se desprendiese que el Fernando Landazábal de los títulos valores, fuese el actor. El instructor sólo contaba con las fotocopias de seis títulos valores y la orden de investigar al beneficiario de éstos. Obsérvese como la mayor parte de las pruebas que se decretaron, apuntaban a lograr, precisamente, la individualización de quien respondía al nombre de Fernando Landazábal. Una vez se tuvo claridad sobre la misma, se le recibió versión libre al actor, momento a partir del cual, éste empezó a contar con todos los medios para ejercer en debida forma su derecho a la defensa.

No existe ningún elemento en el expediente que permita deducir a esta Sala, que los derechos fundamentales del actor hubiesen sufrido mengua alguna, en razón de las diligencias practicadas en el lapso anterior a su vinculación a la investigación preliminar.

4. En relación con la supuesta violación del derecho a libertad del actor, se debe decir lo siguiente:

En **octubre 23 de 1998**, la representante del Ministerio Público solicita se vincule al actor mediante indagatoria, y se libre orden de captura para el efecto. En **octubre 29 de 1998**, se lo oye en indagatoria. En **noviembre 6 de 1998**, se le resuelve la situación jurídica, dictándosele medida de aseguramiento de detención preventiva. Se le niega la libertad provisional. En **noviembre 20 de 1998**, se le deniega la solicitud de sustitución de la medida de detención preventiva por la de detención domiciliaria. En **abril 8 de 1999**, la Unidad Delegada ante el Tribunal Nacional, resuelve desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto en contra de las dos providencias reseñadas anteriormente. En **abril 22 de 1999**, se presentan los alegatos de conclusión. En **mayo 14 de 1999**, se profiere resolución de acusación en contra del actor, y se ordena mantenerlo privado de la libertad. En **junio 15 de 1999**, se resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra esta última providencia. En **junio 21 de 1999**, se presenta el recurso de apelación contra la providencia de mayo 14, recurso éste que se encuentra en trámite.

Como puede observarse, desde que el actor rindió su indagatoria, el fiscal instructor con fundamento en las normas del estatuto procesal penal ha dictado, dentro de su competencia, las medidas que ha considerado pertinentes, en especial, aquellas que tocan con la libertad del actor. Medidas que, dentro del mismo proceso, han podido ser controvertidas, en especial, por medio del control de legalidad que señala el artículo 414 A del Código de Procedimiento Penal, del que no existe prueba sobre su ejercicio.

En todo caso, no se evidencia ninguna transgresión de este preciado derecho, pues si bien se dice que el fiscal no tenía competencia para ordenar la detención del actor después de la recepción de la indagatoria, por cuanto éste se presentó voluntariamente a rendirla, hecho del que no existe prueba, como tampoco sobre sí para esa fecha se había dictado orden de captura -artículo 375 del C.P.P.-, también lo es que al resolverse la situación jurídica, se ordenó su detención preventiva y, en la resolución de acusación, ésta se mantuvo.

La existencia de estas resoluciones, hace, en principio, improcedente cualquier pronunciamiento del juez constitucional sobre la violación de este derecho, pronunciamiento que, en todo caso, sólo puede ser efectuado por los funcionarios que están instruyendo el proceso que se sigue en contra del actor, en los términos de la sentencia C-301 de 1993.

Por tanto, tampoco por este aspecto, procede la solicitud de amparo.

5. La presupuesta vulneración del derecho a ejercer libremente la profesión de abogado y del principio de legalidad.

5.1. Afirma el actor que el proceso que actualmente se sigue en su contra, vulnera su derecho a ejercer en forma libre su profesión de abogado ¿Por qué? Sencillamente porque se le sindicó de haber incrementado en forma injustificada su patrimonio con dineros provenientes del narcotráfico. La razón, el haber recibido cheques girados a su nombre, de cuentas que han sido detectadas por la justicia como pertenecientes al denominado “Cartel de Cali”.

Los mencionados títulos, dice el actor, no tenían otro objeto que el pago de los honorarios por los conceptos que ha emitido en relación con las políticas de sometimiento a la justicia y la aplicación de otras leyes que podrían beneficiar a los jefes de la mencionada organización, razón por la que no puede sindicársele de ser presunto autor del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, pues los dineros por él recibidos tienen una causa lícita: *el ejercicio de la profesión de abogado*. Delito que, en todo caso, sólo vino a definirse como delito autónomo en 1996, después de la sentencia C-319 de 1996, dictada por esta Corporación. Es decir, años después de haber recibido los mencionados dineros.

5.2. Esta Sala ha de advertir que no puede, estando un proceso penal en curso y so pretexto de amparar los derechos que el actor alega como vulnerados, valorar el material probatorio en él existente, para adoptar decisiones que son del resorte exclusivo de otros funcionarios judiciales diversos al juez constitucional. Concretamente, no puede entrar a suplir a la fiscalía ni al juez penal a quien le pueda corresponder su juzgamiento, llegado el caso de que se confirme la resolución de acusación proferida, la que se encuentra surtiendo el recurso de apelación, y decidir si el procesamiento en su contra tiene fundamento o no.

5.3. La solicitud que hace el actor, implicaría para el juez constitucional, asumir el papel del fiscal que está instruyendo el proceso en su contra, para determinar si de las pruebas allegadas, resulta aceptable la justificación que él ha esgrimido en relación con los dineros recibidos, y si los mismos provienen ciertamente de su actividad como profesional del derecho, y decidir, entonces, sobre la procedencia o no de la acción penal que cursa en su contra. Esta labor no es propia del juez de tutela. Sobre este punto se ha dicho:

“... en aplicación de los principios de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a las decisiones de los funcionarios judiciales, artículos 228 y 230, los jueces de tutela no pueden entrar a controvertir la valoración probatoria que se ha hecho en un determinado proceso (*sentencias T-329 de 1996, SU 087 y T-199 de 1999, auto 026 A de 1998, entre otros*), razón que hace improcedente cualquier solicitud que tenga como fundamento el desacuerdo que se tenga con la valoración que se hubiese efectuado...” (sentencia T-790 de 1999).

5.4. Recuérdese que el delito por el que se investiga al actor es el de enriquecimiento ilícito de particular, cuyos presupuestos fueron definidos por esta Corporación, en la sentencia C-319 de 1996, así:

“El enriquecimiento ilícito de particulares guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: En primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no solo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de “actividades delictivas”; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico.”

Por tanto, es claro que no puede esta Sala de Revisión entrar a establecer si los mencionados presupuestos se dan en el caso del actor, porque esa es una labor que compete exclusivamente a la jurisdicción penal.

El proceso que se sigue en contra del actor se encuentra en la etapa instructiva, aún falta la etapa de juzgamiento ante el juez penal, quien, en últimas, determinará si existen los méritos suficientes para proferir condena en su contra, o para decretar su absolución.

5.5 Lo anterior, no obsta para dejar en claro que las políticas punitivas del Estado, no pueden, so pretexto de combatir aquellas conductas que se consideran están causando una mayor lesión al bienestar social, crear discriminaciones entre los sujetos activos de un delito y otro, al punto de desconocerle a unos, según la entidad del delito por ellos cometido, el derecho fundamental a contar con una adecuada defensa, si a quienes pueden ejercer ésta, se les persigue como si hubiesen cometido delito aún más grave que el cometido por el sujeto que agencian.

Por tanto, no puede reprimirse abierta ni soterradamente el ejercicio de derechos que son propios a un Estado liberal, como lo sería, en este caso, no sólo el derecho a la defensa sino el ejercicio de quien pueda prestar ésta de manera idónea, asunto que en ningún caso puede restringirse so pretexto de la gravedad del delito que se investiga o que se juzga, pues ello resulta contrario a los principios esenciales del Estado Democrático.

Dentro de este contexto, no se puede admitir que, según la entidad del delito de que se trate, principios como el de la dignidad, derechos como el del debido proceso y el de la defensa, y libertades como la de escoger y ejercer profesión u oficio, se restrinjan o hagan nugatorios.

El que un médico o un abogado preste sus servicios a una persona que esté al margen de la ley o se presume que lo está, no hace por sí sola su actividad ilícita. Una es la actividad del sujeto que se asiste y otra, muy distinta, la de quien, en ejercicio de su profesión, le presta sus servicios para suplir sus necesidades.

Por las razones expuestas, esta Sala confirmará el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, dentro del proceso de tutela instaurado por el señor Fernando Landazábal Bernal, en contra de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMASE** el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, dentro del proceso de tutela instaurado por el señor Fernando Landazábal Bernal, en contra de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá.

T-820/99

Segundo: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-821

octubre 21 de 1999

ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR APODERADO- Necesidad de poder

ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR APODERADO- Carencia de poder no se suple con otro otorgado para asunto diferente

ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR APODERADO- No puede invocar interés directo para incoarla

DERECHO DE PETICION POR APODERADO- No obtención de respuesta vulnera derecho del representado

FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA- Apoderado no puede invocar interés directo

DOCUMENTO RESERVADO- Improcedencia general de tutela para entrega salvo perjuicio irremediable

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Controversia sobre negativa a entregar documentos señalados como reservados

Referencia: Expediente T-247.944

Acción de tutela presentada por Cecilia Eugenia Mendoza Quintero contra la Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en sesión de la Sala Segunda de Revisión, a los veintiun (21) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre la sentencia proferida el diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Zulia, Norte de Santander, en la tutela instaurada por Cecilia Eugenia Mendoza Quintero contra la Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de la Corte, en auto de fecha 30 de septiembre de 1999, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

LANTECEDENTES

a) Hechos.

La demandante presentó acción de tutela contra la empresa Minercol, por considerar que esta entidad violó su derecho fundamental de petición (art. 23 de la Constitución), pues, el día 20 de mayo de 1999, en su condición de apoderada de Mercedes Monsalve, Ana Agustina Quintero y José Francisco Espejo Quintero, solicitó al representante de la entidad se le expidiera copia de 14 documentos, que detalló en su solicitud.

Señala que la empresa le hizo entrega de los documentos pedidos, salvo 6 de ellos, pues la entidad, al analizar el contenido de los artículos 260, 290 y 292 del decreto ley 2655 de 1988, Código de Minas, consideró que ellos tienen carácter reservado. En lo pertinente, dijo:

“Tales preceptos normativos nos indican que en los contratos mineros opera igualmente la reserva de los documentos que de ellos emanen, mientras estos no hayan sido sometidos a la formalidad de su inscripción en el Registro Minero Nacional.

“En este orden de ideas y dado el contenido del texto antes citado, se colige guardar la reserva sobre los documentos técnicos por usted solicitados, pues su no inscripción en el Registro Minero Nacional limita la entrega de la información, que no puede ser transmitida a terceros salvo expresa autorización del beneficiario de un título minero. En consecuencia, no es viable acceder a su petición contenida en los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y octavo.” (folios 7 y 8)

Señala la actora que como esta respuesta le fue suministrada el día 8 de junio de 1999, y el término para resolverla venció el 3 de junio, según el plazo de 10 días estipulado en el artículo 25 de la ley 57 de 1987, se dé aplicación a lo dispuesto en esta norma, es decir que todos los documentos objeto de su petición, le sean entregados, pues se configuró el silencio administrativo positivo.

Pone de presente que en esta acción de tutela actúa en su condición de perjudicada directa del derecho fundamental invocado.

Acompañó copia de la solicitud de documentos, recibida por la entidad el 20 de mayo de 1999; de la respuesta del Gerente Operativo, de fecha 8 de junio de 1999; y, fotocopia de un poder otorgado a la demandante por Mercedes Monsalve, Ana Agustina Quintero y José Francisco Espejo, poder dirigido al Tribunal Administrativo para adelantar un proceso de reparación directa.

b) Actuación procesal.

Admitida la demanda, el juzgado ordenó a la entidad informar si Mercedes Monsalve, Ana Agustina Quintero y José Francisco Espejo son beneficiarios de títulos mineros, y solicitó copia de los documentos relativos a la petición de la demandante.

La apoderada de la entidad informó al juez que las mencionadas personas no han suscrito contrato minero alguno con Minercol, tampoco han presentado solicitud de contratación. Es decir, no son beneficiarios de título minero.

c) Sentencia que se revisa.

En sentencia del 17 de agosto de 1999, el Juzgado Promiscuo Municipal de El Zulia, Norte de Santander, denegó la tutela pedida.

El juzgado consideró que no se vulnera el derecho de petición cuando se da respuesta a lo pedido, así en esa respuesta no se acceda a ello. En el presente caso, se dio respuesta, y se explicaron las razones pertinentes. Esta es la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Además, a la demandante se le otorgó un poder para adelantar un proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa de reparación directa contra Minercol y no para solicitar, ante dicha empresa, documentos amparados con reserva.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Legitimidad de la demandante. Reiteración de jurisprudencia.

En primer lugar, hay que despejar el asunto relacionado con la legitimidad de la demandante en esta tutela.

La actora señala que actúa “*como perjudicada directa*” ante la negativa de la entidad demandada de suministrarle toda la documentación pedida, pues, la información no entregada, argumenta la empresa, tiene carácter reservado. La actora considera que como esta respuesta se le dio el 8 de junio de 1999 y no el día 3 del mismo mes y año, se produjo el silencio administrativo positivo, según el artículo 25 de la Ley 57 de 1987, y nace para ella el derecho a obtener la información por parte de la entidad. El que esto no ocurra, le vulnera el derecho fundamental de petición.

Hay que advertir que no obra en el expediente poder de los interesados para que esta acción tutela sea iniciada por la actora. Existe fotocopia de un poder dirigido al Tribunal Administrativo para que la demandante inicie un proceso de reparación directa.

En consecuencia, para determinar la procedencia de esta acción, deben estudiarse los siguientes asuntos: cuando la tutela se presenta por un apoderado, ¿debe acreditarse el poder respectivo?; ¿el apoderado puede invocar un interés directo para incoar la acción de tutela?; ¿el juez de tutela puede ordenar la entrega de documentos que reposan en una entidad que alega el carácter reservado sobre los mismos?

Para responder estos interrogantes, es pertinente remitirse a la jurisprudencia consolidada de la Corte.

a) Sobre el primer interrogante: cuando la tutela se presenta por un apoderado, ¿debe acreditarse el poder respectivo?, la Corte ha señalado que debe acreditarse el poder, pues se ejerce la acción a título de otro. Son varias las sentencias que se refieren a este asunto. En ellas se ha dicho, también, que a pesar de la informalidad para incoar la acción de tutela, cuando ella se ejerce a título de otro, es necesario contar con el poder para la tutela en concreto.

Resulta pertinente transcribir algunos apartes de la sentencia T-530 de 1993:

*“Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro **a título profesional**, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971).*”

“Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.” (sentencia T-550 de 1993, M.P., doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Como consecuencia de ello, la Corte ha señalado que la carencia de poder para iniciar la acción de tutela, no se suple con la presentación del poder otorgado para un asunto diferente. En la sentencia T-530 de 1998 se dijo:

“2.4. Aunque podría pensarse que su calidad de representante de la parte civil en el proceso penal lo habilitaba para dicho menester, debe desecharse esta idea, en atención a que en el proceso penal el sujeto procesal es la parte civil y no su apoderado; es cierto que éste la representa conforme al poder específico que se le ha conferido; pero éste aun cuando suficiente para la actuación en el proceso penal no lo habilita para ejercitar la acción de tutela.

“Dicho de otra forma, la personería adjetiva de que goza para representar a la parte civil en el penal, en manera alguna lo habilita para la actuación que ha dado lugar a este proceso.” (sentencia T-530 de 1998, M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell).

Estas jurisprudencias se han reiterado, entre otras, en las sentencias T-207 de 1997; T-693 de 1998; T-526 de 1998; T-693 de 1998; T-695 de 1998; T-088 de 1999. Y cuando no ha habido este poder, la tutela se ha declarado improcedente por falta de legitimación activa.

b) Sin embargo, en el presente caso, la actora invoca como propia la violación del derecho fundamental de petición. Debe pues, resolverse la segunda pregunta planteada: ¿el apoderado puede invocar un interés directo para incoar la acción de tutela?

Para responderla, también se acude a la jurisprudencia de la Corte que, cabe anotar, ha sido numerosa, pues en varias ocasiones, los apoderados, como ocurre en el caso bajo estudio, han invocado la vulneración de sus propios derechos para impetrar la acción de tutela. En la sentencia T-674 de 1997, expresamente se dijo que *no puede alegarse vulneración de los propios derechos con base en los de otro*. Y en la sentencia T-575 de 1997, se dijo que *“la calidad de apoderado no genera ipso facto la suplantación del titular del derecho.”*

Señaló, en lo pertinente la sentencia T-674 mencionada:

“Pero además -lo que importa en este proceso- nadie puede alegar como violados sus propios derechos con base en la supuesta vulneración de los derechos de otro u otros, pues de una parte el interés en la defensa corresponde a ellos, y de otra la relación de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, que constituye objeto de la tutela, debe ser directa y no transitiva ni por consecuencia.

“Así, no es válido alegar, como motivo de la solicitud de protección judicial, la causa de la causa, o el encadenamiento infinito entre causas y consecuencias, ya que, de aceptarse ello, se desquiciaría la acción de tutela y desbordaría sus linderos normativos. La violación de los derechos de otro no vale como motivo para solicitar la propia tutela” (sentencia T-674 de 1997, M.P., doctor José Gregorio Hernández G.)

Así mismo, se ha expresado que no obtener respuesta de la administración viola el derecho del representado no del representante, T-207 de 1997. Dice la providencia:

Por lo tanto, los profesionales que obraban no estaban ejerciendo su propio derecho de petición sino concretamente el de sus poderdantes, quienes, por conducto de ellos, deprecaban algo ante la administración. Aplicando las reglas propias de las actuaciones administrativas contempladas en el Código correspondiente, debían por ello acreditar la condición en que obraban.

Es necesario advertir, entonces, que en los casos que se enuncian, los verdaderos titulares del derecho de petición eran los ex trabajadores afectados o interesados en el fondo de la decisión. Ello es así por cuanto, en virtud de un contrato de mandato, los abogados actúan en representación de otros. Cuando éstos acuden ante la administración para formular peticiones o reclamaciones, lo hacen amparados en un poder previa y debidamente otorgado. (sentencia T-207 de 1997, M.P., doctor José Gregorio Hernández G.).

Además de las consideraciones propias de cada uno de los casos mencionados, en los que la Corte estimó que no había legitimación para actuar en la tutela, resulta oportuno resaltar que esta jurisprudencia no es producto de una interpretación meramente formal. Por el contrario, obedece al verdadero reconocimiento de la persona como sujeto de derechos. Surge del entendimiento constitucional de que, salvo las excepciones consagradas en la ley (art. 10 del dcto. 2591 de 1991), sólo le corresponde al propio interesado decidir si frente a lo que puede ser la violación de su derecho fundamental, quiere realizar o no los actos judiciales propios para que cese la vulneración. Sólo a él le corresponde decidir si interpone, por ejemplo, una acción de tutela, bien sea por sí mismo, o le otorga poder a un abogado, o si acude a la Defensoría del Pueblo.

En consecuencia, en el caso concreto, aplicando las anteriores sentencias, la abogada demandante de esta tutela, carecía de legitimación para actuar, y por ello, no puede proceder la acción.

No obstante lo anterior, vale la pena referirse, en forma breve, al tema que llevó a la demandante a proponer esta acción: como la respuesta de la administración fue extemporánea, nace para ella el derecho a obtener que se le suministren los documentos sobre los que la entidad argumentó carácter reservado.

Surge, pues, la última de las preguntas planteadas: ¿el juez de tutela puede ordenar la entrega de documentos que reposan en una entidad que alega el carácter reservado sobre los mismos?

La respuesta general es no, salvo que exista un perjuicio irremediable, perjuicio que el juez analizará en el caso concreto. Y la razón para la improcedencia es que existe otro medio de defensa judicial.

En efecto, el Código Contencioso Administrativo tiene previsto el procedimiento para que, frente a la negativa de la administración de entregar documentos de carácter reservado, el ciudadano pueda controvertir esta decisión. Recuérdese que el artículo 21 de la ley 57 de 1985 señaló que si el interesado insiste en su solicitud, corresponderá al Tribunal Administrativo decidir, en única instancia, sobre ella. En este proceso, el Tribunal determinará si realmente los documentos pedidos tienen el carácter reservado que alega la administración.

Por otra parte, el tema del silencio administrativo positivo, establecido en el artículo 25 de la ley 57 de 1985, como resultado de una respuesta extemporánea de la administración, es de naturaleza meramente legal, ya que desde el punto de vista constitucional, el derecho de petición fue satisfecho.

T-821/99

No sobra advertir que la anterior mención del artículo 25 de la ley 57 de 1985, no puede ser entendida por las partes como una aceptación por parte de la Corte de que la respuesta a la actora fue extemporánea, por haberse producido dentro de los 12 días y no de los 10, que establece la ley 57.

Al respecto, no sobra anotar que la discusión sobre cuál es el término legal para suministrar la respuesta pedida, ha sido objeto de permanente discusión, sobre si se aplica el término de 10 días de la ley 57, o el del artículo 6º del Código Contencioso Administrativo, de 15 días. Al respecto, cabe señalar que esta Corporación ha manifestado, en numerosas sentencias de tutela, que tratándose de peticiones de carácter particular, el término para resolver es el previsto en el artículo 6º del Código mencionado. Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-022, T-076, T-570, todas de 1995; T-204, T-456, T-517, todas de 1996; T-165, T-390, de 1997.

En consecuencia, la tutela presentada por la demandante no prospera por falta de legitimidad de la actora, y porque no ha habido violación de sus propios derechos fundamentales.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de El Zulia, Norte de Santander.

III. DECISION

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

RESUELVE :

CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de El Zulia, Norte de Santander, de fecha diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la acción de tutela presentada por Cecilia Eugenia Mendoza Quintero contra la Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-822

octubre 21 de 1999

SALUD- Protección y objeto

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Objeto

MEDICINA PREPAGADA- Definición y presupuestos básicos

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA- Naturaleza jurídica

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA- Alcance

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA- Connotaciones especiales

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA- Procedencia excepcional de tutela

DERECHO A LA SALUD- Fundamental por conexidad

DERECHO A LA VIDA DIGNA- Alcance

DERECHO A LA VIDA DIGNA- Rehabilitación y manejo de secuelas producidas por enfermedad

Frente a los casos de enfermos cuya patología es muy grave y quizás la recuperación total de su salud sea científica y humanamente imposible, la atención que debe prestárseles para su rehabilitación y manejo de las secuelas producidas por la respectiva enfermedad, demanda un especial cuidado por parte de las entidades a cuyo cargo corra la prestación del servicio de salud, con el fin de otorgar una adecuada satisfacción de las necesidades exigidas para su tratamiento, desde el punto de vista humano y científico y de los medios técnicos al alcance. El enfermo en una situación física de esa naturaleza requiere un tratamiento humanizado y especialmente considerado, a través de atenciones que no se dirijan exclusivamente a resolver sus dolencias físicas sino también a facilitarle una subsistencia tranquila y digna, de lo cual se derive una protección a su vida, salud e integridad personal.

DERECHO A LA SALUD- Relevancia de la participación de la familia para protección y rehabilitación del enfermo

Estar rodeado del afecto que proporciona el ambiente familiar ha demostrado que ayuda a los pacientes a alcanzar resultados mucho más rápidos y sólidos en su recuperación gracias a la confianza y seguridad que ello conlleva, toda vez, que al interesarse los miembros del núcleo familiar y participar del respectivo tratamiento, desarrollan lazos de unión y colaboración que aseguran un amplio respaldo no sólo en lo económico sino en lo afectivo para el enfermo.

EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA- Programa de hospitalización domiciliaria

Referencia: Expediente T-214.893

Acción de Tutela instaurada por Alfonso Cortés Gómez contra la Compañía de Medicina Prepagada COLSANITAS S.A.

Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Santafé de Bogotá D. C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por Alfonso Cortés Gómez contra la Compañía de Medicina Prepagada COLSANITAS S.A.

LANTECEDENTES

1. Hechos

El señor Alfonso Gómez Cortés, en nombre y representación de su esposa, la señora Lucila Milena Chileuitt de Cortés, formuló acción de tutela en contra de la Compañía de Medicina Prepagada COLSANITAS S.A., por estimar vulnerado el derecho a la vida de ella con la suspensión de los servicios médicos de hospitalización-domiciliaria, no obstante estar vigente un contrato familiar de medicina prepagada.

Los hechos que dieron lugar a esa acción de tutela fueron los siguientes:

1.1. La familia Cortés Chileuitt, compuesta por el actor, su esposa e hijos, se encuentra afiliada a la compañía demandada, mediante un contrato familiar de servicios de medicina prepagada Plan Integral No. 1143228-, desde el 1o. de agosto de 1997.

1.2. El 4 de julio de 1998, la señora Lucila Milena Chileuitt de Cortés sufrió un evento cerebro vascular hemorrágico que le ocasionó graves daños neurológicos. Por esa razón, ingresó a la Clínica Reina Sofía de la ciudad de Santafé de Bogotá, en donde fue atendida de urgencia, dado que presentaba un cuadro clínico de “agitación psicomotora, cefálea, deterioro de la conciencia rápidamente progresivo”.

A la paciente se le practicó una Tomografía Axial Computarizada -TAC que demostró un infarto hemorrágico en la arteria cerebral media derecha, así como en la arteria cerebral posterior derecha y fue hospitalizada para realizarle una intervención quirúrgica denominada craneotomía, al igual que el drenaje de un hematoma intercerebral. Su evolución fue estacionaria y permaneció en cuidados intensivos por un coma superficial con estado “vegetativo persistente”. Posteriormente se le realizó una traqueotomía y una gastrostomía (fl. 42).

1.3. COLSANITAS S.A. atendió las situaciones mencionadas y para la recuperación de la paciente la adscribió al programa de hospitalización domiciliaria -PHD.

1.4. El día 4 de febrero de 1999, la familia fue informada telefónicamente acerca de la decisión del comité científico de la sociedad accionada de suspender a la paciente de dicho programa, como se consignó en su hoja de evolución por el médico domiciliario, lo cual, según lo señala

el actor, ocurrió por los altos costos que demandaba el mismo; en consecuencia, cesó la intervención médica y de enfermería por parte de COLSANITAS S.A. y la atención a la paciente se limitó a los cuidados básicos esenciales suministrados por la familia.

1.5. Tal actuación llevó al actor a instaurar la acción de tutela, para la protección del derecho a la vida de su esposa, por cuanto consideró que COLSANITAS S.A. pretendía eludir su responsabilidad contractual, sin justificación alguna, con la suspensión de los servicios de hospitalización domiciliaria.

Motivó dicho señalamiento, el hecho que el demandante observara en su señora la necesidad de unos servicios médicos y paramédicos que la familia no podía asumir desde el punto de vista de la atención especializada ni de los costos, que como se indica en la demanda consisten en: “nutrición parenteral por gastrostomía, traqueotomía, cuidados generales de enfermería de manera permanente, terapia física, respiratoria y del lenguaje y medicamentos”, máxime, si se tiene en cuenta, como lo resalta el actor, que la decisión de suspender el servicio en mención fue adoptada sin practicar a la enferma una valoración neurológica que mostrara una mejoría en su estado mental, poniendo de esta manera en grave riesgo su vida.

Por consiguiente, solicitó al juez de tutela la práctica de una valoración neurológica por parte de Medicina Legal, ya que insistió en que el pago oportuno de las cuotas en un contrato de esta clase le daba derecho a la totalidad de los servicios ofrecidos al pactarlo, en la medida en que el cumplimiento de esos compromisos deben ir más allá de las cláusulas contractuales, por cuanto está de por medio la salud y la vida. De ahí que, haya solicitado conminar a la sociedad accionada a fin de que restablezca los servicios del programa de asistencia médica domiciliaria.

1.6. Posteriormente, como complemento del escrito de tutela, el accionante se refirió a la información publicada en la Revista Bienestar de la Organización Sanitas Internacional, sobre el programa de hospitalización domiciliaria, según el cual dicho programa debe comprender tratamientos adicionales de medicina interna, cirugía general, obstetricia, tratamiento especializado y neurología en pacientes crónicos, lo que en concepto del demandante no ha operado en el caso que plantea, pues la familia ha tenido que asumir costos de enfermería, terapia, medicamentos de la enferma, con una ayuda recibida de la E.P.S. de SANITAS.

2. Pruebas recaudadas y practicadas

2.1. Pruebas aportadas al proceso

En el expediente aparecen, entre otros, los siguientes elementos probatorios:

- Registro civil de matrimonio de los señores Alfonso Cortés Gómez y Lucila Milena Chileuitt (Fl. 19).

- Fotocopia del contrato familiar de servicios de medicina prepagada, Plan Integral No. 1143228 (fl.20-23).

- Historia clínica de la paciente y órdenes médicas (fls. 6-18 y 42). Resumen del programa de hospitalización domiciliaria-PHD (fl.43).

- Certificación expedida por la coordinadora de servicios médicos de COLSANITAS sobre el cubrimiento de los costos de hospitalización en la Clínica Reina Sofía, de la señora Chileuitt, entre el 4 de julio y el 4 de agosto de 1998 (fl. 24).

- Decisión del Comité de COLSANITAS PHD-Programa Hospitalización Domiciliaria, por el cual se ordena suspender el servicio médico domiciliario a la señora Lucila Milena Chileuitt para que se continúe con los cuidados básicos familiares y de terapia respiratoria y física (fl 44).

- Ampliación del escrito de tutela, donde allega ejemplar de la revista “Bienestar”, publicación de la organización SANITAS Internacional, en la cual se trata el tema de la hospitalización domiciliaria y de los beneficios de los cuidados familiares (fls.50-52).

- Video y copia del contrato de prestación de servicios de enfermería (fl. 131).

- Valoración médica de la paciente, practicada por un neurólogo particular en su residencia, para determinar su estado de salud actual (fl. 130) en la cual se establece:

“A solicitud de la familia se evalúa la paciente: Lucila Chileuit de Cortés quien se encuentra en recuperación de cirugía de una Lesión de Tallo Cerebral.

En este momento se encuentra en una clasificación en la escala de coma de Glasgow de 7/15 y de Karnovsky de un 30%. Se halla con cánula de traqueostomía, la cual requiere aspiración de secreciones y cuidado ventilatorio y pulmonar permanente.

Gastrostomía para alimentarla con medición de residuo gástrico, después del suministro de los alimentos por la sonda. No se defiende por sus propios medios necesita de cuidados de la piel, lubricación y cambios de posición cada hora, las 24 horas del día, para evitar (sic) escaras e infecciones dermatológicas.

Durante su proceso de recuperación neurológica se ha presentado convulsiones tónico-clónicas, tipo **Epilepsia Gran mal** que han ameritado cuidados especiales durante las crisis.

La paciente durante este período necesita de cuidados permanentes durante las 24 horas, todos los días con **Terapia Física, Respiratoria, ocupacional y del Lenguaje**.

Se sugiere que un **Médico Rehabilitador y Fisiatra** (sic), dirija el plan de cuidado y tratamiento, bajo los patrones antes mencionados.”.

2.2. Prueba ordenada por la Corte Constitucional.

Con el propósito de allegar a este proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes para la adopción del fallo definitivo, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas, mediante auto del 17 de agosto de 1999, solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses practicar una visita médica a la señora Lucila Milena Chileuit de Cortés, con el fin de que emitiera un concepto técnico acerca de su estado actual de salud, el plan de cuidado y la clase de tratamiento médico, hospitalario, de atención básica, o de cualquier otra índole requerido para su recuperación, así como en relación con la necesidad y urgencia de dicho tratamiento, el nivel de especialidad que exige, el tipo de asistencia personal que debe proporcionarse, y las condiciones que demanda su prestación al igual que los posibles efectos en su salud y vida.

En el concepto médico elaborado por ese Instituto, se hace un recuento de la información disponible en el expediente, relacionada con la historia clínica de la paciente, el programa de hospitalización domiciliaria y el informe presentado por el representante legal de la entidad demandada.

Posteriormente, se expone detalladamente el examen médico practicado a la paciente en visita domiciliaria realizada por los médicos forenses designados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el día 23 de agosto del año en curso.

En dicho examen se determinaron los tratamientos que se le están siguiendo a la enferma, los cuales consisten en la “valoración diaria de lunes a domingo de terapia respiratoria; terapia ocupacional dos veces por semana; terapia física de lunes a sábado y terapia del lenguaje una

vez por semana. Existen además cuidados de enfermería las 24 horas del día. Las valoraciones médicas que se efectúan se hacen esporádicamente, por médicos de la familia, salvo las dos últimas evoluciones, con fechas julio 28 y agosto 17, que fueron realizadas por un médico fisiatra.”. Así mismo, se relacionan los medicamentos que se le están suministrando.

Igualmente, se hace una descripción del entorno físico en el cual se encuentra la paciente, a saber: está “ubicada en una habitación individual de primer piso, acondicionada con cama de tipo hospitalario, con bala de oxígeno, equipo de succión e implementos básicos de enfermería como guantes, pañales, etc. Está en posición semisentada en silla de ruedas, por cuadriparesia, con tubo de traqueostomía permeable conectado a oxígeno permanente, sin signos de infección local, con salida ocasional de secreción mucosida blanquecina; sonda de gastrostomía funcionando, sin signos de infección local; sonda vesical conectada a bolsa recolectora que contiene 900 centímetros cúbicos de orina clara. Además férulas ortopédicas en las porciones distales de las cuatro extremidades”.

Luego se exponen los resultados de los distintos controles efectuados, tales como medición de la tensión arterial, frecuencia cardíaca y respiratoria, condición nutricional y de la piel, peso, un análisis pormenorizado de la cabeza, del tórax, del abdomen, de las extremidades y de orden neurológico.

Según ese último aspecto, la paciente se encuentra en “estado de coma vigil, con apertura ocular espontánea, sin movimientos oculares, sin seguimiento visual ni auditivo, no emisión ni comprensión de lenguaje oral, no contacto con el medio, reflejo corneano presente bilateral, pupilas anisocóricas por miosis pupilar izquierda, reflejo consensual presente disminuido, fondo de ojo sin evidencia de papiledema ni cruces arteriovenosos patológicos, ni exudados retinianos, apertura oral espontánea, reflejo nauseoso presente, hay movimientos reflejos de las extremidades con hiperextensión generalizada; reflejos osteomusculares: clonus en miembro superior izquierdo y reflejo de Babinsky positivo bilateral, reflejo de succión positivo. Respuesta al dolor con retirada.”

Con base en lo anterior, los médicos legistas describen la enfermedad cerebro vascular diagnosticada a la paciente como de aquellas incluidas “dentro del grupo de eventos hemorrágicos con lesión parenquimatosa, por compromiso de los territorios vasculares de las arterias cerebral media y cerebral posterior del hemisferio cerebral derecho”, lo cual le ha ocasionado una “lesión extensa e importante del sistema nervioso central.”. De manera que, concluye que el “estado actual de la paciente es consecuente con el daño neurológico sufrido, y su severo compromiso motor, sensitivo, cognoscitivo y del estado de conciencia son secuelas del mismo”.

Adicionalmente, en concepto de los galenos, las secuelas de la mencionada enfermedad “se encuentran en el período tardío de la evolución natural de la enfermedad, cuyo manejo se basa en la estabilidad hemodinámica, la intervención en rehabilitación y el cuidado general y preventivo de las complicaciones inherentes a su estado y al manejo con los medios terapéuticos invasivos utilizados”. Además, resaltan que “la entidad sufrida por la paciente correspondió a una patología severa con lesiones neurológicas irreversibles, que en el momento se encuentran plenamente establecidas y sin posibilidad de recuperación neurológica significativa, y que eventualmente puede verse modificado hacia el deterioro por eventos fisiopatológicos de diversos orígenes (infecciosos, vasculares, hipertensivos, etc.), cuya aparición no puede pronosticarse.”. Sobre lo anterior advierten que en un estado de coma vigil pueden presentarse ciertas respuestas automáticas como bostezos, gruñidos, expresiones de dolor, entre otras, “que

pueden ser interpretados erróneamente por un observador sin conocimiento, como manifestaciones de interrelación con el medio, dando una falsa expectativa de evolución favorable”.

Ahora bien, concluyen que comoquiera que el estado de dependencia de la paciente es total, “el manejo debe basarse en la estabilización de sus condiciones de salud, la prestación de cuidados de baja complejidad y la vigilancia permanente por personal entrenado para dicha labor (no necesariamente profesionales de la salud), que evite la aparición del ‘síndrome de desacondicionamiento físico. Ya que en la actualidad, la enfermedad se encuentra en una fase estacionaria’ con las secuelas neurológicas establecidas, y sin variación importante de las condiciones físicas en los últimos meses, por lo que consideran que “en el momento no existe una patología aguda que ponga en grave riesgo su vida y que amerite un tratamiento de urgencia”.

Por último, sobre los cuidados básicos necesarios que requiere la paciente manifiestan que “pueden seguirse prestando en su domicilio, contando con el grupo de rehabilitación para el manejo de sus secuelas, grupo que debe incluir como coordinador al médico fisiatra quien debe valorar la paciente por lo menos cada tres meses, dirigir el tratamiento, sugerir los cambios que sean necesarios y atender las inquietudes que puedan surgir dentro del personal de terapias.”. Así mismo, estiman necesario que se lleven a cabo “visitas médicas periódicas rutinarias una vez al mes, para que se valoren las patologías asociadas de la paciente y se establezca el manejo terapéutico de las mismas”. Y, agregan que, en el evento en que se detecte alguna patología que determine un riesgo adicional y que requiera atención médica de urgencias, la paciente debe ser remitida a un hospital para la correspondiente atención hospitalaria.

Las conclusiones presentadas por los médicos designados para esta evaluación, se analizarán más adelante como apoyo para la decisión que adoptará la Sala.

3. Etapa procesal en el trámite de la acción de tutela.

3.1. Intervención en defensa de la entidad accionada.

El representante legal de COLSANITAS S.A. manifestó que esa sociedad ha cumplido con todas las obligaciones contractuales derivadas del contrato familiar de medicina prepagada que tiene con la familia Cortés Chileuitt. Además, preciso que ha existido el propósito de brindar la atención médica requerida por la señora Lucila Milena, habida consideración de la enfermedad y las respectivas secuelas presentadas, sin que se hubiese evidenciado acción u omisión alguna por parte de esa sociedad que pudiese significar la vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

Según su relato, la paciente fue atendida de la siguiente manera: en primer término, en el servicio de urgencias de la Clínica Reina Sofía, cuando presentó el infarto hemorrágico en el cerebro, asumiendo COLSANITAS S.A. todos los costos de los servicios de hospitalización y cirugía, conforme al contrato vigente.

Luego, el tratamiento de dicho accidente cerebrovascular comprendió las fases de emergencia, recuperación y estabilización, correspondiendo, para las dos primeras, una hospitalización que se extendió hasta el 4 de agosto de 1998, fecha en la cual se inició el proceso de rehabilitación a través de diferentes terapias. La última fase del tratamiento determinó el traslado de la paciente al programa de hospitalización domiciliaria-PHD, con intervención médica y terapéutica permanente, con el fin de manejar las secuelas de su patología, casi en su totalidad de tipo motor, para lo cual se continuó el proceso de rehabilitación mediante visitas médicas, servicio de enfermería, fisioterapia, oxigenoterapia y terapias respiratorias, todo lo anterior por cuenta de

COLSANITAS S.A., quedando a cargo de la familia, las drogas o materiales necesarios para continuar con el tratamiento.

Como todo programa, manifiesta el representante de la entidad demandada, el PHD es temporal. A los seis meses del suceso cerebrovascular, la intervención médica y de enfermería dejó de ser necesaria para la paciente, abriéndose paso a los cuidados básicos y mínimos esenciales familiares, como son los cambios de posición en la cama, aseo, traslado al baño y administración de medicamentos, en razón al importante papel que el núcleo familiar tiene en la recuperación de la enferma, pues el afecto que le ofrece contribuye a elevar el estado de ánimo y la moral de la misma.

Así las cosas, aclaró que, por el concepto del comité médico multidisciplinario de COLSANITAS S.A., la señora Lucila Milena Chileuitt de Cortés fue dada de alta del PHD, el 8 de febrero de 1999, continuando COLSANITAS S.A. con el suministro de los servicios de terapias domiciliarias para el manejo de las secuelas de la enfermedad cerebrovascular, como fase terminal.

Por último, concluyó que los costos de los servicios a los cuales hizo alusión el demandante fueron cubiertos por COLSANITAS S.A. en su totalidad y que continuará haciéndolo; así mismo, señaló que no se puso en inminente peligro la vida de la señora Lucila Milena Chileuitt de Cortés, sino, por el contrario, siempre ha existido preocupación por el bienestar de la paciente, sin perjuicio de la seguridad jurídica que la sociedad requiere, conforme a los principios constitucionales y legales que regulan su actividad, para su desarrollo normal, dentro de un orden justo y bajo parámetros jurídicos y financieros que no lesionen sus intereses, ni le impongan obligaciones que no le corresponden.

3.2. Sentencias objeto de revisión.

3.2.1. Primera Instancia - Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta.

La Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 23 de febrero de 1999, denegó el amparo solicitado, por considerar que la Compañía de Medicina Prepagada COLSANITAS S.A. no vulneró o amenazó el derecho a la vida de la señora Lucila Milena Chileuitt de Cortés.

Como fundamento de lo anterior, señaló que la citada señora fue atendida oportunamente por la entidad accionada, con los medios económicos y médicos necesarios para recuperar su estado de salud, en atención a las condiciones particulares del cuadro médico que presentó, al momento del ingreso, lo que, posteriormente, incluyó su adscripción al programa de hospitalización domiciliaria y su retiro por decisión del comité médico de COLSANITAS S.A., por cuanto la paciente únicamente necesitaba de cuidados básicos proporcionables por la familia, así como de terapias físicas y respiratorias; por lo tanto, concluyó que, de la decisión de darle de alta del programa de hospitalización domiciliaria, no puede predicarse violación o amenaza del derecho a la vida, pues provino de profesionales de la salud y, menos aún, si se tiene en cuenta que la entidad accionada manifestó que continuaría prestando los servicios de terapia requerida.

No obstante, el Tribunal advirtió a COLSANITAS S.A. que sus obligaciones en salud para con la paciente son permanentes mientras subsista la necesidad del tratamiento y que en caso de incumplirlas podrá el accionante incoar nuevamente la acción de tutela.

-La impugnación

El actor impugnó la anterior decisión, por considerar que el Tribunal vulneró la igualdad de las partes en el proceso, pues para emitir su fallo se limitó al concepto médico presentado por

COLSANITAS S.A., y omitió ordenar una evaluación imparcial del estado de la paciente a Medicina Legal.

De la misma manera, opinó que, si bien es cierto que el hogar es el principal lugar para lograr la recuperación de su esposa, debiendo asumir los costos que ello implica, como las drogas, el servicio de auxiliar de enfermería las veinticuatro horas del día y de elementos soportes, también lo es que se requiere buen manejo y control de los aparatos y procedimientos que ella necesita y que la familia no está habilitada para prestar, como son el “Oxígeno, el cual fue retirado por COLSANITAS, Traqueostomía y el manejo del Succionador para aspirar las secreciones y evitar problemas pulmonares, sondas vesicales ya que no controla esfínteres. Bomba de alimentación con su sonda de gastrotomía, control de signos vitales (presión, temperatura)”, lo que podría dificultar la recuperación de su señora y poner en riesgo su salud y vida.

Para finalizar, afirmó que no está pidiendo nada diferente de lo establecido en el contrato que tiene con COLSANITAS S.A., en el cual no existen limitaciones. Así mismo, insistió en la práctica de la prueba solicitada, con el fin de dotar de elementos que ilustren al juez de la segunda instancia para decidir y remitió el certificado médico de un profesional de la salud, aunque extemporáneo, el cual reposa en el expediente (fl. 130).

3.2.2. Segunda Instancia -Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de marzo de 1999, confirmó el fallo del *a quo*, pues observó que los razonamientos de la providencia impugnada se ajustaban a una correcta interpretación de las normas constitucionales y legales atinentes a la tutela.

En efecto, manifestó que lo pretendido era restablecer los servicios del programa de asistencia médica domiciliaria por COLSANITAS S.A., sociedad que venía cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios en salud en la modalidad familiar, pues desde el momento de su enfermedad, a la paciente se le prestaron todos los servicios médicos y hospitalarios convenidos para su recuperación, sin incurrir hasta el presente en incumplimientos contractuales que permitieran concluir que se le desamparó poniendo en peligro su vida.

Por consiguiente, estimó que la suspensión del programa de asistencia domiciliaria estuvo conforme con la recomendación otorgada por el comité de especialistas de la compañía accionada, el cual encontró más ventajoso el cuidado y la asistencia de la familia, teniendo en cuenta que su estado de salud no podía mejorar con ningún otro tipo de atención y en el entendido de que la sociedad demandada seguiría suministrando a la paciente los servicios de terapia domiciliarias para el manejo de las secuelas que dejó su enfermedad, por lo que coligió que tampoco podía deducirse una vulneración del derecho a la vida de la paciente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las anteriores providencias proferidas dentro del proceso de tutela de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de fecha 11 de junio de 1999, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de esta Corporación.

2. La materia a examinar.

De los hechos relatados, se deduce un cuestionamiento del actor a la decisión adoptada por la sociedad demandada COLSANITAS S.A., compañía de medicina prepagada, de suspender a su esposa la prestación de ciertos servicios médicos y de hospitalización, poniendo, en su criterio, en grave e inminente peligro su derecho fundamental a la vida, para cuya protección instauró la respectiva acción de tutela.

La empresa accionada justifica su actitud en un estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales acordadas en el contrato familiar, plan integral de medicina prepagada suscrito con la familia Cortés Chileuitt, sin que hubiese existido acción u omisión alguna de su parte que pudiese significar la vulneración de alguno de los derechos fundamentales de la esposa del tutelante.

A primera vista, el asunto expuesto ante la jurisdicción constitucional en esos términos, muestra una discusión relativa a los términos de cumplimiento y alcance de las obligaciones pactadas por las partes y de los derechos exigibles por cada una de ellas, en virtud de un contrato de servicio de salud pactado a través del plan de medicina prepagada. Aunque las controversias de tipo contractual tienen sus propios medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado la procedencia de la acción de tutela, para algunas cuestiones originadas en la ejecución de ese tipo de contrato, cuando con las mismas se amenazan o ponen en peligro los derechos fundamentales de sus usuarios.

Por lo tanto, en la revisión de los fallos de tutela que se propone realizar esta Sala deberá tenerse en cuenta la protección del derecho a la salud de una persona que se encuentra en un estado permanente de coma vigil y de dependencia total, así como la garantía de unas condiciones de vida digna, a través del contrato de medicina prepagada y de la respectiva atención familiar, para lo cual se expresarán unas consideraciones previas sobre las características principales y alcances de ese contrato, su injerencia en la efectividad de los derechos fundamentales de los usuarios del mismo, con el fin de determinar si la actuación desplegada por la compañía COLSANITAS S.A., configura una amenaza del derecho fundamental a la vida de la esposa del actor, que justifique procedencia excepcional de la acción de tutela.

3. Características principales de la prestación del servicio de salud a través de la medicina prepagada

3.1. Los contratos de medicina prepagada en la forma de planes adicionales de salud al sistema general de seguridad social y como resultado del ejercicio de la libertad económica y la prestación de un servicio público esencial.

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución, el Estado debe garantizar a las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, en la forma de un servicio público esencial. Sus presupuestos básicos de orden constitucional están dados en la medida en que con ese derecho se realiza el principio de la dignidad humana y los derechos a la vida, a la igualdad y a la integridad física lo que, en opinión de esta Corte, presenta los siguientes alcances:

“La salud es uno de aquellos derechos que por su carácter inherente a la existencia de todo ser humano se encuentra protegido en nuestro ordenamiento, especialmente en aras de una igualdad real, en las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta. Este derecho busca además, y en forma primordial, el

aseguramiento del derecho fundamental a la vida, por lo que su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del gobierno y del legislador, en procura de su efectiva protección.” (Sentencia T-116 de 1993, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

La prestación del servicio de salud, según lo preceptuado en el artículo 48 y 49 constitucionales y desarrollado mediante la Ley 100 de 1993¹, se efectúa mediante el sistema general de seguridad social en salud, el cual tiene por objeto “...regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. (art. 152, inc. 2). Su organización, dirección y reglamentación corre a cargo del Estado como su prestación directa o a través de terceros.

Los beneficios con que cuentan los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, en tanto configura un servicio público esencial, bien como afiliados cotizantes, o afiliados beneficiarios, o afiliados subsidiados o vinculados al sistema, fueron objeto de una reciente regulación en el Decreto 806 de 1998², con el fin de mantener o recuperar su salud y evitar la disminución de su capacidad económica por razones de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad.

No obstante, los ciudadanos pueden disfrutar de otros beneficios adicionales para proteger su salud, esto es, con Planes Adicionales de Salud - PAS, entendidos como aquel conjunto de beneficios opcionales y voluntarios, financiados con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. Como tipos de PAS están contemplados los planes de atención complementaria en salud, los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud (Decreto 806/98, arts. 17, 18 y 19).

La medicina prepagada, como forma de atención en salud mediante un plan adicional, fue autorizada desde la expedición de la Ley 10 de 1990 cuando se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, bajo un esquema de contratación particular y voluntario, con intervención del Estado (Decretos 1570/93³, 1222/94⁴, el primero de ellos objeto de modificaciones por el Decreto 1486/94⁵)⁶. El artículo 1º del Decreto 1486 de 1994 define a la medicina prepagada, en los siguientes términos:

“El Sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado. No se consideran como entidades de prepago aquellas que se limitan a otorgar descuentos sobre

¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

² “Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”. Los planes de beneficios que allí se establecen son: 1. Plan de atención básica en salud, PAB; 2. Plan obligatorio de salud del régimen contributivo, POS; 3. Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POSS; 4. Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos; 5. Atención inicial de urgencias.

³ “Por el cual se reglamenta la Ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.”

⁴ “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.”

⁵ “Por el cual se reglamenta el Estatuto Orgánico del Sistema de Seguridad Social en Salud en cuanto a la organización y funcionamiento de la Medicina Prepagada, se modifica el Decreto 1570 de 1993 y se dictan otras disposiciones.”

⁶ Ver la Sentencia SU-039/98.

el costo de la utilización de los servicios de salud, que debe ser asumido por parte de un grupo de usuarios”.

Por último, es importante resaltar, como se dijo en la sentencia SU-039 de 1998⁷, que la actividad que se adelanta en la medicina prepagada está fundamentada en dos presupuestos básicos : “1.) el ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro de un marco de libertad de acción limitada, únicamente, por el bien común, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación, sin condicionamientos para su realización en materia de expedición de permisos previos o requisitos no autorizados legalmente y 2.) la prestación de un servicio público, como es el de salud, que ligado a su condición de actividad económica de interés social, está sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, a través de la Superintendencia Nacional de Salud⁸ (C.P., arts. 49, 150-21, 333 y 334)”.

3.2 Naturaleza jurídica del contrato de medicina prepagada. Su interpretación y ejecución bajo los mandatos del principio de la buena fe y la procedencia excepcional de la acción de tutela

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de medicina prepagada y los alcances de las obligaciones allí pactadas, resulta oportuno reiterar la jurisprudencia contenida en la sentencia T-290 de 1998⁹, según la cual:

“Sin lugar a dudas y no obstante que su objeto lo constituye la prestación de un servicio público, nada menos que el de salud, este tipo de relación entre dos particulares es de carácter contractual, lo cual supone que a él le son aplicables las normas pertinentes de los códigos Civil y Mercantil colombianos, especialmente aquella que obliga a las partes ligadas por el contrato, a ejecutarlo atendiendo a los postulados de la buena fe¹⁰. Luego, como en cualquier contrato legalmente celebrado, el de medicina prepagada es una ley para los contratantes que por él se obligan.

Así, deben ellos cumplir con todo lo dispuesto en sus cláusulas y no pueden ser obligados por el otro contratante a hacer lo que en ellas no está expresamente dispuesto. Pero en cuanto se refiere a las exclusiones o no cubrimiento de las denominadas preexistencias, la regla anteriormente señalada se invierte, en vista de que, en principio, el contrato de medicina prepagada se entiende celebrado para la prestación de servicios integrales que, como el adjetivo lo indica, pretenden una cobertura total para la salud del usuario. Entonces, en relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en determinar que se entienden excluidos del objeto contractual, única y exclusivamente aquellos padecimientos del usuario que previa, expresa y taxativamente se encuentren mencionados en las cláusulas de la convención o en sus anexos, cuando sean considerados por los contratantes como preexistencias¹¹ (...).”

De la misma manera, como sucede en la actividad contractual general, la celebración, interpretación y ejecución del contrato de medicina prepagada debe estar sometido a la vigencia del principio de la buena fe, el cual incorpora el valor ético de la confianza mutua¹² para lograr

⁷ Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁸ Ver la Sentencia C-274/96, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

⁹ Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁰ Código Civil, artículo 1602.

certeza y seguridad jurídica en el cumplimiento de los pactos acordados, principio exigible a ambas partes, en los términos que en la sentencia SU-039 de 1998¹³, ya mencionada, esta Corporación resaltó:

“(…) son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en rigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aún cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda de una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que, como ya se dijo, se le reconoce a esta clase de contratación”.

De otra parte, la relación contractual que se produce mediante un contrato de medicina prepagada goza de unas connotaciones especiales, dado el marco jurídico que la gobierna, el cual está conformado por las disposiciones legales que rigen los contratos en general y por los preceptos constitucionales que la subordinan directamente y sus desarrollos legales específicos, en razón a la injerencia que tienen en la prestación del servicio público esencial de salud y la protección de derechos con rango superior como la vida, la salud en conexidad con aquella y con la integridad personal.

Así las cosas, por principio las discusiones que resulten al momento de su ejecución deberán resolverse a través de las vías judiciales ordinarias correspondientes, siempre y cuando éstas garanticen suficiente e idónea protección del interés superior y los derechos fundamentales de los usuarios que allí aparezcan comprometidos; de lo contrario, se hace viable la utilización del amparo constitucional.

Al respecto, esta Corporación en varias oportunidades¹⁴ ha señalado que la acción de tutela resulta procedente para garantizar una protección judicial de los derechos fundamentales de los usuarios de los contratos de medicina prepagada, ante la amenaza o vulneración que pueda recaer sobre los mismos por los actos u omisiones de las sociedades particulares con quienes los suscriben, en razón a que se trata de la prestación del servicio público de salud, respecto de lo cual los usuarios se encuentran en un estado de indefensión (Decreto 2591/91, art. 42) y cuando el medio de defensa judicial no sea idóneo para otorgar efectiva e inmediata protección a esos derechos constitucionales fundamentales objeto de la amenaza o vulneración.

Sobre el particular la Corte también enfatizó lo siguiente:

“Pero los contratos de medicina prepagada, que, según lo visto, tienen por objeto exclusivo la prestación del servicio público de salud, no pueden ser tratados en todos sus aspectos bajo la

¹¹ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-533 de 1996, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en las Sentencias SU-039 de 1998, Sala Plena, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, T-104 y T-105 del mismo año, Sala Séptima de Revisión, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

¹² Ver la Sentencia T-059/97, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

¹⁴ Ver las sentencias T-533/96, T-307/97, T-732/98, entre muchas otras.

misma óptica ni dentro de criterios iguales a los que gobiernan las relaciones puramente patrimoniales, ya que en su ejecución están comprometidos, más allá del conmutativo interés convencional y económico, derechos constitucionales fundamentales como la salud, la integridad personal y en especial la vida humana.

De otro lado, cuando la Corte ha prohiado la procedencia de la acción de tutela en estos casos, aun con efectos definitivos, pese a que las diferencias típicamente contractuales encuentran solución adecuada en los estrados de la justicia civil, así lo ha hecho en consideración a la circunstancia de que -por razón de la materia del contrato, que atañe de modo directo a los derechos fundamentales de mayor entidad- la vía judicial ordinaria no goza de suficiente aptitud para decidir los conflictos que surjan en el plano constitucional, específicamente relativos a la violación o amenaza de tales derechos en el curso de la prestación del servicio.”. (Sentencia T-307 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Es de destacar, de igual manera como se hace en párrafos posteriores pertenecientes a la anterior providencia, la posible intervención del juez de tutela en la ejecución de los contratos de medicina prepagada, en razón del marcado desequilibrio que puede llegar a suscitarse entre las partes contractuales, por virtud de las discusiones que surjan en materia del cumplimiento de las obligaciones contractuales, dado el control que una de ellas, la entidad de medicina prepagada, ejerce sobre la prestación del servicio médico, y la indefensión así como el apremio ante el mismo servicio, que la parte, integrada por los usuarios, puede llegar a presentar dentro del acuerdo.

4. El derecho a la salud y la dignidad humana como objeto específico de protección constitucional y de especial atención por el Estado, la sociedad y la familia

Como reiteradamente lo ha señalado la Corte, el derecho a la salud es de orden prestacional y adquiere la naturaleza de fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal; vida que no debe entenderse exclusivamente en términos de supervivencia de los seres sin connotación alguna, sino, más bien, referenciada a un mínimo de condiciones personales comprendidas en los distintos planos del ser humano, como son el físico, el síquico y el espiritual, bajo la perspectiva del respeto a la dignidad humana frente a cualquier maltrato físico o moral. Al respecto la Corporación manifestó:

“ La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

Por otra parte, el artículo 12 de la Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad”. (Sentencia T-248 de 1998, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Así las cosas, la salud de las personas desde la órbita constitucional, es vista en forma integral, por cuanto con ella se pretende alcanzar un bienestar general y no solamente entendida como una “ausencia de afecciones o enfermedades”¹⁵. Dicho bienestar, respecto de las personas

que presentan una debilidad manifiesta de índole físico o moral, merece una especial atención bajo los principios de igualdad y solidaridad sobre los cuales se encuentra estructurado nuestro Estado social de derecho y que permiten dar cumplimiento al fin estatal de efectividad de los derechos de esas personas, así como a la garantía de la integración social que ellas requieren bajo unas condiciones mínimas de vida con dignidad (C.P., arts. 1º, 2º y 13).

De ahí que, frente a los casos de enfermos cuya patología es muy grave y quizás la recuperación total de su salud sea científica y humanamente imposible, la atención que debe prestárseles para su rehabilitación y manejo de las secuelas producidas por la respectiva enfermedad, demanda un especial cuidado por parte de las entidades a cuyo cargo corra la prestación del servicio de salud, con el fin de otorgar una adecuada satisfacción de las necesidades exigidas para su tratamiento, desde el punto de vista humano y científico y de los medios técnicos al alcance.

El enfermo en una situación física de esa naturaleza requiere un tratamiento humanizado y especialmente considerado, a través de atenciones que no se dirijan exclusivamente a resolver sus dolencias físicas sino también a facilitarle una subsistencia tranquila y digna, de lo cual se derive una protección a su vida, salud e integridad personal.

Como lo establece la Carta Política, en la promoción, protección y recuperación de la salud participan el Estado, a través de sus entidades públicas, las entidades privadas y la sociedad en general. Así mismo, corresponde a toda persona procurarse el cuidado integral de su salud (art. 49), y a la familia, concurrir para la prevención de las enfermedades y la recuperación de la salud de todos sus integrantes, en especial, en el evento de una enfermedad extrema que limite la libertad de decisión personal del paciente sobre los tratamientos médicos, asistenciales, etc. y cuidados necesarios para crear sus propias condiciones de bienestar para su desarrollo vital.

La relevancia de la participación de la familia para la protección y recuperación de la salud de sus miembros ha sido analizada por la Corte de la siguiente forma:

“ No es posible decir entonces, que la familia no está involucrada en el proceso de tratamiento de la enfermedad que sufre uno de sus integrantes; poderosas razones que como hemos visto, se sustentan en la definición del derecho a la salud, en el respeto de la dignidad humana y en el ejercicio del principio de solidaridad, impiden que se eluda la responsabilidad de este organismo social frente a la atención y protección de los enfermos.

En cuanto a la atención de la salud, la Corte ha señalado que se trata de un deber que se predica en primer lugar del aquejado (art. 49 C.P., inc. final). “Subsidiariamente le corresponderá atenderlo a la familia, pero solo cuando hay una palpable indefensión para el enfermo, y, con fundamento en el artículo 5º de la C. P., a falta de ésta, será el Estado y la sociedad quienes acudirán en defensa del impedido”.¹⁶

Cierto es que en principio, la atención y protección de los enfermos son responsabilidades que emanan del principio de autoconservación y se atribuyen en primer término al propio afectado. Si esto no acontece, se esperaría que por su naturaleza estos deberes surgieran de manera espontánea en el seno del núcleo familiar, respaldados siempre en los lazos de afecto

¹⁵ Sentencia T-597/93, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Sentencia T-371.

que unen a sus miembros. Pero de no ser así, y con el propósito de guardar la integridad del ordenamiento jurídico y social, es posible recurrir al poder estatal. La Corte ha dicho que “la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir -dentro del marco institucional-, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud”¹⁷.

Ahora bien, también es de destacar la importancia y éxito en los resultados que para el paciente representa la vinculación de su familia al tratamiento médico y, en especial, a la rehabilitación. En efecto, estar rodeado del afecto que proporciona el ambiente familiar ha demostrado que ayuda a los pacientes a alcanzar resultados mucho más rápidos y sólidos en su recuperación gracias a la confianza y seguridad que ello conlleva, toda vez, que al interesarse los miembros del núcleo familiar y participar del respectivo tratamiento, desarrollan lazos de unión y colaboración que aseguran un amplio respaldo no sólo en lo económico sino en lo afectivo para el enfermo.

Es del caso reiterar lo que al respecto manifestó la Corte en la sentencia antes referida:

“Pero, no puede pensarse que se procura establecer una obligación absoluta y desconsiderada. La asistencia que se predica de la familia respecto de sus miembros enfermos, debe ser establecida de cara a la naturaleza de la enfermedad que se enfrenta y teniendo en cuenta los recursos económicos y logísticos de que se disponga. De este modo, ya sea que se trate de un paciente hospitalizado o de alguien que puede permanecer en su hogar, han de buscarse los medios adecuados para que, junto con la terapia médica convencional, los familiares puedan contribuir al proceso de alivio. Será entonces necesaria la coordinación de esfuerzos para que los particulares cuenten con la asesoría e información necesarias que permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad del enfermo. La familia goza de ciertos derechos por los cuales también ha de velarse. Se trata aquí de una armonización de intereses a los que este Tribunal ya ha hecho referencia:

“En los casos de peligro o afectación de la salud de una persona, [en particular la] mental y psicológica, no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad¹⁸. Es pues, deber del juez constitucional armonizar los intereses en juego y respetar la condición de cada cual”. (Sentencia T-209 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Con base en los criterios expuestos la Sala entra a revisar los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

5. Análisis del caso concreto

5.1. La señora Lucila Milena Chileuitt, el 4 de julio de 1998, sufrió un evento cerebrovascular hemorrágico de las arterias cerebrales media y posterior derechas, que exigió una intervención

¹⁷ Sentencia T-505 de 1992.

¹⁸ Sentencia T-248 de 1998.

quirúrgica en la Clínica Reina Sofía, un postoperatorio en la unidad de cuidados intensivos del mismo centro por espacio de casi un mes y, posteriormente, la inclusión en el Programa de Hospitalización Domiciliaria -PHD de medicina prepagada, del 5 de agosto de 1998 al 8 de febrero de 1999, momento a partir del cual se le han venido proporcionando distintas terapias y valoraciones médicas en su hogar.

Como puede deducirse del material probatorio allegado al proceso, la sociedad accionada, cuando ocurrió el suceso cerebrovascular aludido, ofreció los medios necesarios para su oportuna y adecuada atención. Ello significó el pago de los gastos económicos causados, la disposición de un cuerpo médico especializado, el suministro de los medicamentos requeridos y del tratamiento necesario para recuperar en lo posible la salud de la enferma y mantenerla en condiciones buenas de subsistencia.

La inconformidad que llevó al actor a formular la acción de tutela, con miras a protegerla en su derecho a la vida, consistió en el propósito de mantener a su esposa en el programa de hospitalización domiciliaria, mencionado, al cual fue incluida en la etapa final de su recuperación y por el cual gozó de asistencia médica y de enfermería diaria con apoyo en distintas terapias de rehabilitación.

Lo anterior, pues el actor consideró que, por la situación actual de la esposa, ella requiere nuevamente de atención médica especializada y de una hospitalización domiciliaria, ya que estima que la atención exclusivamente familiar no es suficiente ni adecuada, y que además se hace necesario que la entidad demandada cancele los costos generados por drogas, servicio de auxiliar de enfermería las 24 horas del día y por los elementos soportes que se necesitan para su subsistencia, en el entendido de que el contrato de medicina prepagada tiene un cubrimiento total y, en consecuencia, lo anterior se encuentra incluido dentro de lo pactado.

Las dos instancias de tutela que analizaron la solicitud instaurada por el esposo de la enferma, negaron el respectivo amparo, pues estimaron que la compañía accionada había cumplido con sus compromisos contractuales, otorgando una oportuna y adecuada atención a la enferma y que de su actuación no se derivaba ninguna vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la esposa del actor, por cuanto, el retiro del programa de hospitalización domiciliaria fue recomendado por el comité médico de COLSANITAS S.A., en la medida en que en ese punto la paciente solamente requería cuidados básicos otorgables por la respectiva familia y de terapias físicas y respiratorias, respecto de las cuales se encargaría la entidad demandada.

En su defensa la sociedad demandada sostuvo haber cumplido con sus compromisos contractuales a cabalidad durante las etapas de atención de urgencias, emergencia, recuperación y estabilización por las que atravesó la paciente, así como en la última fase del tratamiento consistente en el Programa de Hospitalización Domiciliaria -PHD, el cual contó con la intervención médica y terapéutica correspondiente para manejar las secuelas dejadas por su patología, a través de visitas médicas, servicio de enfermería, fisioterapia, oxigenoterapia y terapias respiratorias, por cuenta de esa entidad, hasta el momento en que los cuidados básicos familiares se tornaron suficientes, precisando que los costos de esos servicios continuarían a su cargo.

5.2. De la situación descrita la Sala señala lo siguiente:

De un lado, es claro que la prestación del servicio de salud por la sociedad accionada y los requerimientos respecto de la misma por los usuarios están regidos por un contrato de medicina prepagada que se encuentra vigente. Dicho contrato es ley para las partes, las cuales se

encuentran obligadas a lo que en él se haya convenido, no más allá de ello, y debe ejecutarse reafirmando la confianza mutua de las partes, dentro del imperio del principio de la buena fe.

De manera que, no sería viable ordenar a la entidad demandada realizar una serie de actuaciones con cargo al contrato, en el caso que éstas no encontraran justificación real en las necesidades del paciente usuario del mismo ni soporte en el contexto jurídico de la relación contractual que lo rige; lo contrario, sería abusar de la posición de una de las partes en contradicción del dicho principio de la buena fe que rige esa relación contractual.

Es necesario precisar, también, que el mencionado programa de hospitalización domiciliaria presupone el traslado del paciente del centro hospitalario a su hogar, para allí proporcionarle una intervención médica y terapéutica permanente. Ese programa, dentro del contrato de medicina prepagada suscrito entre la entidad accionada y la familia del actor, se encuentra regulado en el literal 2.4.3. del numeral 2 de la Cláusula Tercera, de la siguiente manera:

“Hospitalización domiciliaria: Este servicio será prestado cuando a juicio del médico tratante adscrito a COLSANITAS S.A., y previa autorización de la misma, el usuario pueda ser atendido en su residencia, siendo a cargo de COLSANITAS S.A. las visitas médicas, el servicio de enfermería, el traslado en ambulancia, la oxigenoterapia y las terapias físicas y respiratorias.

Serán por cuenta del usuario las drogas y materiales necesarios para su tratamiento.”

Del anterior texto se destacan dos situaciones esenciales para efectos del caso en estudio: la primera, referida al hecho de que dicho programa se presta de conformidad con el juicio del médico tratante y, la segunda, que los gastos necesarios para ese tratamiento, tales como drogas y materiales necesarios, deben ser asumidos por el usuario.

Pues bien, pasados 6 meses del momento en que se produjo la enfermedad cerebro vascular, la intervención médica y de enfermería que se le suministraba a la paciente dejó de hacerse necesaria en concepto de los médicos tratantes, concretándose la atención de la enferma a unos cuidados mínimos esenciales, asumibles por la familia.

Con base en ello, el comité médico multidisciplinario de COLSANITAS S.A. dio de alta de dicho programa a la señora Chileuitt de Cortés el día 8 de febrero de 1999. La referida entidad se comprometió a seguir suministrando los servicios de terapias domiciliarias requeridos para el manejo de las secuelas como fase final de la enfermedad cerebrovascular sufrida, como en efecto lo está haciendo.

De manera que, fue en virtud de decisiones de profesionales de la medicina que se ordenó la suspensión del programa de hospitalización domiciliaria, unida a la respectiva confirmación de la entidad de medicina prepagada de continuar reconociendo los servicios de terapias domiciliarias requeridos, quedando, en consecuencia, los familiares de la paciente comprometidos con los gastos de drogas y materiales necesarios para el tratamiento de las secuelas de la enfermedad padecida.

5.3. De otro lado, corresponde a la Sala verificar la situación de vulneración en la que se pueden encontrar los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal de la señora Chileuitt de Cortés, por ser estos los derechos fundamentales presumiblemente en juego con la actuación de la sociedad demandada. Y, comoquiera que la discusión trabada mediante la acción de tutela se da frente a la continuación o no de un tratamiento específico, como el que se brinda a través del Programa de Hospitalización Domiciliaria - PHD, sólo es factible resolver este aspecto dentro del ámbito mismo de las necesidades de la paciente.

De ahí que, sea necesario traer a colación la parte final del experticio médico producido por los médicos legistas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se manifiesta, a manera de conclusión, que la situación actual de dicha señora es de normalidad, consecuente con la lesión cerebral sufrida, y no presenta un grave peligro para su vida ni para su salud. En efecto, allí se señala lo siguiente:

“1. [La] Paciente de 46 años con diagnóstico de secuelas neurológicas severas secundarias a evento cerebro vascular hemorrágico, con compromiso extenso de hemisferio derecho, lo cual ha ocasionado un estado permanente de coma vigil y dependencia total, actualmente se encuentra en estado clínico estable sin inminente peligro de su vida, sin más riesgos que los inherentes a su situación originada por su lesión de base.” (Subraya la Sala).

Además, se precisa en el dictamen pericial que la atención que requiere en este momento la enferma, si bien es permanente, es de nivel básico y puede ser suministrada por personal que no requiere las calidades de profesional de la salud, sino debidamente preparado para realizar dicha actividad, a cargo de la familia, teniendo en cuenta que en este punto de la rehabilitación es el afecto el ingrediente determinante de un adecuado tratamiento. Así se indicó:

“2. Por encontrarse con alteración de la conciencia en un estado de coma vigil, que condiciona la dependencia total de la paciente para su autocuidado, se debe suministrar la atención básica y de cuidados rutinarios por terceras personas debidamente entrenadas para tal función, que no necesariamente deben ser profesionales de la salud. Es deber del entorno familiar formar parte activa en el rol del manejo integral y continuo de la paciente, tomando conciencia de su situación actual y del pobre pronóstico a mediano y largo plazo en cuanto a recuperación neurológica de la misma, así como brindar las condiciones de afecto que ningún profesional de la salud ni institución alguna pudieran aportar”.

Más adelante, se establecen las condiciones, requisitos y exigencias del procedimiento terapéutico que requerirá constantemente la paciente, el cual, según lo indican, debe estar dirigido a prevenir las complicaciones que se puedan presentar por las secuelas de su lesión cerebral, y que consisten en lo siguiente:

“3. El manejo terapéutico que requiere en la actualidad la Sra. Lucila Milena Chileuitt de Cortés, debe estar orientado a la prevención de las posibles complicaciones derivadas de sus secuelas, para lo cual debe recibir los aportes de un grupo transdisciplinario, que incluya el manejo por terapeutas ocupacionales físicas, de lenguaje y respiratoria como se brinda en la actualidad, que deben mantener un contacto directo y permanente con los médicos, en procura de alertar sobre cambios significativos que requieran la atención oportuna del mismo. Además debe ser valorada por un especialista en el área de la rehabilitación por lo menos cada tres meses, quien será el encargado de dictar las pautas y modificaciones en el manejo y por un médico general o especialista en enfermedades del adulto, que debe realizar valoración mensual para controlar sus patologías asociadas”.

Por último, los médicos del Instituto aludido, recomiendan mantener a la paciente en su hogar como lugar más apropiado para el manejo terapéutico de su afección, salvo que aparezca una situación nueva que afecte su salud y demande su incorporación en un centro especializado, como se señala enseguida:

“4. El sitio que se estima más indicado para el manejo terapéutico de la paciente en condiciones estables como la actual, es el lugar de residencia, toda vez que se evita el riesgo de exposición a gérmenes contaminantes propios de los medios hospitalarios y se puede brindar

la mayor cantidad de estímulos por parte de su núcleo familiar. Vale la pena anotar que en el momento en que se considere necesario, por la presencia de cambios de deterioro significativo de su salud o enfermedad aguda complicada, que requieran atención médica urgente, la paciente deberá ser trasladada a centros asistenciales para su manejo.”.

Como puede deducirse de lo anterior, la fundamentación del actor al formular la demanda, en el sentido de que por la omisión de la sociedad accionada de atender a su esposa mediante el Programa de Hospitalización Domiciliaria -PHD, le ha vulnerado sus derechos fundamentales y ha configurado un incumplimiento al contrato de medicina prepagada que tienen suscrito, no armoniza con los resultados obtenidos con la prueba pericial ya mencionada, por cuanto se ha demostrado que, aun cuando en la actualidad la mencionada señora se encuentra en un estado de permanente coma vigil y dependencia total, su estado clínico es estable y no evidencia un inminente peligro en su vida o en su salud.

Por el contrario, los expertos observaron que la atención y tratamientos ofrecidos por la sociedad accionada han sido oportunos y adecuados y que el manejo terapéutico que ella requiere consiste en este momento en una atención básica que comprende cuidados rutinarios por personas entrenadas para el efecto, pudiendo, entonces, su núcleo familiar encargarse de esa labor adecuadamente.

En conclusión, se reitera que la situación de la enferma obtuvo los servicios médico quirúrgicos necesarios, por parte de la sociedad accionada con base en el principio de la buena fe contractual, así como de conformidad con las posibilidades económicas, científicas y técnicas que existían para tal fin, en virtud de lo cual ha de deducirse que la accionada asumió una conducta ajustada a las cláusulas contractuales, que en el momento no repercuten en las condiciones físicas ni mentales de la enferma.

En consecuencia, la Sala no observa vulnerados los derechos a la salud, vida, ni integridad personal por la actividad desplegada por la sociedad demandada, al asumir las fases de recuperación de la afección sufrida por la enferma, razón por la cual no procede el amparo de tutela solicitado, como bien lo señalaron los jueces de instancia.

5.4. Ahora bien, es del caso resaltar la importancia y validez de los actos médicos dentro del proceso de definición del respectivo diagnóstico de la enfermedad de una persona, a partir del cual se fijan los procedimientos curativos terapéuticos y rehabilitadores del caso. Lo anterior, en la medida en que debe contar con una valoración especial la opinión sustentada en fundamentos científicos comprobables, respecto de la determinación del tratamiento y atención médica que requiere un enfermo.

Por ello, las discusiones que lleguen a plantearse en ese sentido, distintas a aquellas que puedan poner en peligro la vida, la salud y la integridad personal de la enferma, desde el punto de vista puramente médico, tienen sus instancias propias de resolución a través de los comités y juntas médicas a los cuales deben someterse los usuarios; en lo que se refiere al alcance de las prestaciones del contrato, corresponderá al juez del mismo dirimir las, dada la conducencia y eficacia jurídica para la salvaguarda de los intereses y demás derechos de los usuarios de ese contrato de medicina prepagada, a través de los procedimientos que ofrece la normatividad vigente sobre el tema.

Por último, la Corte llama la atención sobre el contenido del dictamen médico aludido, en el sentido de que para el tratamiento presente y futuro de la enferma, y respecto de lo cual debe estar muy atento, es necesario prevenir eventuales complicaciones que puedan derivarse de

las graves secuelas que le dejó el evento cerebrovascular hemorrágico ocurrido. Para ello, se requiere del apoyo de un grupo interdisciplinario que le brinde las terapias ocupacionales, físicas, de lenguaje y respiratorias, las cuales deben continuar a cargo de la sociedad demandada, como en el momento sucede, así como la valoración que deberá practicar un especialista en el área de la rehabilitación cada tres meses, con el fin de que dicte las pautas de ese manejo terapéutico y la revisión mensual por un médico general o especializado en enfermedades de adulto para controlar las patologías asociadas.

5.5. Por consiguiente, la Sala confirmará las decisiones proferidas por la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y por la Sección Quinta de la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado, con base en las consideraciones presentadas en esta providencia.

III.DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** las sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por la Sección Quinta de la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado, el 23 de febrero y el 18 de marzo del año en curso, respectivamente, en el proceso de la referencia, con base en las consideraciones señaladas en la presente providencia.

Segundo.- Por Secretaría, librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-823

octubre 21 de 1999

DISCAPACITADO- Protección constitucional especial e internacional

DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Diferencias que de hecho existen entre personas

DERECHO A LA IGUALDAD DE PERSONAS CON DISMINUCIÓN FÍSICA- Protección constitucional especial

DISCAPACITADO- Deber de trato especial

Las personas discapacitadas tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad. La omisión de este deber, por parte del Estado, puede convertirse en una lesión de los derechos fundamentales de los sujetos concernidos y, en consecuencia sería inconstitucional. Sin embargo, la Corte ha reiterado que el derecho a un trato especial, no llega hasta liberar a las personas con limitaciones de sus deberes ni exonerarlos de manera anticipada por sus faltas. En criterio de la Corte “en la misma medida en que el Estado y la sociedad les brindan a los discapacitados posibilidades de integrarse a la vida social, los discapacitados adquieren distintos deberes para con las organizaciones política y social, que les podrán ser exigidos como a cualquier otro ciudadano.

INAPLICACIÓN DE NORMAS- Discriminación por omisión de trato especial

DISCAPACITADO- Grupo heterogéneo

JUICIO DE IGUALDAD- Trato diferenciado entre personas discapacitadas

DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE DISCAPACITADOS- Restricción circulación de vehículos que dispongan de adaptaciones para el servicio

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DEL DISCAPACITADO- Permiso de circulación en vehículo particular durante horas de restricción

DERECHO A LA IGUALDAD DEL DISCAPACITADO- Restricción circulación en persona que no puede conducir su propio vehículo

PERJUICIO IRREMEDIABLE- Definición

ACCION DE TUTELA- Procedencia definitiva para protección de derechos fundamentales

JUEZ DE TUTELA- Aplicación de norma superior e inaplicación de disposición reglamentaria

Referencia: Expediente T-225024

Acción de tutela instaurada por el señor contra la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, D.C.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Trece (13) de Familia de Santa Fe de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por el señor contra la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe De Bogotá, D.C.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 El 27 de abril de 1999, el actor, interpuso acción de tutela ante el Juzgado Trece (13) de Familia de Santa Fe de Bogotá, D.C., contra la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá D.C., por considerar que ésta vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad (C.P., artículo 13), a la libre circulación (C.P., artículo 24) y al trabajo (C.P., artículo 25).

El actor afirma que la vulneración se deriva de la omisión de la entidad demandada en otorgarle una autorización especial de circulación, de acuerdo a su discapacidad, que le permita transitar en su vehículo, durante las horas en que opera el programa “pico y placa” de restricción al tráfico vehicular.

2. Los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela, pueden sintetizarse como sigue:

2.1. El Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, en uso de sus atribuciones legales como autoridad de tránsito dentro de su respectiva jurisdicción, expidió el Decreto 626 de julio 15 de 1998, mediante el cual se restringe la circulación de vehículos automotores en el Distrito Capital a partir del 18 de agosto del mismo año. La limitación al tránsito opera durante los días hábiles, de las 7:00 a las 9:00 a.m., y de las 5:30 a las 7:30 p.m., de acuerdo con la terminación del número de la placa de los vehículos automotores.

Esta medida se toma en consideración de la congestión de vehículos que se presenta en las vías de la ciudad debido al alto volumen de automotores que circulan en el Distrito Capital, especialmente durante las horas señaladas. De esta manera, se pretende disminuir el nivel de contaminación y mejorar el nivel de vida de los habitantes de Santa Fe de Bogotá, permitiéndoles desplazarse de un lugar a otro en un menor tiempo.

2.2. El referido decreto, en su artículo segundo contempla que se exceptúan de la restricción: la caravana presidencial, los vehículos militares y de Policía nacional, los vehículos de transporte público, los de servicios especiales de transporte de asalariados que movilicen más de diez (10) pasajeros, los de servicios especiales de turismo que movilicen más de diez (10)

pasajeros, los de servicios especiales de transporte de estudiantes, los vehículos operativos de las empresas de los servicios públicos domiciliarios y los vehículos destinados al control de tráfico y las grúas de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá D.C.

2.3. El 14 de agosto de 1998 la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C. expidió el Decreto 715, mediante el cual adiciona a las excepciones establecidas “*los vehículos a los cuales se le (sic) ha efectuado adaptaciones para el servicio de una persona discapacitada, y que sean utilizados por ellos*” (artículo 1).

2.4. El día 24 de noviembre de 1998 el peticionario, quien padece desde los 18 años de una cuadriplejía producida por sección de la médula espinal en accidente de tránsito, solicitó a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá D.C. se le concediera un permiso para circular en su automotor los días lunes y miércoles, durante las horas de restricción al tránsito en la ciudad. El actor fundamenta su petición en la excepción contemplada para discapacitados en el Decreto 715 de 1998 de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C. y anexa la certificación expedida por la doctora Gloria Ordóñez Noriega en donde consta su grado de incapacidad.

2.5. El 26 de noviembre de 1998 el Secretario de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá negó la expedición del permiso solicitado. Adujo que el caso del actor no se ajustaba a lo dispuesto en la mencionada excepción, por cuanto ésta establece que no estarán sujetos a la restricción a la circulación “los vehículos a los que se haya efectuado adaptaciones para el servicio de una persona discapacitada y que sea utilizados por ellos”, circunstancias que no se encuentran en la solicitud presentada.

3. El 27 de abril de 1999, el peticionario interpuso acción de tutela ante el Juzgado Trece (13) de Familia de Santa Fe de Bogotá, D.C., contra la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá D.C., por considerar que ésta vulneró sus derechos fundamentales, al excluirlo de la excepción establecida en el Decreto 715 de 1998.

El actor considera que tal excepción es discriminatoria, en cuanto exige que los vehículos empleados por discapacitados tengan adecuaciones especiales para ser conducidos por ellos mismos. Expresa que en su caso, la discapacidad física es de tal magnitud, que en ningún caso le permite conducir algún vehículo, incluyendo aquellos que tienen adaptaciones especiales. Para su desplazamiento se ve obligado a utilizar su automóvil particular, equipado con implementos de seguridad que necesita para circular y conducido por un tercero capacitado para ello.

Anota que su condición es más precaria que la que supone la norma referida. Por esta razón, se pregunta por qué si un discapacitado que goza de la posibilidad de conducir tiene derecho a la exoneración, no se beneficia del mismo tratamiento quien sufriendo mayor incapacidad, no puede siquiera conducir.

Afirma que la restricción vehicular no solo interfiere con su derecho a la igualdad y a la libre circulación sino con su derecho al trabajo, pues su actividad laboral se ve afectada, por cuanto no puede acudir a otras alternativas de movilización. Respecto al servicio público de transporte argumenta que este es de difícil -si no imposible- acceso y no es adecuado para personas con limitaciones físicas como las que él padece.

Explica que debido a su discapacidad, no le es físicamente posible subir a un autobús de servicio público. Adiciona que los taxis no son apropiados, puesto que, por una parte, en la mayoría no hay suficiente espacio para su silla de ruedas y, por otro lado, los conductores no

atienden su llamado porque no quieren hacerse responsables de una persona en sus condiciones y cuando lo hacen, no actúan con la prudencia que exige el transporte de una persona cuadripléjica. Así mismo, indica que es obvio que no puede recorrer las distancias urbanas simplemente impulsado por un tercero.

El actor señala que por sus condiciones de incapacidad permanente y las complicaciones funcionales que ésta genera, frecuentemente debe movilizarse de urgencia, necesitando así el uso de su vehículo particular y la asistencia de un conductor debidamente instruido para manejar su especial situación.

Por todo lo anterior, considera que con la restricción se aumenta el peso de su incapacidad, ya que por la falta de otras alternativas se ve obligado a permanecer “doblemente inmovilizado”.

4. El director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, D.C., por medio de escrito calendado el 7 de mayo de 1999, explica, en primer lugar, que las medidas tomadas a nivel local, relacionadas con la restricción al tránsito de vehículos están dirigidas a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de la ciudad.

Al respecto, señala que el sistema de transporte actual tiene un crecimiento de 60.000 vehículos anualmente y una malla vial deficiente, situación que produce lentitud en el tráfico, y afecta “la calidad de vida, el medio ambiente y la competitividad” en la ciudad. Agrega que para solucionar esta situación y disminuir la congestión de vehículos en las horas pico, así como la contaminación, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá mediante el Decreto 626 de 1998, ordenó restringir la circulación de vehículos en las horas pico y por número de placa durante los días hábiles, a partir del 18 de agosto de 1998.

Por otra parte, indica que no se vulneran los derechos de los habitantes de la ciudad, ya que “el programa de desplazamiento de horarios, lejos de incomodar a los usuarios de la malla vial, persigue beneficios para el usuario” relacionados con el tráfico, la productividad humana y las condiciones ambientales.

En el caso concreto, considera que no se quebranta el derecho fundamental del actor a circular libremente. El demandante -se advierte- simplemente pretende disponer de “la posibilidad de desplazarse en su automotor por las diferentes calles de la ciudad sin restricciones de ninguna índole”. Agrega que “el derecho a la libre locomoción es predicable de todos los colombianos y no de los automotores que poseen, por cuanto en virtud a la normatividad de tránsito estos sí pueden ser objeto de restricciones en su circulación”. Así mismo, adiciona que el programa de restricción de vehículos busca el bienestar de la comunidad, dando aplicación al principio de prevalencia del interés general sobre el particular.

En relación con la violación del derecho a la igualdad, el Secretario de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, D.C. explica que la normatividad del decreto afecta y favorece “en igualdad de condiciones a todos los conductores, peatones, visitantes y propietarios, poseedores, tenedores de vehículos del Distrito Capital”. Añade que frente a las demás ciudades, es indiscutible que la situación de Santa Fe de Bogotá es distinta y las medidas de la administración local serán diferentes, sin que ello vulnere la igualdad.

Finalmente, considera que tampoco se está vulnerando el derecho al trabajo, puesto que “el tiempo utilizado por un conductor acatando esta clase de prevenciones, sería el mismo que emplearía en cualquiera de los trancones ocasionados en las horas pico, aunado al hecho de que la restricción no operaría para los automotores de servicio público”.

Por todos los anteriores argumentos, se solicita denegar la acción de tutela. Adicionalmente, indica que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial para cuestionar la legalidad del Decreto 626 de 1998 de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., como es la acción de nulidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

2. Sentencia objeto de revisión.

Mediante sentencia de mayo 13 de 1999, el Juzgado Trece (13) de Familia de Santa Fe de Bogotá, denegó el amparo constitucional solicitado por el petente.

El juzgado de tutela señala que el actor instaura la acción de tutela, con el fin de obtener la declaratoria de ilegalidad del Decreto 626 de julio de 1998 de Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, por medio del cual se restringió la circulación de vehículos automotores en el Distrito Capital. Afirma que dicha pretensión contradice la naturaleza del recurso constitucional, pues se pretende sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en la Ley para la solución de esta clase de conflictos. Al respecto, indica que la acción es improcedente, por cuanto el peticionario puede obtener la declaratoria de ilegalidad del referido Decreto por la vía ordinaria.

Por otra parte, manifiesta que no se viola el derecho a la igualdad puesto que la restricción a la circulación vehicular se aplica para todos los automotores del distrito capital. Asevera que el mencionado Decreto estableció “qué vehículos no son objeto de la restricción, lo que significa que la excepción no opera respecto de las personas, sino para los automotores únicamente”.

Así mismo, en relación con los derechos a la libre circulación y al trabajo, considera el juzgado que la medida tomada por las autoridades locales no constituye una amenaza o violación grave a los derechos fundamentales del actor. A su juicio, con tal decisión se busca mejorar la calidad de vida de los habitantes de la ciudad y, en tales circunstancias, el interés general debe prevalecer sobre el interés particular.

El expediente número T-225024 fue remitido a la Corte y fue seleccionado para su revisión, correspondiendo su conocimiento a la Sala Tercera de Revisión.

3. Pruebas.

3.1 Mediante auto fechado el 17 de agosto de 1999, el magistrado sustanciador solicitó a la doctora Gloria Ordóñez Noriega dar su concepto médico en relación con las condiciones físicas del demandante. Así mismo, se ordenó a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá que manifestara cuál era el alcance dado al artículo 1 del Decreto 715 de 1998 que establece la excepción a favor de las personas discapacitadas.

En concepto médico remitido a esta Corporación, la doctora Gloria Ordóñez Noriega señala que ha tratado al peticionario en razón de su limitación física. Afirma que éste presenta una “cuadruplejía espástica que le impide movilizarse por sí mismo y requiere auxilio para atender sus necesidades fisiológicas primarias”. Agrega que debido a su dolencia, su paciente ha presentado algunas complicaciones médicas, tales como “infecciones renales a repetición, con compromiso sistémico; úlceras de presión a repetición, que han requerido manejo médico y quirúrgico; [y] quemaduras por la ausencia de sensibilidad en la piel que le permita detectar las altas temperaturas”.

Así mismo, manifiesta que el actor “carece de control del equilibrio, motivo por el cual es aconsejable que el vehículo en que se desplace, además de tener una capacidad que le permita albergar su silla de ruedas, tenga un sistema de ‘air bag’ en el puesto del pasajero, dado que el cinturón de seguridad convencional sería insuficiente para protegerlo”.

3.2 El Secretario Distrital de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, mediante escrito fechado el 6 de septiembre del año en curso, indica que los casos especiales excluidos de la restricción de automotores en el Distrito Capital, son exclusivamente los establecidos en el artículo 2 del Decreto 626 de julio de 1998 y en el artículo 1 del Decreto 715 de agosto del mismo año. Adiciona que dichas excepciones fueron previstas por motivos de orden público e interés general, móviles humanitarios, así como por razones derivadas del funcionamiento de los servicios públicos esenciales y del control del programa “Pico y Placa”.

Respecto a la excepción contemplada para las personas disminuidas (artículo 1 del Decreto 715 de 1998) expresa que ésta fue dispuesta por motivos humanitarios, y “cobija a los vehículos que tengan adaptaciones mecánicas, que permitan a los discapacitados físicos conducir su vehículo en condiciones de seguridad para éste y los demás conductores y peatones de la ciudad”. En este sentido, afirma que “quedan excluidos de esta excepción los vehículos utilizados por personas discapacitadas para su movilización, que no tengan adaptaciones especiales”, así como aquellos que no sean conducidos directamente por las personas discapacitadas.

Mediante escrito dirigido a esta Corporación, el actor solicitó expresamente la reserva de su nombre en la publicación de esta sentencia. En aplicación del derecho fundamental a la propia imagen y a la intimidad, y dado que la publicación del nombre del peticionario no reviste interés público alguno, la Corte accede a la solicitud presentada¹.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. El actor -quien presenta una cuádrupleja espástica- considera que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, D.C., vulneró sus derechos a la igualdad, a la libre circulación y al trabajo, al negarle la expedición de un permiso especial que lo eximiera de la restricción a la circulación de vehículos privados, impuesta por la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá a través del programa “pico y placa”. Afirma que, por sus condiciones físicas, le resulta prácticamente imposible acudir a un medio de transporte alternativo y que, en consecuencia, la carga que se le impone a través de la restricción, no solo aumenta el peso de su incapacidad, sino que resulta mucho mayor que la que se impone a los ciudadanos que no sufren de una dolencia semejante.

A su turno, el Director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, D.C. señaló que las limitaciones al tránsito dispuestas en la ciudad, tiene como finalidad el bienestar de la comunidad y en consecuencia debe prevalecer el interés general sobre el particular. Agrega que la restricción a la circulación se aplica por igual a todos los conductores en el Distrito Capital, por lo que no puede afirmarse que vulnera el derecho a la igualdad del actor. De otra parte, alega que con esta medida no se viola el derecho a la libre circulación por cuanto dicho derecho se predica de las personas y no de los automotores. Finalmente señala que la decisión, en virtud de la cual no se concede al actor permiso especial para circular en las horas de restricción vehicular, no lesiona su derecho al trabajo, pues “el tiempo utilizado por un conductor acatando esta clase de prevenciones, sería el mismo que emplearía en cualquiera de los trancones ocasionados en las horas pico”.

¹ La Corte ha accedido a este tipo de solicitudes en eventos en los cuales ha encontrado que el derecho a la intimidad tiene mayor peso relativo que el derecho a la información del nombre del actor. Al respecto, puede consultarse, entre otras, la sentencia SU-337 de 1999 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero)

El Juzgado Trece (13) de Familia de Santa Fe de Bogotá denegó la tutela impetrada. En su criterio, la restricción al tránsito de vehículos particulares o privados afecta a todos los habitantes de la ciudad y las excepciones contempladas son para los vehículos y no para las personas. Así mismo, considera que el accionante cuenta con otros medios judiciales para cuestionar la legalidad de las medidas tomadas por la Alcaldía Mayor.

El problema Planteado.

2. La Corte debe establecer si la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, D.C., vulneró los derechos fundamentales del actor -quien presenta una cuadruplejía espástica-, al no otorgarle una autorización especial para transitar en su vehículo durante las horas en que opera la restricción a la circulación de automotores privados o particulares en Santa Fe de Bogotá. Adicionalmente, debe la Corporación estudiar sí, en el presente caso, la tutela procede como mecanismo transitorio de defensa o si, por el contrario, el actor debe acudir a otro medio de defensa judicial para ventilar sus pretensiones.

Restricción vehicular y deber de especial protección a las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta.

3. Como se mencionó en los antecedentes, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá expidió el Decreto 626 de julio 15 de 1998, por medio del cual restringió la circulación de vehículos automotores particulares o privados en el Distrito Capital a partir del 18 de agosto del mismo año. Esta limitación busca solucionar la congestión en el tránsito, especialmente durante aquellas horas de mayor volumen de automotores, así como disminuir los efectos negativos del excesivo tráfico en las condiciones ambientales y la calidad de vida de los habitantes de la ciudad.

4. En principio, podría afirmarse que medidas que buscan restringir el tráfico vehicular en ciudades que presentan un crecimiento desmedido del parque automotor sin una infraestructura vial adecuada, tienden a mejorar la calidad de vida de los habitantes y, en consecuencia, presentan una finalidad constitucionalmente legítima. En efecto, la reducción del tiempo de desplazamiento implica, evidentemente, un aumento del tiempo libre de las personas (C.P. art. 44, 52, 67). Adicionalmente, la restricción del tráfico automotor apareja una reducción de la contaminación ambiental (C.P. art. 79). De otra parte, tiende a crear hábitos que ayudan a afrontar los problemas que pueden generarse en el futuro por la ausencia de condiciones idóneas para soportar el crecimiento del tráfico. Finalmente, permiten aumentar la confiabilidad en los tiempos de desplazamiento, todo lo cual repercute en un mejoramiento de las condiciones de vida.

Adicionalmente, la Corte ha considerado que, en principio, las medidas que restringen la circulación mediante un determinado medio de transporte y en un horario restringido, no entrañan vulneración al derecho de libre circulación consagrado en el artículo 24 de la Carta², en la medida en que las personas puedan acudir a medios de transporte alternativos.

No obstante para que dichas medidas resulten constitucionalmente lícitas, no basta con que persigan una finalidad legítima. Se requiere que sean útiles y adecuadas para alcanzar el objetivo planteado y que la restricción de los derechos ciudadanos se muestre estrictamente proporcionada respecto de los fines perseguidos. Será desproporcionada entonces, la medida que,

² Sentencia T-640 de 1996 (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa).

desatendiendo los imperativos impuestos por los derechos fundamentales –como el derecho a la igualdad–, establezca una carga desproporcionada, innecesaria, o inútil, para alcanzar la finalidad propuesta.

5. En términos del principio constitucional de igualdad, debe afirmarse que las políticas públicas y, dentro de ellas, las decisiones en materia de restricción vehicular, deben atender a las circunstancias especiales de quienes pueden resultar *desproporcionadamente* afectados por su aplicación. Sin embargo, no escapa a la Corte que este tipo de medidas sólo será eficaz en tanto las excepciones sean restringidas y resulten verdaderamente justificadas y necesarias. De otra manera, se perderá, no sólo la legitimidad de la decisión, sino su efectividad.

En consecuencia, la Corte debe establecer si las personas físicamente discapacitadas que encuentran una enorme dificultad –cuando no, una clara imposibilidad–, para utilizar el transporte público y que, sin embargo, están insertadas en procesos sociales que les exigen desplazarse por la ciudad, merecen, desde una perspectiva constitucional, un tratamiento especial respecto de las medidas que ordenan la restricción en la circulación de los vehículos privados.

Para resolver la cuestión planteada, resulta necesario precisar, primero, si la Constitución consagra una obligación de trato especial a favor de las personas con las limitaciones que han sido señaladas. Si así fuera sería preciso indagar si dicha obligación de especial atención es aplicable –y de qué manera– al caso planteado.

Protección a los discapacitados en la Constitución y en el derecho internacional.

6. En el curso de la historia, las personas discapacitadas han sido tradicional y silenciosamente marginadas. A través del tiempo, las ciudades se han construido bajo el paradigma del sujeto completamente habilitado. La educación, la recreación, el transporte, los lugares y los medios de trabajo, incluso el imaginario colectivo de la felicidad, se fundan en la idea de una persona que se encuentra en pleno ejercicio de todas sus capacidades físicas y mentales. Quien empieza a decaer o simplemente sufre una dolencia que le impide vincularse, en igualdad de condiciones, a los procesos sociales –económicos, artísticos, urbanos–, se ve abocado a un proceso difuso de exclusión y marginación, que aumenta exponencialmente la carga que debe soportar.

La marginación que sufren las personas discapacitadas no parece obedecer a los mismos sentimientos de odio y animadversión que originan otro tipo de exclusiones sociales (raciales, religiosas o ideológicas). Sin embargo, no por ello es menos reprochable. En efecto, puede afirmarse que se trata de una segregación generada por la ignorancia, el miedo a afrontar una situación que nos confronta con nuestras propias debilidades, la vergüenza originada en prejuicios irracionales, la negligencia al momento de reconocer que todos tenemos limitaciones que deben ser tomadas en cuenta si queremos construir un orden verdaderamente justo, o, simplemente, el cálculo según el cual *no es rentable* tomar en cuenta las necesidades de las personas discapacitadas. Estas circunstancias llevaron, en muchas ocasiones, a que las personas con impedimentos físicos o psíquicos fueran recludas en establecimientos especiales o expulsadas de la vida pública. Sin embargo se trataba de sujetos que se encontraban en las mismas condiciones que el resto de las personas para vivir en comunidad y enriquecer –con perspectivas nuevas o mejores–, a las sociedades temerosas o negligentes para las cuales eran menos que invisibles.

No obstante, en las últimas décadas la comunidad internacional ha comenzado a reconocer y ha intentado corregir –sin mucho éxito aún– los enormes errores hasta ahora cometidos. En efecto, en estos años la situación de marginación y discriminación de los discapacitados ha sido

una constante preocupación a nivel mundial y las distintas naciones han señalado la necesidad de reconocer los derechos de estos grupos, la especial atención que requieren, así como la exigencia de tomar medidas tendentes a evitar su discriminación³.

En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1975 la Declaración de los Derechos de los Impedidos, en la que se indicó la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales para la protección de los derechos de estas minorías. En este documento, la Asamblea de las Naciones Unidas definió el término “impedido” como: *“toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no de sus facultades físicas o mentales”*.

Así mismo, determinó que: *“3. El impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana. El impedido, cualquiera que sea su origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos. (...) 5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible”*.

Más tarde, las Naciones Unidas declararon el año de 1981 como el Año Internacional de los Impedidos, cuyo resultado fue el Plan de Acción Mundial para Impedidos aprobado en 1982 y

³ En distintas naciones se han tomado medidas para favorecer la rehabilitación e integración social de las personas con discapacidades. Como lo ha señalado la Corte en decisiones anteriores, “en los Estados Unidos de América se han dictado en las últimas tres décadas distintas leyes destinadas a favorecer y proteger a los discapacitados. Entre ellas cabe mencionar la Ley sobre las Barreras Arquitectónicas, de 1968; la Ley para la Rehabilitación, de 1973; la Ley para la Educación de los Individuos con Discapacidades -IDEA, expedida en 1975 y modificada en 1986, 1991 y 1997; y la Ley sobre los Americanos con Discapacidades -ADA, expedida en 1990. Igualmente, en ese país se presenta una discusión constitucional acerca de si la discapacidad debe ser considerada como un criterio semisospedioso, decisión que implicaría que las leyes o actuaciones administrativas en las que se practiquen diferenciaciones con base en el factor de la discapacidad habrían de ser objeto de un examen intermedio de constitucionalidad -es decir, de un escrutinio más exigente que el de la simple racionalidad de la norma bajo examen- por parte de los tribunales”. (Esa es la posición defendida por Tribe, Laurence, en su libro *American Constitutional Law (The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1988, pp. 1594 ss)*. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia rechazó expresamente esta clasificación, en la sentencia *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* (473 U.S. 432, año de 1985). La sentencia contó con un salvamento parcial de voto de parte de tres magistrados, que defendían la categorización del criterio de la discapacidad como semisospedioso). Asimismo, la Constitución española de 1978 consagró en su artículo 49 que “los poderes públicos realizarán una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título [el título I, referido a los derechos y deberes fundamentales] otorga a todos los ciudadanos”. De la misma manera, el artículo 71 de la Constitución portuguesa de 1976, titulado Deficientes, prescribe que: “1. Los ciudadanos física o mentalmente deficientes gozarán plenamente de los derechos y estarán sujetos a los deberes fijados en la Constitución, con la excepción del ejercicio o del cumplimiento de aquéllos para los cuales se encuentren incapacitados. “2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y de tratamiento, rehabilitación e integración de los deficientes; a desarrollar una pedagogía que sensibilice a la sociedad en cuanto a los deberes de respeto y solidaridad para con ellos y a asumir el encargo de realización efectiva de sus derechos, sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres o tutores. “3. El Estado apoya las asociaciones de deficientes. Igualmente, en el año de 1994, se aprobó en Alemania una adición al artículo 3º de la Constitución, para incluir una garantía específica para los discapacitados. La adición tuvo lugar en el párrafo tercero del artículo aludido, que es el que consagra el derecho fundamental de los ciudadanos a la igualdad, y precisa que “[n]adie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”. (Sentencia T- 207/99 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

la proclamación de un “Decenio de las Naciones Unidas para los impedidos”. Por otra parte, en el mes de junio de 1986, Rehabilitación Internacional organizó conjuntamente con el Centro Internacional de Viena de las Naciones Unidas, la Conferencia Internacional de Expertos en Legislación sobre Igualdad de Oportunidades para personas Discapacitadas⁴. Finalmente, en 1993 la Asamblea General de la ONU aprobó las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”.⁵

Estos programas, reconocen que los discapacitados tienen los mismos derechos civiles y políticos que las demás personas, el derecho a disfrutar de oportunidades en iguales condiciones, así como el derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en la planificación económica y social para favorecer su integración y participación social. En este sentido, reiteran la obligación que tienen los Estados de crear bases jurídicas para la adopción de medidas encaminadas a lograr los objetivos de igualdad y participación de las personas con discapacidad, brindándoles el acceso a la rehabilitación, la educación, la salud, el empleo, la recreación y el deporte, el uso de bienes públicos, servicio de transporte y otros servicios públicos.

7. El constituyente colombiano no fue ajeno a los nuevos imperativos planteados por la comunidad internacional. En este sentido, no sólo consagró el modelo de un Estado social de Derecho, comprometido en la promoción de la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente marginados o discriminados (C.P. arts. 1, 2 y 13), sino que estableció una serie de derechos especialmente dirigidos a patrocinar la verdadera igualdad de las personas discapacitadas (C.P. arts. 13, 47, 54,68).

En efecto, la Carta consagró la fórmula política del Estado Social y Democrático de Derecho (C.P. art. 1), de la cual derivó la obligación del Estado de garantizar la *efectividad* de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución así como de *facilitar la participación de todos* en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política,

⁴ En esta conferencia se plantean diversas medidas para lograr la igualdad de oportunidades de las personas minusválidas y se concluye que la legislación debe tener como objetivo principal la integración social y económica de estos grupos en la comunidad. Adicionalmente, divide la legislación en: legislación general, legislación especial aplicable a todas las categorías de discapacitados y legislación especial para sectores específicos de discapacitados.

⁵ Se determina que la finalidad de estas normas es garantizar que los disminuidos puedan tener los mismos derechos y obligaciones que las demás personas. De esta forma, se consagra que:

“Art. 1º. Los Estados deben adoptar las medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución. (...)”
(...)

Art. 5º. Los Estados deben reconocer la importancia global de las posibilidades de acceso dentro del proceso de lograr la igualdad de oportunidades en todas las esferas de la sociedad. Para las personas con discapacidades de cualquier índole, los Estados deben: (a) establecer programas de acción para que el entorno físico sea accesible, y (b) adoptar medidas para garantizar el acceso a la información y a la comunicación (...).
(...)

Art. 14. Los Estados deben velar por que las cuestiones relativas a la discapacidad se incluyan en todas las actividades normativas y de planificación correspondientes del país (...).
(...)

Art. 15. Los Estados tienen la obligación de crear bases jurídicas para la adopción de medidas encaminadas a lograr los objetivos de la plena participación y la igualdad de las personas con discapacidad (...).
(...)

administrativa y cultural de la Nación (C.P. art. 2). En desarrollo de lo anterior, consagró la obligación, en cabeza del Estado, de *promover* las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (C.P. art. 13). En este último sentido, la Constitución es explícita al señalar que el Estado “protegerá *especialmente* a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

En suma, para el Constituyente, la igualdad real sólo se alcanza si el Estado se quita el velo que le impide identificar las verdaderas circunstancias en las que se encuentran las personas a cuyo favor se consagra este derecho. Una vez revelado el panorama real, el Estado tiene la tarea de diseñar políticas públicas que permitan la superación de las barreras existentes para que las personas puedan incorporarse, en igualdad de condiciones, a la vida social, política, económica o cultural. A este respecto ha dicho la Corte:

“Así entendida la igualdad, no es un criterio vacío que mide mecánicamente a los individuos de la especie humana equiparándolos desde el punto de vista formal pero dejando vigentes y aun profundizando las causas de desigualdad e inequidad sustanciales, sino un criterio jurídico vivo y actuante que racionaliza la actividad del Estado para brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, en sus respectivos casos, dentro de sus propias circunstancias y en el marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe presidir toda gestión pública.”⁶

En los términos anteriores, debe afirmarse que el derecho a la igualdad en el Estado Social de Derecho, trasciende los imperativos clásicos de la igualdad ante la ley, y obliga al Estado a detenerse en las diferencias que *de hecho* existen entre las personas y los grupos de personas. Justamente, en consideración a las diferencias relevantes, deben diseñarse y ejecutarse políticas destinadas a alcanzar la verdadera igualdad.

Como lo ha señalado la Corporación, “en relación con los discapacitados, la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (C.P. art. 2º). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos.”⁷

Pero la Carta no se limitó a establecer, en su artículo 13, el derecho a la igualdad real de las personas con limitaciones físicas. En los artículos 47, 54 y 68, la Constitución consagró, de manera específica, la obligación de protección especial a los discapacitados y diseñó el marco constitucional para su desarrollo legal⁸.

⁶ Sentencia T-441/93 (José Gregorio Hernández Galindo).

⁷ Sentencia T-288/95 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁸ De acuerdo con los preceptos constitucionales que consagran la especial protección a las personas con discapacidades, leyes como la Ley de Competencias (L.60/93), la Ley de seguridad social (L.100/93) y la Ley General de Educación (L.115/94) incluyen disposiciones que posibilitan la eficacia de programas de atención a personas discapacitadas. Por otra parte, la Ley 361 de 1997 establece mecanismos de integración social de las personas con limitaciones. Con fundamento en los preceptos constitucionales y las normas internacionales que reconocen derechos a los limitados para su desarrollo personal y social, se establecen diferentes medidas para facilitar el acceso de los discapacitados a la educación, el empleo, el bienestar social, la infraestructura física y los bienes de uso público. Así mismo, la Ley busca fomentar la prevención y rehabilitación de las discapacidades.

De una parte, el artículo 47, -de acuerdo con lo consagrado en la Constitución portuguesa de 1976 (art. 71) y en la constitución española (art. 49)⁹ -, establece que el Estado tiene el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes prestará la atención especializada que requieran. Sobre este punto la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la obligación del Estado “*no es solamente ofrecer una atención eficiente de los servicios prestados para la prevención y rehabilitación, sino que debe perseguir la integración social de los discapacitados, para así permitirles el ejercicio de otros derechos constitucionales*”.¹⁰

Lo estatuido en el artículo 47, reitera el deber positivo del Estado, consistente en tomar las medidas necesarias para que las personas con limitaciones físicas puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás. En el mismo sentido pero aplicado exclusivamente al campo laboral, el artículo 54 de la Carta, señala que el Estado debe garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud. Por último, el artículo 68 dirigido a establecer los deberes públicos y privados en el proceso educativo, establece que la educación de personas con limitaciones físicas o mentales constituye una especial obligación del Estado.

Deber de trato especial

8. De todo lo anterior, parece claro que la Constitución Política ha consagrado a cargo del Estado -legislador, juez y administrados, en todos los órdenes territoriales-, un deber positivo de trato especial¹¹, a favor de las personas con limitaciones físicas. Al respecto, la Corte ha señalado:

“En distintas sentencias, la Corte Constitucional ha indicado la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.”¹²

En suma, las personas discapacitadas tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad. La omisión de este deber, por parte del Estado, puede convertirse en una lesión de los derechos fundamentales de los sujetos concernidos y, en consecuencia sería inconstitucional.

⁹ Ver nota de pie N° (2).

¹ Sentencia T-288 de 1995 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹¹ Ver, por ejemplo las Sentencias T-427 de 1992, (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz); T-441 de 1993, (Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo); T-290 de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; T-067 de 1994, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo; T-288 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-224, de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; T- 378 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; y T- 207 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Sentencia T-378/97 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

La Corte se ha referido anteriormente a la violación del derecho a la igualdad por omisión en el cumplimiento del deber de trato especial, en los siguientes términos:

“La existencia de una discriminación por omisión de trato más favorable supone que el juez verifique en la práctica diversos extremos: (1) un acto - jurídico o de hecho - de una autoridad pública o de un particular, en los casos previstos en la ley; (2) la afectación de los derechos de personas con limitaciones físicas o mentales; (3) la conexidad directa entre el acto, positivo u omisivo, y la restricción injustificada de los derechos, libertades u oportunidades de los discapacitados”¹³.

Sin embargo, la Corte ha reiterado que el derecho a un trato especial, no llega hasta liberar a las personas con limitaciones de sus deberes ni exonerarlos de manera anticipada por sus faltas. En criterio de la Corte “en la misma medida en que el Estado y la sociedad les brindan a los discapacitados posibilidades de integrarse a la vida social, los discapacitados adquieren distintos deberes para con las organizaciones política y social, que les podrán ser exigidos como a cualquier otro ciudadano”¹⁴.

9. Ahora bien, como lo ha señalado la Corte, la discriminación por omisión del deber de trato especial puede ser controvertida judicialmente a través de la acción de tutela mientras no exista un procedimiento judicial alternativo o cuando la cuestión sea meramente constitucional, siempre que el juez se limite a verificar la omisión y a ordenar la inaplicación de la medida discriminatoria al caso concreto. En efecto, en estos casos la tutela del derecho a la igualdad no implica una intromisión del juez constitucional en el ámbito de acción de otras jurisdicciones o en el radio de acción de los órganos de representación democrática. La orden que, en este caso, el juez debe adoptar, se contrae a impedir la aplicación de una medida atentatoria del principio de igualdad y, en consecuencia, a aplicar al caso lo dispuesto en la propia constitución. Ciertamente si la administración expide una normativa que limita de forma desproporcionada los derechos fundamentales de las personas que, en virtud del artículo 13 Constitucional, son acreedoras de un deber de especial protección, resulta claro que tal medida no puede aplicarse a dicho grupo de personas, al menos hasta tanto la administración adopte los correctivos pertinentes. El juez debe limitarse entonces a inaplicar la medida para el caso concreto de las personas desproporcionadamente afectadas, sin que pueda suplantar a la administración en la adopción de los mecanismos de corrección que serían necesarios para imponer la correspondiente medida.

Estudio del caso concreto.

10. Se pregunta la Corporación si la Alcaldía Mayor de Bogotá, tenía la obligación constitucional de considerar específicamente la condición de las personas que, a raíz de una incapacidad física, sólo con una inmensa dificultad pueden utilizar el transporte público, al momento de restringir el tránsito de vehículos privados.

Según lo que ha sido visto (F.J. 6 a 9), las autoridades públicas tienen un deber constitucional de especial protección a favor de los discapacitados. Se trata de un deber que surge en aquellas circunstancias en las cuales dejar de tener en cuenta la especial condición de los discapacitados, apareja un aumento desproporcionado de la carga que éstos deben soportar. En estos casos se

¹³ Sentencia T-288/95 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁴ Sentencia T-207/99 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

configura una discriminación por omisión de trato más favorable. En otras palabras, para establecer si ha existido una violación del derecho a la igualdad por omisión de trato favorable, es necesario verificar que se ha producido un acto - jurídico o de hecho - u omisión, que apareja una restricción injustificada o una carga desproporcionada sobre los derechos, libertades u oportunidades de los discapacitados.

11. En el presente caso, resulta claro que el acto a través del cual se prohíbe la circulación de vehículos privados durante los días hábiles de la semana, en un horario limitado, implica la restricción en el goce de ciertos derechos -como el derecho de propiedad y el libre desarrollo de la personalidad- de todos los habitantes de la ciudad. Sin embargo, dicha limitación no significa una restricción absoluta del derecho a la libre circulación, pues, en general, las personas pueden utilizar medios de transporte alternativos, como el transporte público, si necesitan desplazarse de un lugar a otro durante el horario de la restricción.

No obstante, si se trata de una persona que, como en el caso presente, sufre una cuadriplejía espástica - lo que significa una pérdida sustancial de la fuerza muscular en sus cuatro extremidades y problemas adicionales de equilibrio y dolor por la contracción permanente de sus músculos -, no sólo se limita su derecho al libre desarrollo de la personalidad y el disfrute pleno de un bien que es de su propiedad - el vehículo privado - sino que, adicionalmente, implica una severa restricción de su derecho a la libre circulación y, por consiguiente, de su autonomía.

En efecto, el actor se encuentra en una condición que le impide utilizar el servicio masivo de pasajeros -buses y buseta-, no sólo porque le resulta imposible acceder a ellos en su silla de ruedas, sino porque ésta no cabe en dichos vehículos y, en todo caso, porque estos no disponen de las condiciones más elementales de seguridad para transportar una persona que carece del sentido del equilibrio y que difícilmente puede defenderse, de manera autónoma, de los bruscos movimientos consustanciales al tráfico en una ciudad como Bogotá. Sin embargo, podría afirmarse que, en todo caso, le queda la alternativa de movilizarse en vehículos de transporte público no masivo -taxis- que no están sometidos a la restricción. Frente a esta alternativa, el actor indica, con razón, que en la mayoría de estos vehículos no es posible cargar su silla de ruedas o que los conductores no están dispuestos a asumir la responsabilidad de transportar a una persona en sus condiciones. De otra parte, como lo señala la doctora Gloria Ordóñez Noriega, una persona que carece del sentido del equilibrio y de fuerza muscular en sus cuatro extremidades, no sólo debe transportarse siempre usando un adecuado cinturón de seguridad, sino que, adicionalmente, necesita medidas especiales de seguridad -como la prudencia del conductor o el llamado *air bag*- que le permiten defenderse de manera más o menos idónea durante el trayecto. Estas medidas, que podrían parecer suplementarias para el transporte de pasajeros plenamente capacitados, resultan indispensables si se trata de una persona que sufre un grado importante de discapacidad y para quien un movimiento brusco, que en otro caso resultaría apenas molesto, puede causar una lesión física de importantes proporciones. Nada permite afirmar que el actor pueda encontrar las condiciones de seguridad que exige su estado al momento de tomar la opción que acá se analiza. Adicionalmente, es evidente que no puede movilizarse por la ciudad simplemente impulsado por otra persona. Las distancias de una ciudad como Bogotá impiden afirmar, con algún grado de razonabilidad, que la última sea una alternativa viable.

En suma, una medida como la adoptada por la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., tiende a restringir, de manera desproporcionada, los derechos de las personas que, por sufrir una

incapacidad física grave, se encuentran en imposibilidad de acudir al transporte público de pasajeros. Ello supone una restricción mucho mayor que la que opera respecto de los derechos del resto de la población, lo que, en lugar de favorecer la igualdad real y efectiva de las personas impedidas, aumenta la carga que deben soportar y la marginación a la que se ven cotidianamente enfrentados. De no tenerse en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta y marginación de los impedidos físicos a la hora de diseñar medidas como la que se estudia, la administración estaría lesionando el derecho a la igualdad de estos grupos por omisión del deber de especial protección.

12. Advierte la Corte, sin embargo, que en atención al deber de especial protección de las personas discapacitadas, la Alcaldía expidió el Decreto 715 de agosto de 1998, a través del cual excluyó de la restricción a la circulación *“los vehículos a los cuales se le (sic) ha efectuado adaptaciones para el servicio de una persona discapacitada, y que sean utilizados por ellos”*¹⁵.

La expedición del decreto citado demuestra que la autoridad administrativa demandada entendió que, dado el impacto de la restricción sobre los derechos de las personas discapacitadas, la diferenciación en el trato era justificada. En este sentido, en aplicación del principio de igualdad y en cumplimiento del deber constitucional de especial protección, advirtió que, frente a una medida que tiende a restringir la circulación de vehículos privados, las personas limitadas se encuentran en distinta situación de hecho respecto del resto de los habitantes de la ciudad. Comprendió la Alcaldía que, en las condiciones planteadas, las personas discapacitadas merecen un trato diferente, con el objetivo de permitirles el ejercicio efectivo los derechos que por razón de su incapacidad, resultan desproporcionadamente restringidos a raíz de la medida expedida.

13. No obstante lo anterior, la excepción consagrada en el Decreto 715 de agosto de 1998, sólo se aplica a un grupo de los discapacitados. En efecto, como quedó establecido en virtud de las pruebas practicadas por la Corte, según la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Alcaldía, la excepción referida sólo *“cobija a los vehículos que tengan adaptaciones mecánicas, que permitan a los discapacitados físicos conducir su vehículo en condiciones de seguridad para éste y los demás conductores y peatones de la ciudad”*. En consecuencia, según concepto del Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Alcaldía, quedan excluidos de esta excepción los vehículos utilizados por personas discapacitadas para su movilización, que no tengan adaptaciones especiales o que incluso, teniendo adaptaciones especiales, no sean conducidos por ellos mismos.

¹⁵ En el mismo sentido y siguiendo los imperativos nacionales e internacionales de especial protección a los discapacitados, la limitación al tránsito de vehículos automotores que se ha implementado en otras ciudades latinoamericanas autoriza un trato especial para aquellas personas con discapacidades físicas. Así por ejemplo, en Ciudad de México se restringe el tráfico de vehículos para mitigar la contaminación ambiental. Al respecto la Ley Ambiental del Distrito Federal, en su artículo 116, autorizó a la Administración Pública del Distrito Federal a limitar la circulación de vehículos automotores en el D.F. *“para prevenir y reducir las emisiones contaminantes”*. Adicionalmente, el artículo 118 de la Ley establece que la limitación del anterior artículo *“no será aplicable a los vehículos utilizados para transportar una persona con discapacidad”*. Así mismo, el artículo 18 de la Ley para las Personas con Discapacidad del Distrito Federal, establece que los discapacitados tienen derecho a *“contar con preferencias que les permitan su transporte y libre desplazamiento para el efectivo ejercicio de este derecho”*. Para conseguir esta finalidad se establecen ciertos privilegios para éstos, entre los que se encuentra la *“posibilidad de incorporarse, previa solicitud de la autoridad administrativa, a las excepciones contempladas en los programas de restricción a la circulación vehicular”*.

14. El grupo de las personas discapacitadas no es un grupo homogéneo. Como ya lo había advertido la Corte, “la minoría de los discapacitados es tan heterogénea como disímiles son las limitaciones que pueden causar las múltiples formas en que se manifiestan las incapacidades”¹⁶. No puede entonces predicarse, en todos los casos, el derecho a la igualdad de trato para todas las personas que, de una u otra forma, sufren, en algún grado, una incapacidad física o mental. Tampoco puede afirmarse que por el hecho de encontrarse en una situación que comprometa sus capacidades físicas o mentales, las personas tienen *ipso facto* derecho a un tratamiento privilegiado en cualquier circunstancia.

El principio de igualdad y el deber de especial protección, se contraen a ordenar que las autoridades públicas tengan en consideración las circunstancias concretas de cada persona de manera tal que, al momento de adoptar medidas que puedan ser más gravosas para un grupo específico en virtud de la incapacidad que sufren quienes lo integran, adopten, simultáneamente, los correctivos necesarios para colocarlos en situación de igualdad respecto del resto de los sujetos. Así por ejemplo, una medida pública puede afectar sólo a un sector de las personas discapacitadas - por ejemplo a las personas invidentes - pero no al resto del grupo. En este caso, los beneficios especiales deben dirigirse, exclusivamente, al sector afectado y no a la generalidad de sector.

15. En el presente caso, la Alcaldía, en cumplimiento del deber de especial protección, estableció un beneficio dirigido, exclusivamente, a un grupo de los discapacitados –aquellos que tienen un vehículo con adaptaciones especiales y que, adicionalmente, se encuentran en capacidad de conducirlo–. No obstante, excluyó al resto de las personas que pueden ser clasificadas en este conjunto poblacional.

La cuestión que debe resolver la Corte reside en determinar si, a la luz del principio de igualdad, la diferenciación que hace la Alcaldía entre el sector beneficiado y el sector al cual pertenece el actor –personas que sufren de cuadriplejía espástica– obedece a una justificación razonable y objetiva. En efecto, Como lo ha señalado en múltiples ocasiones esta Corporación, para que una norma jurídica pueda establecer un trato diferenciado entre personas que, en principio, pueden encontrarse en una situación similar, es necesario que la diferenciación se funde en un criterio objetivo y razonable, pues de otra manera se estaría vulnerando el derecho de todas las personas a ser tratadas con la misma consideración y respeto por parte del Estado (C.P. art. 13). Procede entonces la Corporación a realizar el juicio de igualdad que exige la acción de tutela presentada.

Presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

16. El actor afirma que la decisión de la alcaldía vulnera su derecho fundamental a la igualdad. Considera que él se encuentra en igual o más grave situación que aquella en la que se encuentran las personas beneficiadas por la excepción a la restricción del tráfico vehicular. Afirma que la coincidencia reside, fundamentalmente, en que él, al igual que las personas beneficiadas, está completamente impedido para utilizar el transporte público. Sin embargo, alega que su situación es aún más gravosa respecto de la medida restrictiva, pues dado que sus cuatro extremidades se encuentran comprometidas, no está en capacidad de conducir su propio vehículo y necesita ser transportado en condiciones mucho más exigentes de seguridad y prudencia.

¹⁶ Sentencia T-207/99 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

El juez de tutela y la Corte procedieron entonces a preguntar a la entidad demandada cuáles eran las razones que justificaban el trato diferenciado. En su respuesta, la Alcaldía señaló que la disposición que restringe el tráfico automotor no viola el derecho a la igualdad del actor por cuanto “la misma afectaría y beneficiaría en igualdad de condiciones a todos los conductores, peatones, visitantes y propietarios, poseedores, tenedores de vehículos del Distrito Capital”. Añade que no existe una vulneración del derecho a la libre locomoción del actor dado que este “es predicable de todos los colombianos y no de los automotores que poseen”. Añade que no se viola el derecho a elegir el medio de transporte adecuado, toda vez que, en casos como el presente, debe aplicarse la máxima según la cual el interés general prima sobre el interés particular.

El juez de tutela coincide plenamente con los alegatos de la parte demandada. En su criterio no hay vulneración a la igualdad en la medida en que “el decreto en comento rige para todos los habitantes del Distrito Capital, quedando en este plenamente establecido que vehículos por fuerza de ley no son objeto de tal restricción, lo que significa que la excepción allí contenida no opera respecto de las personas, sino para los automotores únicamente”. Sobre los derechos a la libre circulación y al trabajo, señala que los mismos deben ceder ante los imperativos del interés general.

17. Los argumentos esgrimidos por la parte demandada y por el juez de tutela se apartan por completo, no sólo de la realidad procesal sino de la dogmática constitucional en materia de igualdad.

Afirman que la decisión en virtud de la cual se niega la solicitud del actor no viola la igualdad porque se encuentra fundada en un decreto que rige por igual para todos los habitantes del Distrito Capital. Tal afirmación carece de sustento empírico. Ciertamente el Decreto 626 de 1998, establece una restricción que se aplica, en principio, en igualdad de condiciones a todas las personas. Sin embargo el mismo Decreto y, posteriormente, el Decreto 715 del mismo año, establecen una serie de excepciones, encaminadas, justamente, a corregir las eventuales injusticias que pueden generarse por la aplicación incondicional de la regla general. No se trata, en suma, de una norma que se aplique en igualdad de condiciones para todos. Como quedó plenamente acreditado, existe un catálogo de excepciones, una de las cuales se refiere a personas que, en principio, se encuentran en las mismas circunstancias del actor. La cuestión entonces era la de determinar por qué dicha excepción no era aplicable al caso que ocupa la atención de la Corte.

Pero la razón argüida para desestimar el cargo por presunta vulneración del principio de igualdad no sólo se aparta de la verdad procesal. Adicionalmente desconoce la dogmática constitucional. En efecto, no basta con que una norma se destine a todas las personas sin distinción alguno para concluir válidamente que dicha disposición no vulnera el principio de igualdad. Como ha sido reiteradamente expuesto por esta Corporación, el Estado Social de Derecho trasciende el postulado de la igualdad formal ante la ley y establece una serie de imperativos tendentes a lograr la igualdad real y efectiva. En desarrollo de este principio neurálgico de nuestro sistema constitucional, el artículo 13 de la Carta consagró, entre otras cosas, que todas las autoridades públicas deben actuar de manera tal que se remuevan las barreras que les impiden a las personas discapacitadas insertarse, en igualdad de condiciones, en la vida social. De este imperativo surge la obligación de establecer políticas de diferenciación positiva y el deber de especial protección a favor de este grupo, tradicionalmente discriminado y marginado. Nada de lo anterior llamó la atención de la entidad demandada o del juez de la causa.

Adicionalmente se añade que la restricción al tráfico y los correspondientes beneficios se aplican a los vehículos y no a las personas, por lo que no se puede afirmar que viola la igualdad la negativa de conceder a una persona un permiso especial de circulación. Hasta donde llega la comprensión de la Corte, los vehículos automotores no son sujetos de derechos u obligaciones. La restricción a los vehículos significa la restricción al derecho de una persona a utilizar, en ciertos horarios, un bien del cual es propietario o tenedor. Es pues, en suma, una limitación del derecho de uso de un bien, que no implica una vulneración del derecho a la circulación, siempre que la persona pueda acudir a otros medios de transporte. Nada pareció importar a la Alcaldía o al juez de tutela el hecho de que la restricción del derecho de uso del vehículo aparejara, en este caso concreto, una restricción adicional y más gravosa, del derecho a la libre circulación y una disminución radical y notoria de la autonomía del actor, por cuanto, a diferencia de otros habitantes de la ciudad, éste no puede acudir al transporte público de pasajeros.

En suma, no encuentra la Corte en el escrito presentado por la Alcaldía una sola razón que explique por qué las personas que se encuentran en las condiciones del actor no están cobijadas por la excepción, tantas veces mencionada, contenida en el Decreto 715 de 1998. Procede la Sala, en tales condiciones, a realizar el correspondiente juicio de igualdad.

18. Dado que la Alcaldía no aportó las razones que justifican el tratamiento al cual está sometido el actor, no puede hacer otra cosa esta Corporación que presumir que la misma se funda en las siguientes dos justificaciones. En primer lugar, por cuanto, como fue establecido más arriba, las excepciones a este tipo de medidas deben ser absolutamente restringidas a fin de lograr que la restricción general no sólo sea legítima sino eficaz (F.J. 4 y 5). En segundo término, por cuanto pudo haber entendido que una persona discapacitada que no está en condiciones de conducir su propio vehículo, puede ser transportada en vehículos alternativos que no requieren adaptaciones especiales, a partir de lo cual es posible afirmar que dicha persona se encuentra en capacidad de acudir a medios de transporte alternativos no sometidos a la restricción.

18.1 La primera de las razones sostenidas es, en principio, cierta. No obstante, una tal consideración no puede oponerse a una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales de las personas. En efecto, si una norma que pretende restringir drásticamente el tránsito se acompaña de múltiples excepciones que benefician a todo aquel que, eventualmente, pueda resultar perjudicado, terminaría siendo, ella misma, una norma excepcional, que perdería por ello su eficacia y su legitimidad. No obstante, lo anterior no implica que la autoridad pueda, so pretexto de conceder las menores excepciones posibles, desconocer los derechos fundamentales de las personas que pueden resultar desproporcionadamente afectadas. Se trata, en estos casos, de excepciones que provienen de la propia constitución y que se justifican en la defensa de derechos fundamentales que han sido afectados de manera cierta y desproporcionada.

Como fue expuesto en un aparte anterior (F.J. 4 y 5), la restricción vehicular que se establece con el fin de mejorar las condiciones de vida de los habitantes persigue una finalidad legítima y puede oponerse a múltiples pretensiones de quienes pueden resultar, eventualmente, perjudicados. No obstante, de ninguna manera el bienestar general es un argumento suficiente para desconocer el deber de especial protección de las personas discapacitadas cuando quiera que una política pública tiene como consecuencia una restricción más gravosa para los derechos fundamentales de este grupo poblacional. En estos casos la administración no tiene alternativa distinta de adoptar los correctivos necesarios para evitar que a la marginación social, económica

y cultural contra la que deben luchar diariamente las personas discapacitadas, se suma una carga mayor a la que deben soportar el resto de los habitantes de la ciudad, que restringe severamente su autonomía al impedirles por completo el derecho a la circulación en el horario restringido. Sobre este tema, baste recordar lo ya dicho en los fundamentos jurídicos 6 a 11 de esta providencia.

18.2 El segundo argumento que serviría para justificar el trato procurado al actor, se funda, en principio, en una presunción razonable. Ciertamente puede presumirse que si una persona discapacitada no está en condiciones de conducir su propio vehículo pero, sin embargo, puede ser transportada, ello obedece a que tiene capacidad para utilizar medios alternativos de transporte, acudiendo, por ejemplo, a la solidaridad de los vecinos o amigos, o al transporte público de pasajeros. No obstante, para que una consideración como esta sirva de justificación en aquellos casos en los cuales se restringen los derechos fundamentales de una persona discapacitada, es necesario que los presupuestos puedan, en realidad, verificarse.

En el presente caso, el actor no puede conducir su propio vehículo porque sufre de una cuadriplejía espástica que implica una radical disminución de la fuerza muscular en las cuatro extremidades. Adicionalmente, sufre problemas de equilibrio y un estado de contracción muscular que le ocasiona graves molestias y dolores que pueden verse agravados por estímulos externos que perturben su estado de ánimo o le generen angustia. Es una persona que se moviliza en silla de ruedas y necesita, permanentemente, el auxilio de otra persona experimentada para poder realizar las actividades físicas más básicas, como transportarse de un lugar a otro. Sin embargo, su incapacidad no compromete su estado mental. Se trata de una persona que ha podido superar la marginación y la discriminación de la que son objeto las personas discapacitadas y que ha logrado triunfar sobre las adversidades del destino. Por esto último, debe cumplir con los deberes de todo trabajador y, en consecuencia, debe poder desplazarse por la ciudad cada vez que sus condiciones de salud o las exigencias laborales así lo indiquen.

Si el actor pudiera acudir al transporte público, incluso con alguna dificultad, pero de una manera más o menos razonable, la tutela no podría prosperar. Sin embargo, en las condiciones descritas y tal como fue explicado en el fundamento jurídico 11 de esta providencia, tal alternativa le resulta desproporcionada, cuando no imposible. No cuenta, como fue expuesto con antelación, con la capacidad para tomar un bus urbano o uno cualquiera de los taxis que circulan por la ciudad. Adicionalmente, estas alternativas aparejan un serio riesgo para su salud y su integridad personal, en la medida en que requiere adecuaciones especiales y una especial prudencia del conductor para evitar estímulos externos que pueden resultarle altamente perjudiciales. Mientras sus vecinos, compañeros de oficina o amigos, durante el horario de restricción, pueden acudir a estas alternativas de transporte, él tiene que permanecer inmóvil, pese a que sus exigencias laborales o incluso las urgencias en materia de salud le impongan la necesidad de desplazarse. Es, a todas luces, una carga desproporcionada para quien, con un esfuerzo que a quienes viven de pie les resulta ajeno, ha logrado insertarse en la esfera social.

Pero puede afirmarse que, con todo, le queda la alternativa de recurrir a la solidaridad de amigos y vecinos. En general, los comportamientos solidarios no constituyen deberes jurídicos sino imperativos morales que, muchas veces, no pueden ser exigidos coactivamente. Sólo de existir una norma que estableciera este deber de colaboración, podría afirmarse que ésta, verdaderamente, es una alternativa real de movilización. Mientras ello no ocurra – lo que por cierto es bastante probable –, no puede sostenerse que el derecho a la autonomía y a la libre

circulación del actor se encuentra restringido de la misma manera como se restringen tales derechos a quienes pueden acudir a otras alternativas de transporte. Nadie, mientras el Estado pueda remediarlo, debe librar la efectividad de sus derechos fundamentales a la caridad ajena.

En este caso, el actor tiene un verdadero derecho fundamental a un trato especial por parte del Estado, de manera tal que se asegure el ejercicio de su autonomía, al menos, en las mismas condiciones en las cuales puede ejercer este derecho una persona que se encuentra en pleno uso de sus capacidades físicas.

19. Por las razones que acaban de ser expresadas, la Corte considera que la decisión de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en virtud de la cual se le niega al actor el permiso de circulación en su vehículo particular durante las horas de restricción vehicular, constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la autonomía y a la libre circulación por omisión del deber de trato especial.

La vulneración a la igualdad se produce por una doble vía. En primer lugar por que la Alcaldía confiere al actor un trato distinto de aquel que otorga a personas que se encuentran en sus mismas circunstancias. De otra parte, porque la autoridad demandada le aplica al actor la misma norma que se aplica a quienes se encuentran en una situación muy diferente, es decir, a quienes se encuentran en pleno uso de sus capacidades físicas. Como ha sido mencionado, las condiciones en las que se encuentra el actor, conducen a la necesidad de establecer un régimen diferenciado, similar al que acertadamente diseñó la Alcaldía para quienes, sufriendo de una incapacidad física, pueden conducir su propio vehículo. Sólo de esta manera el actor podrá ejercer, en forma real y efectiva, su derecho a la libre circulación, y, en consecuencia, compensar la desigualdad real a la que se encuentra sometido.

En este caso, el trato favorable no constituye un privilegio arbitrario o una concesión caritativa. Es, por el contrario, simple cumplimiento del deber constitucional de especial protección al que se ha hecho mención, a fin de lograr que las personas discapacitadas no tengan que sumar a su circunstancia y a la marginación a la que usualmente se ven sometidos, una carga adicional a la que deben soportar el resto de los habitantes de la ciudad. Desconocer esta situación no sólo contradice el postulado mínimo de igualdad sino la más elemental idea de un orden justo.

Resta definir si la acción de tutela es el mecanismo adecuado para proteger los derechos fundamentales a la igualdad, a la libre circulación y a la autonomía del actor.

Procedencia de la acción de tutela.

20. En criterio del juez de instancia la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para ventilar las pretensiones del actor en la medida en que existe un medio judicial alternativo.

21. La acción de tutela se dirige contra una decisión de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá en virtud de la cual se le niega al actor el permiso de circular en su vehículo particular durante el horario de restricción establecido mediante el Decreto 626 de 1998.

Se trata de una acción contra un acto administrativo particular y concreto que podría ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Mediante esta acción, el peticionario podría señalar que la decisión impugnada vulnera lo dispuesto en el Decreto 715 de 18 de agosto de 1998 – que establece las excepciones a favor de las personas discapacitadas -, en la medida en que su texto debe ser interpretado en función del deber de

especial protección establecido en el artículo 13 de la Carta. Sin embargo, si llegare a considerarse que la excepción establecida en el mencionado decreto no admite duda y excluye a las personas que se encuentran en su condición, podría solicitar al Juez contencioso que inaplicará el Decreto 626 de 1998 – a través de la excepción de inconstitucionalidad –, de manera tal que, en aplicación directa de los artículos 13 y 47 de la Constitución, se le relevará de la obligación de cumplir los horarios de restricción vehicular.

En el evento anterior, la acción de tutela sólo podría proceder si se tratare de un mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha definido, de la siguiente manera, el concepto de perjuicio irremediable:

“Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio.”¹⁷ (subrayas fuera del texto).

Ahora bien, al amparo de la anterior definición, la Corte ha entendido que existe perjuicio irremediable de tracto sucesivo en aquellas circunstancias en las cuales, el paso del tiempo, produce una consumación sucesiva e irreparable del daño. Se trata de casos en los cuales el derecho no se agota o extingue en virtud de la consumación del perjuicio y, sin embargo, puede hablarse de la producción de un daño *ius fundamental* irreparable y de dimensiones intolerables¹⁸. La Corte ha entendido que la noción de perjuicio irremediable de tracto sucesivo se aplica, fundamentalmente cuando se trata de proteger el derecho a la libre circulación¹⁹. En efecto, el hecho de que una medida que limita arbitrariamente el derecho a la libre circulación pueda ser removida no significa que en cada momento en el cual la persona se vio injustamente limitada no se hubiere consumado un perjuicio que, al tiempo de la remoción de la medida arbitraria, ya es irremediable. Esta es, justamente, la circunstancia que analiza la Corte.

Cada vez que el actor sufre los efectos de la restricción vehicular, encontrándose impedido para circular y viendo por ello lesionados sus derechos a la igualdad y a la autonomía, se produce un daño irremediable. Dicha lesión se considera intolerable en la medida en que aumenta, desproporcionadamente la carga que una persona debe sufrir como efecto de la falta de cumplimiento del deber constitucional de especial protección y, por añadidura, profundiza la circunstancia de marginación y discriminación en las que se encuentran las personas que sufren alguna incapacidad física. Adicionalmente, no sobra advertir que el deber de especial protección no sólo vincula al Legislador y a la Administración, adicionalmente está dirigido a los

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-468/92. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

¹⁸ Sentencia T-150/95 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

¹⁹ Sentencia T-150/95 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

jueces y, en particular, al juez constitucional. En circunstancias como las que plantea la presente acción, el juez de tutela debe atender el llamado constitucional y procurar defender, de la mejor manera posible, los derechos de quienes necesitan una especial protección del Estado para defenderse de las agresiones públicas y la marginación social.

En consecuencia, aún si existiera un mecanismo judicial de defensa la acción de tutela sería procedente como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

22. Sin embargo, no puede pasar inadvertido para la Sala el hecho de que, en el presente caso, la cuestión debatida, pese a originarse en un acto administrativo, es exclusivamente constitucional. En efecto, el problema jurídico planteado conduce, en últimas, al siguiente dilema: o se aplica el Decreto 626 de 1998, según el cual el actor no puede movilizarse en su vehículo particular durante el horario de restricción o, por el contrario, se aplican los artículos 13 y 47 de la Constitución, en virtud de los cuales la restricción vehicular sólo puede imponerse al actor si la administración le proporciona medidas alternativas de transporte en condiciones de eficacia y seguridad, pues mientras ello no ocurra, la aplicación de la norma en cuestión (Decretos 626 y 715 de 1998), vulnera, por omisión de trato especial, lo dispuesto en los artículos constitucionales mencionados (13 y 47). En las circunstancias planteadas, esta segunda alternativa – la inaplicación del Decreto 626 de 1998 – implica la aplicación, en condiciones de igualdad, de la excepción contenida en el Decreto 715 de 1988.

En el caso estudiado, -como fue ampliamente expuesto en un aparte anterior de esta decisión-, el juez debe inaplicar la disposición reglamentaria (Decreto 626 de 1998), a fin de aplicar, directamente, los derechos consagrados en los artículos 13 y 47 de la Constitución.

Lo anterior significa que el juez de tutela no se debe pronunciar sobre la ilegalidad o inconstitucionalidad, *in genere*, de los actos administrativos que ha expedido la Alcaldía para imponer la política de restricción vehicular mencionada. De lo que se trata, simplemente, es de decidir si la decisión en virtud de la cual se le niega al actor el permiso de circulación viola sus derechos fundamentales a la igualdad, a la autonomía y a la libre circulación. No es pues un caso de aplicación indirecta -o a través de la ley- de la Constitución. El derecho que se protege no es un derecho constitucional de configuración legal. Tampoco se persigue proteger un derecho que sólo por conexidad puede elevarse a la categoría de derecho fundamental. No tiene el juez que adoptar medidas que invadan el campo de acción de otros órganos del poder público. Lo que se pretende es la confrontación directa de las normas constitucionales pertinentes (art. 13 y 47 C.P.) respecto de los derechos fundamentales vulnerados, sin que resulte necesario someter el caso a un experticio probatorio imposible de adelantar en el trámite de la tutela o acudir al derecho legislado o a los actos reglamentarios respectivos para llegar a la solución adecuada.

En otras palabras, la tarea del juez constitucional, en estos casos, es simplemente la de confrontar la decisión de la administración con los derechos fundamentales de aplicación inmediata de los cuales es titular el actor, a fin de indagar si la misma puede ser aplicada al caso sometido a juicio constitucional. El funcionario judicial no necesita acudir al derecho legislado ni a las normas de carácter reglamentario, es decir, a aquellas disposiciones cuyo intérprete natural es el juez ordinario o contencioso administrativo, pues su función se limita, exclusivamente, a aplicar la norma superior e inaplicar la disposición reglamentaria cuestionada.

En atención al principio de independencia y especialización funcional y de los principios de eficacia y economía procesal, la Corte ha entendido que, en casos como el presente, cuando el actor ha optado por acudir a la jurisdicción constitucional, el juez puede adoptar la decisión

definitiva²⁰. En efecto, en estos eventos no se está invadiendo arbitrariamente la órbita de otra jurisdicción, ni adoptando medidas que, en principio, deben ser decididas por los órganos políticos. Se trata, simplemente, de la protección de un derecho constitucional de aplicación inmediata, lo que implica la inaplicación, para el caso concreto, de la decisión administrativa que se considera inconstitucional.

Si se aceptara la tesis según la cual la tutela sólo procede como mecanismos transitorio, en todo caso, el juez contencioso tendría que llegar a la misma decisión a la que llegó el juez constitucional, pues el caso no está regulado por normas de su especialidad cuya aplicación – respecto de la cual aquel es el intérprete autorizado – pudiera variar el sentido de la decisión. En estos casos, sólo se impondría una carga innecesaria al usuario del servicio público de justicia y se aumentaría innecesariamente el volumen de procesos al interior de la rama judicial.

Cosa distinta ocurre cuando se trata de un caso en el cual es necesario acudir al derecho legislado o reglamentario para encontrar la solución adecuada o cuando es necesario adelantar una labor probatoria imposible durante el trámite de la acción de tutela. En estos casos, el juez de tutela sólo puede adoptar una decisión provisional de manera tal que el juez competente, en ejercicio de su autonomía y en pleno uso de sus facultades, realice la interpretación adecuada del derecho aplicable o practique las pruebas pertinentes, a fin de resolver el caso, de manera definitiva.

En virtud de lo anterior, la Sala considera que en el presente caso la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales vulnerados.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- **REVOCAR** la sentencia proferida el 13 de mayo de 1999, por el Juzgado Trece (13) de Familia de Santa Fe de Bogotá y, en su lugar, **CONCEDER** la acción de tutela impetrada. En consecuencia, se **ORDENA** a la Secretaría de Tránsito y Transporte del Distrito Capital Santa Fe de Bogotá, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice la circulación del vehículo de propiedad del actor durante el horario de restricción establecido mediante el Decreto 626 de 15 de julio de 1998, bajo la condición de que el mencionado vehículo sólo podrá circular durante el término de la restricción si se utiliza como medio de transporte del actor.

Segundo. **ORDENAR** al Juzgado Trece (13) de Familia de Santa Fe de Bogotá que, con la notificación de la presente providencia, envíe a la entidad demandada copia de todo el expediente a fin de que proceda a la identificación plena del actor.

Tercero. **ORDENAR** a la Secretaría General de la Corte Constitucional que adopte todas las provisiones necesarias para mantener el derecho a la intimidad del actor.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

²⁰ Sentencias T-100/94 (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz); T-233/94 (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz); T-335/95 (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell); T-352/97 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

T-823/99

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-824
octubre 21 de 1999

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO OFICIAL- Suspensión del servicio de energía
DERECHO A LA EDUCACION- Suspensión del servicio de energía

La Sala considera importante reiterar la jurisprudencia de esta Corporación acerca de que la suspensión del servicio de energía a los establecimientos educativos constituye una vulneración del derecho a la educación de los estudiantes y que, por lo tanto, las entidades territoriales deben programar oportunamente las partidas necesarias para el pago del servicio de energía.

Referencia: Expediente T-218469

Acción de tutela instaurada por Guillermo Soto Vergara contra la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A., E.S.P., Electrocosta S.A.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Primero Penal del Circuito de Montería y por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería dentro de la acción de tutela instaurada por Guillermo Soto Vergara contra la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A., E.S.P., Electrocosta S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

1.1 El 26 de febrero de 1999, Guillermo Soto Vergara - Personero Municipal de Montería - instauró una acción de tutela contra la compañía Electrocosta S.A., a la que acusa de vulnerar el derecho de los niños a la educación a través de su decisión de suspender el servicio de energía a los colegios oficiales Liceo Guillermo Valencia, José Antonio Galán y Antonio José de Sucre.

Relata el actor que, el 19 de febrero de 1999, fue suspendido el servicio de energía a los colegios mencionados, situación que ha ocasionado “una parálisis en las actividades a nivel administrativo y académico”, dado que las altas temperaturas de la ciudad de Montería impiden trabajar en esas condiciones. Señala que la suspensión del servicio de energía a los centros educativos mencionados vulnera el derecho a la educación de los niños y jóvenes que asisten a ellos, y aclara que estos estudiantes pertenecen a familias extremadamente pobres de Montería.

Solicita que la empresa Electrocosta S.A restablezca el servicio de energía a los planteles educativos mencionados y que concierte con las autoridades municipales y departamentales o con el Fondo Educativo Departamental - FED, para que se comprometan a cancelar dicho servicio público “de acuerdo a lo establecido en la Ley 115 de 1994, en sus artículos 173, 174, 175, 182 y 184 ya que estos planteles educativos no son responsables de dicha cancelación”. Añade que el decreto 1857 de 1994, por medio del cual se establecen normas generales para el funcionamiento de los fondos del servicio docente, dispone, en el artículo 3, que los recursos de los fondos de servicios docentes sólo podrán utilizarse en los siguientes rubros presupuestales: “Gastos Generales: numeral e) servicios públicos: acueducto, alcantarillado, recolección de basuras, teléfonos, gastos de instalación y traslado de servicios”. También fundamenta su solicitud en la sentencia T-018/98 de esta Corporación, en la que se concluyó que la suspensión del servicio de energía eléctrica en un plantel educativo viola el derecho a la educación y la esencia misma de los servicios públicos.

2. Pruebas.

2.1 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería ordenó escuchar las declaraciones del jefe de la división comercial de Electrocosta S.A. y de los rectores de los Colegios Liceo Guillermo Valencia, José Antonio Galán y Antonio José de Sucre.

2.2. El 1 de marzo de 1999, el jefe de recursos humanos de la división comercial de Electrocosta S.A. rindió declaración ante el Juzgado. Explica que Electrocosta suspendió el servicio de energía eléctrica en los Colegios Liceo Guillermo Valencia, José Antonio Galán y Antonio José de Sucre “en razón del incumplimiento por parte de estos clientes-usuarios que por su naturaleza los tenemos clasificados como del sector Oficial observando que para el caso de la Escuela Antonio José de Sucre refleja un atraso de tres períodos facturados y no cancelados presentando una deuda de \$1.253.042.00; para el caso de la Escuela Anexa José Antonio Galán un retraso de 4 períodos por un valor de \$1.926.058.00, y para la Normal Guillermo Valencia un retraso de 4 períodos por un valor de \$1.540.400.00 pesos y dentro de las mismas instalaciones con servicios separados a cargo del Colegio Nacionalizado Manuel H. Iriarte un retraso de 4 períodos por un valor de \$2.054.238.00”. Añade que el anterior incumplimiento le causa perjuicios a Electrocosta por cuanto “la naturaleza de ella es la de comercializar el producto de energía eléctrica lo que nos implica que para poderle cumplir a nuestros clientes usuarios debemos comprarle este producto de energía eléctrica a los generadores con que cuenta el país, que en su orden son las grandes hidroeléctricas y termoeléctricas.” Anota que la medida de suspensión del servicio fue tomada con base en la ley 142 de 1994, que señala que, en los casos de incumplimiento por parte del consumidor final, por el no pago en las fechas y dentro de los plazos establecidos previamente, las empresas distribuidoras del servicio de energía eléctrica pueden suspender la prestación del servicio.

Expone el deponente que Electrocosta estaría dispuesta a restablecer el servicio de energía eléctrica en dichos planteles, siempre y cuando los directores de éstos “hagan unas gestiones que se materialicen por lo menos en unos pagos parciales teniendo en cuenta el número de meses en atraso y no pago como igualmente el valor acumulado”. Con todo, el declarante hace énfasis en la exigencia de compromisos reales que garanticen el cumplimiento de la obligación que se genera por concepto de la prestación del servicio.

Señala que, con la debida antelación, la división de la que es jefe dirigió al alcalde de Montería diversos oficios en los que le notificó sobre la deuda de cada uno de los establecimientos educativos y sobre la proyección del consumo de energía de los mismos en los meses siguientes. En respuesta a estas notas, el alcalde envió el oficio 587 de 1998 a la representante legal de Electrocosta S.A., en el que hace un listado de las escuelas de la ciudad que no dependen de la alcaldía y solicita que las cuentas de energía de esos centros educativos no le sean enviadas, por cuanto el municipio no está obligado a cancelarlas. La documentación referida es anexada al proceso por el declarante. Los términos de la carta son los siguientes: “Siguiendo nuestra política de esclarecer la deuda que de años atrás tenemos con esa empresa, le informamos que las Instituciones Educativas que a continuación le relacionamos, no son de nuestra dependencia, por lo tanto le solicitamos excluirlas y no facturarlas a esta Alcaldía”. Importa mencionar que dentro de los planteles relacionados en el oficio se encontraban la Normal Guillermo Valencia y la anexa José Antonio Galán.

2.3. Los rectores de la Escuela Urbana Antonio José de Sucre y del Liceo Guillermo Valencia rindieron declaración ante el Juzgado. El rector del Colegio Antonio José de Sucre manifestó que, aunque el servicio de energía le había sido suspendido al colegio aproximadamente durante 15 días, en el momento de la declaración - el 1° de marzo de 1999 - la escuela sí contaba con ese servicio. Expone que “el último recibo de la Electrificadora de Córdoba llegó por un valor de \$13.869.408,00, lo que quiere decir que el Municipio debía pagar el servicio de luz por ser ésta una institución oficial, sin embargo esto no se ha hecho”. Señala que en la institución estudian 350 niños, con una edad promedio de 11 años, y que ellos se ven afectados por la falta de energía, por cuanto “no es justo tenerlos en un salón sin luz, sin ventiladores, en un clima como el nuestro.” Sobre las diligencias que ha adelantado para cancelar el valor de la deuda expone lo siguiente: “Sí se han hecho diligencias, fuimos a la Alcaldía un grupo de directores y rectores de instituciones oficiales de la ciudad de Montería, llevando tres propuestas: la primera que convirtieran a estos colegios en entidades sin ánimo de lucro porque esas entidades están exentas de pagar servicios públicos; segunda que se haga un cruce de cuentas entre el Municipio y Electrocosta; y la tercera, que por el situado fiscal hay un porcentaje para pagos de servicios públicos de las instituciones oficiales. Ninguna de las tres propuestas fue acogida por el asesor jurídico y la última gestión que se hizo fue enviar una carta al Personero Municipal, donde se le manifiesta el problema del corte de energía de la institución”. Por último, solicita al municipio resolver el problema de la suspensión del servicio eléctrico a los colegios.

El rector del Colegio Liceo Guillermo Valencia manifestó en su declaración que el servicio de energía les fue suspendido el 26 de febrero de 1999. Agrega que el colegio que dirige es oficial y que “el pago del servicio debe estar a cargo del municipio, por situado fiscal, ley 60 de 1993.” Señala que antes de que se suspendiera el servicio, él y otros rectores se reunieron con el alcalde encargado, el secretario de educación municipal, el asesor jurídico del departamento y del municipio y el personero municipal para exponerles las dificultades que se presentaban con el servicio eléctrico y presentarles algunas propuestas de solución. Señala que dichos funcionarios

“fueron enfáticos en afirmar que en esos momentos ellos no tenían ninguna solución al problema”, razón por la cual se decidió instaurar la acción de tutela, a través del personero.

3. Sentencias objeto de revisión.

3.1 El ocho (8) de marzo de 1999, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería, Córdoba, denegó la tutela impetrada. Afirma el juzgado que la suspensión del servicio de energía eléctrica a los colegios aludidos no constituye una violación del derecho a la educación de los niños y jóvenes que asisten a esos centros educativos. Al respecto menciona que, según el artículo 140 de la ley 142 de 1994, el servicio de energía eléctrica puede ser suspendido cuando el usuario no está a paz y salvo con el pago del mismo, en los términos que fije la entidad en el contrato de prestación del servicio. De igual forma, señala que las resoluciones 108/97 y 70/98, que regulan lo relativo al contrato de distribución y comercialización del servicio de energía eléctrica, disponen que, para poder recibir el servicio de energía eléctrica, el cliente, usuario o propietario, debe estar a paz y salvo, por todo concepto, con la empresa. De esta manera, concluye que el derecho a la educación no se encuentra vulnerado en la situación bajo examen, pues el suministro de energía eléctrica es un servicio que implica obligaciones para el beneficiario.

Asevera que “al no cumplirse por parte del usuario las obligaciones que le corresponda, es lógico que debe acarrearle sanciones, que fue precisamente lo ocurrido en este caso al suspenderle el servicio aludido a los precitados colegios”. Afirma que aunque el artículo 365 de la Constitución Política dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los colombianos, “dichos servicios están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, en este caso, es la obligación del usuario al pago del mismo para evitar con ello la suspensión del mismo”.

Por último, sostiene que “la energía eléctrica no es un elemento esencial de la educación”, aunque señala que “sí puede ser un medio para adquirir conocimiento en mejores condiciones ambientales”.

3.2. El actor impugnó la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito Montería, Córdoba. En su escrito, reitera que la suspensión del servicio de energía a los planteles aludidos sí constituye una violación del derecho a la educación de los alumnos de esos colegios, pues “en ciudades como Montería de temperaturas que llegan casi a los 40° se hace casi imposible desenvolverse en este medio, y más, en los planteles educativos, donde por el número de personas en las aulas hace más sofocante el ambiente, generando incomodidades al alumnado, por lo tanto no son las mejores condiciones para desarrollarse sanamente vulnerando así el derecho a la educación”.

Sostiene que la suspensión del suministro de energía a los planteles educativos condena a los estudiantes a la ignorancia, pues en éstos funcionan computadores, máquinas y el servicio de internet. Explica, además, que los colegios afectados son oficiales y ofrecen educación en jornadas nocturnas, con lo cual benefician fundamentalmente a personas marginadas y a aquéllas que solamente pueden estudiar de noche.

Por último, reitera que, de acuerdo con la ley 115 de 1994 y el decreto 1857 del mismo año, no corresponde a los colegios el pago del servicio de energía eléctrica, y que, por lo tanto, “el juzgador tendrá que sugerir a las empresas del servicio, que requiera a las entidades territoriales para que cancelen el servicio de energía pues no es obligación de los centros educativos cancelarla”.

De otra parte, el Personero anexa al proceso de tutela un escrito que le había enviado, el 15 de marzo de 1999, el rector del Colegio Antonio José de Sucre, en el cual el rector del plantel le informa que Electrocosta “nuevamente suspendió el servicio de energía eléctrica a esta institución educativa”. Además, el rector manifiesta: “Cuando esto sucede, a uno le dan ganas de llorar, es una sensación de impotencia, no tiene uno donde acudir, ni donde quejarse, lo que se hace es pagar a alguien para que la reinstalen y cada vez se hace más difícil la reconexión. Nuevamente le recuerdo que la escuela no tiene recursos para pagar este servicio y el decreto 1857 prohíbe a las instituciones educativas pagarlo”. Finalmente, le solicita al personero mediar entre Electrocosta y la Administración municipal para que el servicio no les sea suspendido.

3.3. El 15 de abril de 1999, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Córdoba, confirmó la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería. Sostiene que, dado que Electrocosta es una empresa privada, “sólo está obligada a deparar el servicio en la medida en que se le cancelen los valores respectivos”. Por lo tanto, concluye que dicha empresa no violó ningún derecho al suspender el servicio de energía eléctrica a quienes no se encontraban al día en los pagos de este servicio. Aclara que sería distinto si Electrocosta fuera una entidad oficial, caso en el cual sí tendría que obligarse directamente al Estado a cancelar el servicio.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. El Personero Municipal de Montería instauró acción de tutela contra Electrocosta S.A., porque considera que esta empresa desconoció el derecho a la educación de los niños cuando decidió suspender el servicio de energía en distintos colegios oficiales. El personero busca que través de la tutela se restablezca el servicio de energía.

2. El jefe de recursos humanos de la división comercial de Electrocosta S.A. justificó la suspensión del servicio de energía eléctrica por el incumplimiento en el pago por parte de los usuarios. Señala que la medida de suspensión del servicio fue tomada con base en la ley 142 de 1994, que consagra esta medida para estos casos.

3. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería -Córdoba, denegó la tutela porque consideró que la suspensión del servicio de energía eléctrica a los colegios aludidos no violaba el derecho a la educación de los niños que asisten a esos centros educativos. Sostuvo que la ley autoriza la suspensión del servicio de energía eléctrica cuando el usuario no esté a paz y salvo con el pago del mismo.

4. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Córdoba, confirmó la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería, con el argumento de que Electrocosta no estaba obligada a prestar el servicio de energía si los usuarios incumplían con su obligación de pago.

Problema jurídico.

5. Se trataría de establecer si la suspensión de la prestación del servicio de energía a colegios oficiales, motivada en la omisión en el pago de las facturas, desconoce el derecho a la educación de quienes asisten a dichos establecimientos educativos. Sin embargo, las pruebas practicadas por la Sala conducen a la conclusión de que los hechos objeto de la demanda ya fueron superados, razón por la cual deberá negarse la tutela, como se explica a continuación.

6. En respuesta a un cuestionario que le fuera enviado, el secretario de educación de la ciudad de Montería expresó, mediante escrito del día 13 de agosto de 1999, que algunos planteles

educativos de la ciudad continuaban sufriendo la suspensión del servicio de energía. Anota que la Escuela José Antonio Galán y la Normal Guillermo Valencia pertenecen al sector oficial, pero aclara que ellas no aparecen registradas en el Acuerdo N° 050 de 1993, “por medio del cual se legaliza la creación de las escuelas oficiales del municipio de Montería.” Por esta razón, concluye que estos establecimientos educativos dependen estrictamente del F.E.D., entidad que, entonces, debe hacerse cargo del pago de sus cuentas de energía.

Respecto al Colegio Antonio José de Sucre, señala que este pertenece al Municipio de Montería, y que, por lo tanto, “a la Alcaldía de Montería le compete el normal funcionamiento de ésta.” De tal forma, señala que “el no pago de facturas de energía de esta institución, al igual que la suspensión del servicio obedece posiblemente al trámite que le ha dado la Secretaría de Hacienda Municipal. Por tanto, es de su competencia explicar esto, como también las gestiones que hayan tenido lugar con ELECTROCOSTA, para superar esta situación.”

El secretario de educación de la alcaldía añade, sin embargo, que “hasta el momento no hay claridad en la competencia para el pago de las facturas del servicio de energía eléctrica de los Planteles Educativos del Municipio, toda vez que el Acuerdo N° 50 de diciembre 15 de 1993, se sancionó antes de la Certificación o Descentralización Administrativa que tuvo lugar el Departamento en lo concerniente con el Sector Educativo. Es de suponer que con la certificación del Departamento, alcanzada según Resolución N° 3076 de agosto 12 de 1997, a éste le compete la administración y el manejo de la educación en Córdoba. Sin embargo, hasta tanto no halla claridad, al Municipio le corresponde asumir la responsabilidad de la educación en sus instituciones según el Acuerdo N° 050/93.”

7. En documento suscrito el día 13 de septiembre de 1999, el secretario de educación de la Gobernación de Córdoba asevera que “la Escuela Anexa José Antonio Galán, la Normal Guillermo Valencia y el Colegio Antonio José de Sucre dependen de la secretaría de Educación Departamental. A raíz de la certificación otorgada al Departamento de Córdoba, en cumplimiento de las disposiciones establecidas en la ley 60 de 1993, se incorporaron los establecimientos educativos del orden nacional y nacionalizado a la estructura de la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba”.

Por lo tanto, señala que a partir de la certificación “le corresponde al Departamento, desde luego con recursos del situado fiscal, la atención de los gastos de funcionamiento de los establecimientos educativos incorporados a la estructura de la Secretaría de Educación, como es el caso de los servicios públicos”.

En contra de lo afirmado por el secretario de educación, recreación y deporte de la alcaldía de Montería, en su nota del 13 de agosto, acerca de que algunos planteles educativos todavía permanecían sin servicio eléctrico, el secretario de educación departamental asevera en su carta que “no persiste la suspensión del servicio de energía eléctrica de los colegios a cargo del departamento, por cancelación del mismo.” Para el efecto acompaña una certificación expedida por la Jefe de Cobros de Electrocosta, el día 10 de septiembre de 1999, en la que se da constancia de “Que todos los colegios y escuelas oficiales del Departamento de Córdoba se encuentran a paz y salvo hasta el mes de julio/99. A partir de la fecha de su cancelación se reconectó el servicio de energía en dichas instituciones.” Finalmente, el secretario de educación departamental aclara que “la razón por la cual no se pagó a tiempo el servicio de energía eléctrica de los mencionados establecimientos educativos fue la falta de disponibilidad presupuestal, (pero) en el mes de julio esta dependencia hizo un abono a Electrocosta por valor de \$500.000.000.”

Hechos superado.

8. El objeto de la presente acción de tutela era lograr que se reanudara el servicio de energía en los Colegios oficiales Liceo Guillermo Valencia, José Antonio Galán y Antonio José de Sucre de Montería, Córdoba, por parte de la Electrificadora Electrocosta S.A. La empresa demandada manifestó que había suspendido el servicio de energía en dichos colegios con base en la ley 142 de 1994, que permite, en caso de incumplimiento por parte del usuario, que la empresa prestadora del servicio lo suspenda.

Como se desprende de la contestación al cuestionario que le fuera remitido por esta Sala al Gobernador de Córdoba, el servicio de energía en los colegios afectados ha sido restablecido, en razón de que la gobernación efectuó un importante abono a su deuda en el mes de julio. Asimismo, de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, también se ha dejado ya en claro que los tres planteles que habían sido objeto de la medida de suspensión del servicio de energía dependen del departamento, y que, por lo tanto, él debe asumir la cancelación del servicio de energía de esos establecimientos educativos. Con ello se ha eliminado también la confusión que existía acerca de cuál era la entidad territorial responsable de esos planteles educativos, confusión que había contribuido a que se generaran los hechos objeto de este proceso de tutela.

Lo anterior indica que el objeto de este proceso se ha extinguido y que la Sala se encuentra ante un hecho superado. La jurisprudencia de la Corte ha definido que cuando los hechos que dieron lugar a la acción de tutela desaparecen al momento de entrar a dictarse la sentencia, la acción de tutela pierde su razón de ser y sólo cabe negar la petición de amparo por sustracción de materia. Ello, por cuanto ya no existe un objeto jurídico tutelable, en razón de la extinción de la alegada amenaza o vulneración del derecho fundamental.¹ Esta es la situación que se presenta en este proceso y, por lo tanto, esta Sala procederá a confirmar la sentencia que negó el amparo.

9. A pesar de que en el presente proceso no es necesario dictar una sentencia de fondo, en razón de que han sido superados los hechos que dieron origen a la demanda de tutela, la Sala considera importante reiterar la jurisprudencia de esta Corporación acerca de que la suspensión del servicio de energía a los establecimientos educativos constituye una vulneración del derecho a la educación de los estudiantes y que, por lo tanto, las entidades territoriales deben programar oportunamente las partidas necesarias para el pago del servicio de energía. Al respecto es importante recordar que en la sentencia T-380 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara - cuyos argumentos fueron refrendados en la sentencia T-018 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz -, se precisó que “es fundamental que las autoridades del orden nacional, departamental y municipal adopten de manera prioritaria las medidas del caso para que en los proyectos de presupuesto (...) se incluyan partidas suficientes en orden a que los Colegios e Instituciones de Educación públicos u oficiales puedan atender la cancelación de los servicios públicos a su cargo...”

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

¹ Ver sobre este tema, entre otras, las sentencias T-515/1992, T-338/1993, T-494/1993, T-100/1995, T-469/1996, T-167/97, T-463/97 y T-522/97.

T-824/99

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR**, por la razón anotada en la parte motiva, la sentencia de tutela dictada, el 15 de abril de 1999, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Córdoba, en la cual se confirmó la providencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería, que denegó el amparo solicitado por el Personero Municipal de Montería, Córdoba.

Segundo: Líbrense por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

SENTENCIA No. T-826
octubre 21 de 1999

ACCION DE TUTELA- Improcedencia cuando la desvinculación laboral no se relaciona con enfermedad del trabajador

ACCION DE TUTELA- Carga de la prueba

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO- No demostración, que terminación la motivó ser portador del VIH

DERECHO AL TRABAJO- Prohibición de exigir prueba sobre VIH

Referencia: Expediente T-227955

Acción de tutela incoada por XX contra “Inversiones Ragoa A.R.G. Limitada”

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., el veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla.

I. INFORMACION PRELIMINAR

XX instauró acción de tutela contra “Inversiones Ragoa A.R.G. Limitada” –a la cual se encontraba vinculado desde el 12 de octubre de 1998 mediante contrato de trabajo a término fijo, y según el demandante, pactado a un año–, por estimar violados sus derechos a la vida, a la salud, a un adecuado nivel de vida y a la dignidad humana.

Señaló que actualmente padece “una enfermedad conjuntiva crónica en fase acelerada o, lo que es lo mismo, el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), agente causal del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”, hecho que, según el demandante, no desconocía el patrono al momento de terminar de manera injustificada el contrato y de desafiliarlo del Seguro Social. Cabe anotar que no se aportó prueba alguna que demostrara que el empleador sabía cuál era la enfermedad que sufría el peticionario.

Aseguró que el empleador, cuando el actor se encontraba incapacitado, decidió prescindir de sus servicios, lo que ha generado su estado de indefensión y un perjuicio irremediable, dada a la progresividad de la enfermedad que padece. Se aportaron las órdenes médicas de incapacidad, pero en tales documentos no se hace mención a enfermedad alguna.

Anotó el demandante que la mencionada empresa consignó a su favor por concepto de prestaciones sociales la cantidad de \$978.375.00, previa autorización de un juez laboral, pues él se había negado a recibirla, por no estar de acuerdo con la terminación del contrato laboral.

Mediante oficio del 21 de mayo de 1999, la sociedad demandada informó al Juzgado de instancia que entre “Inversiones Ragoa A.R.G. Limitada” y el actor, se celebró un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, con fecha de iniciación de labores –octubre 14 de 1998, el cual fue prorrogado por tres (3) períodos iguales, así: la primera prórroga se dio del 14 de noviembre de 1998 al 13 de enero de 1999 y la segunda del 14 de enero de 1999 al 13 de febrero de 1999–.

Alegó la compañía que el contrato de trabajo en referencia no se encuentra actualmente vigente, puesto que el mismo expiró por el vencimiento del término pactado, incluidas las prórrogas. Manifestó que este tipo de contratos, según el Decreto 1127 de 1991, no requieren preaviso. Además, afirmó que su desafiliación del Seguro Social, era la natural consecuencia de la terminación del vínculo laboral.

Por otra parte, el representante legal de la empresa demandada aseveró, bajo la gravedad del juramento, que no tenía conocimiento acerca de la enfermedad que padece el accionante, que se enteró de ella por la comunicación del juez de tutela, y que esta información fue ocultada por el trabajador al momento de ingresar a la empresa, lo cual fue catalogado por el ex patrono como un acto de mala fe.

La empresa aportó una copia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, pactado a un mes, y el cual fue prorrogado por tres meses más (folio 35).

El actor, mediante oficio dirigido al juez de instancia, sostuvo que no existía obligación a su cargo consistente en revelar la enfermedad que padece. Expresó que el contrato de trabajo no era inferior a un año, tal como lo afirmó el empleador, y que ello se corroboraba con la falta de coincidencia entre las sumas indicadas en los volantes de pago y aquella que aparece en la copia del contrato de trabajo que aportó el patrono.

El demandante, en torno a dicho documento, manifestó en su demanda:

“...no es de extrañar que dicho contrato de trabajo sea falso por cuanto el que yo firmé inicialmente, fue para la fecha octubre 12 de 1998, cuyas características de forma eran diferentes al que aparece aportado como prueba, recuerdo perfectamente que se trataba de una sola hoja, la cual firmé al finalizar la misma y no al reverso, es más conmigo no firmó ningún testigo, excepto mi padre que me acompañó ese día, otra observación es que por parte de la empresa, jamás se me dio una copia del mencionado contrato, por lo que insisto y dado a los avances de la tecnología, ese no es el contrato original el de fecha 12 de octubre de 1998, este tiene fecha de octubre 14 de 1998 y el sueldo es diferente al que yo devengaba”.

II. LA DECISION JUDICIAL MATERIA DE EXAMEN

Mediante fallo del 27 de mayo de 1999, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla negó la tutela, con base en los siguientes fundamentos:

“Los hechos expuestos en el proceso materia de estudio configuran a las claras un caso de índole típicamente laboral que encuentra respuesta en la normatividad legal y cuya resolución está a cargo de los jueces laborales.

Tanto en el memorial petitorio de tutela con sus respectivos anexos, como en el presentado por el accionante en el día de hoy –mayo 27 de 1999–, no es posible deducir de ese material probatorio una conducta activa u omisiva de parte de la empresa demandada, a la cual pueda atribuirse la situación actual del solicitante y que sea susceptible de corregir aplicando principios o preceptos constitucionales.

La legislación laboral tiene prevista la posibilidad de todo patrono de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y puede hacerlo aun sin que medie justa causa, siempre que pague al trabajador –como aquí se hizo– la indemnización correspondiente. Se trata, entonces, de una conducta legítima de un particular, contra la cual no cabe la acción de tutela, según lo estatuye el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991.

Lo concerniente al reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral está previsto en el Código Sustantivo del Trabajo y en las normas concordantes y es de competencia de la justicia ordinaria establecer si en el caso concreto hay lugar a responsabilidad del patrono y la cuantía y modalidades de las indemnizaciones que por ese concepto deba asumir en caso de prosperar las pretensiones del trabajador”.

La providencia judicial no fue impugnada.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

Improcedencia de la acción de tutela cuando la desvinculación laboral no está relacionada con la enfermedad que padece el trabajador

Debe esta Sala establecer si la simple terminación del vínculo laboral de una persona contagiada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH-, implica necesariamente la violación de sus derechos fundamentales, aun cuando no se haya probado que su desvinculación tuvo como motivo el padecimiento de esa enfermedad.

Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado, es necesario resaltar la última circunstancia antes enunciada, esto es, que en el presente caso no encuentra la Corte demostrado que la terminación del vínculo laboral del demandante haya tenido como causa su condición de enfermo de SIDA, aunque el trabajador durante el proceso de tutela así lo haya asegurado de manera insistente.

En efecto, la prueba documental no permite demostrar que el patrono hubiera tenido conocimiento de la enfermedad, y mucho menos que la terminación del contrato haya operado por dicha razón. Y cabe señalar que en el asunto bajo estudio, dada la afirmación hecha por el demandante, a éste le correspondía la carga de la prueba.

Para esta Corporación, como lo ha indicado su Sala Plena, lo que resulta reprochable desde el punto de vista constitucional no es el despido en sí mismo –al que puede acudir todo patrono siempre que lo haga en los términos y con los requisitos fijados por la ley– sino la circunstancia –que debe ser probada– de que la terminación unilateral del contrato por parte del patrono haya tenido origen precisamente en que el empleado esté afectado por el virus o padezca el síndrome del que se trata.

Dijo la Corte:

“Estima la Corte que si bien el trabajador inmerso en esta situación puede ser desvinculado de su empleo y no existe para el empleador una ‘obligación de preservarle a perpetuidad en su cargo’, no puede ser despedido precisamente por su condición de infectado del virus, pues esta motivación implica una grave segregación social, una especie de *apartheid* médico y un desconocimiento de la igualdad ciudadana y del derecho a la no discriminación (Art. 13 C.P.). Con ello obviamente se vulneran estos derechos fundamentales, así como también el derecho a la dignidad.

Siendo como es la Corte Constitucional, guardiana de la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Política, no puede abstenerse de hacer un pronunciamiento respecto de una situación jurídica, en este caso la terminación unilateral del contrato, cuya motivación implica una ostensible violación de los derechos que ella tutela. Es ésta una cuestión que evidentemente es de su competencia.

Y así como en el ámbito del derecho civil se estudia cómo la causa inmoral o ilícita vicia de nulidad la manifestación de la voluntad humana, en el caso que nos ocupa, la motivación que en sí misma es lesiva de derechos fundamentales, hace que la situación jurídica que en tal motivación toma pie no pueda surtir efectos, porque precisamente dichos efectos se erigen como la concreción material de la violación de los derechos mencionados.

Resumiendo, la Corte estima que el despido motivado en la consideración de ser el empleado portador asintomático del virus V.I.H. , no puede ser avalado por el Estado por atentar contra los derechos a la dignidad y a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. No existe, pues, una libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo una relación laboral. Si ese motivo resulta lesivo de derechos fundamentales, hace que el despido constituya un acto de atropello y no una situación jurídica que pueda ser reconocida como legal” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

En el presente asunto, al no hallarse la relación causal entre el padecimiento del accionante y la terminación del contrato de trabajo a término fijo, el juez constitucional se encuentra ante un asunto que no le compete resolver, por cuanto de lo aportado al proceso no se deduce la violación de los derechos fundamentales de aquél, en el sentido de que haya podido ser discriminado o estigmatizado por el patrono.

En este orden de ideas, al no establecerse la vulneración del derecho a la igualdad del accionante, estima la Sala que se trata de una controversia ordinaria, y que quienes están llamados a resolverla son los jueces laborales, en aplicación del principio de subsidiariedad que rige el amparo constitucional (art. 86 C.P.).

No obstante lo anterior, respecto de la afirmación del empleador según la cual el actor habría incurrido en mala fe por no haber informado que tenía el mencionado virus al momento de vincularse a la empresa, esta Corporación considera importante recordar que el trabajador, al iniciar la relación laboral y durante el transcurso de la misma, no está obligado a expresar ni a divulgar el aludido hecho, pues así lo ha establecido el ordenamiento jurídico, con el fin de evitar la discriminación y el aislamiento social de los enfermos.

En la citada providencia la Corte expresó:

“Sería ilógico que a una persona por padecer un mal, se le tratara de manera nociva para su integridad física, moral o personal.

Así lo ha entendido nuestro legislador al proferir las leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, cuyo decreto reglamentario 0559 de 1991 señala en su artículo 22 la prohibición de exigir pruebas tendientes a determinar la infección por el V.I.H. para acceder o permanecer en una actividad laboral, en un claro propósito de evitar la discriminación de las personas asintomáticas infectadas de este virus; y así mismo, y con igual espíritu, en el artículo 35 establece que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el virus”.

Además, cabe recordar que el artículo 35 del Decreto 1543 de 1997, “mediante el cual se reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y las otras enfermedades de transmisión sexual (ETS)”, dispone que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el VIH, y que no constituye causal de despido el hecho de estar infectado por dicho virus o de haber desarrollado alguna enfermedad asociada al síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), sin perjuicio de que se reconozca la pensión de invalidez, de conformidad con las normas laborales.

Por último, en vista de que el demandante alega la falsedad de uno de los documentos aportados al proceso por “Inversiones Ragoa A.R.G. Limitada”, se remitirá copia del expediente a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

Al tenor de los criterios precedentes, se confirmará el fallo de instancia.

DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, mediante el cual negó la tutela solicitada.

Segundo. Con el fin de proteger el derecho a la intimidad del demandante, su nombre no podrá ser divulgado.

Tercero. Remítase copia del expediente a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.

Cuarto. Dar cumplimiento a lo estatuido por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
(Presidente de la Sala)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-827

octubre 21 de 1999

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL- Características

El artículo 48 de la C.P. le dio connotación constitucional a la seguridad social, tanto en salud como en pensiones. La jurisprudencia ha dicho cuáles son las características del sistema: “En efecto, el ordenamiento constitucional en vigor consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos. “ Además del artículo 48, el artículo 53 de la C.P. establece la “garantía a la seguridad social”, lo cual significa que los trabajadores dependientes tienen derecho a la seguridad social, es obligación estar dentro del sistema de seguridad social, con las características de irrenunciable y de aplicación de la norma más favorable porque la seguridad social es en la Constitución actual un principio mínimo fundamental inherente al derecho al trabajo.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-

Fundamental por conexidad

PENSION DE JUBILACION- Derecho adquirido

PENSION DE JUBILACION- Protección constitucional especial

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Interpretación de normatividad con sujeción a la Constitución

PENSION DE SOBREVIVIENTES- Fundamental

PENSION DE SOBREVIVIENTES- Derecho configurado

PENSION DE SOBREVIVIENTES- Compañera permanente o cónyuge

PRINCIPIO DE LA BUENA FE- Proyección constitucional

ACTO PROPIO- Respeto

ACTO PROPIO- Condiciones para su aplicación

ACTO PROPIO- Respeto por todos los operadores jurídicos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Respeto a los aportes y no extinción unilateral

PENSION DE VEJEZ- Improcedencia de devolución unilateral de aportes

PRINCIPIO DE LA BUENA FE- Devolución de aportes efectuados para pensión

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ- Requisitos

SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE- Exclusiones

CONTRIBUCION PARA FISCAL- Cotización en seguridad social

VIA DE HECHO- Clases de defectos en la actuación

PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO- Alcance

PERJUICIO IRREMEDIABLE- Vida probable

VIA DE HECHO EN PENSION DE VEJEZ- No reconocimiento y devolución de aportes

PENSION DE JUBILACION Y PENSION DE VEJEZ- Reconocimiento por entidad oficial y por empleador particular

PENSION DE VEJEZ- Entidad a reclamar es el ISS y no el empleador

Referencia: Expediente T-202532

Acción de tutela instaurada por Olga Orozco viuda de Rojas contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juez 38 Penal Municipal de Santafé de Bogotá y por el Juez 28 Penal del Circuito de la misma ciudad dentro de la acción de tutela instaurada por Olga Orozco de Rojas contra el Instituto de los Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

1.1. El 12 de junio de 1919 nació Angel Rojas Rodríguez, quien contrajo matrimonio con Olga Orozco, quien había nacido el 13 de noviembre de 1928.

1.2. Angel Rojas laboró en dependencias oficiales del departamento del Huila por más de 20 años y al cumplir los 50 años de edad solicitó su pensión de jubilación.

1.3. La Industria Licorera del Huila le reconoció a Angel Rojas Rodríguez, el 31 de marzo de 1971, una pensión mensual vitalicia de \$2.675,31, con fundamento en la ley 6ª de 1945, la ordenanza

19 y el decreto 687 de 1946, la ley 171 de 1961, el decreto 1611 de 1962 y la ley 4ª de 1966. La pensión se decretó por trabajo realizado por el señor Rojas en el departamento del Huila, en la Caja de Previsión del Huila y en la Industria licorera del Huila, desde el 1° de enero de 1944 hasta el 6 de enero de 1967, con algunas interrupciones, completando un total de 20 años, 8 meses y 13 días al servicio de tales entidades del orden departamental.

1.4. Ya estando por fuera del servicio oficial, el señor Rojas se vinculó mediante contrato de trabajo con la empresa privada denominada Almacenes YEPLtda., desde el 13 de febrero de 1968 hasta el 1° de julio de 1971; después laboró al servicio de la entidad denominada Parque Cementerio La Inmaculada desde el 17 de julio de 1972 hasta el 10 de julio de 1973, y nuevamente volvió a trabajar en Almacenes YEP desde el 29 de mayo de 1974 hasta el 28 de febrero de 1998. Durante estos años el trabajador estuvo afiliado al I.S.S.. En total cotizó al I.S.S. 1.466 semanas.

1.5. El 14 de junio de 1995, Angel Rojas Rodríguez solicitó al ISS que le reconociera la pensión de vejez porque había laborado en empresas particulares por más de 20 años, tenía 76 años y computadas las cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1994, según el propio I.S.S., eso equivalía a 1302 semanas.

1.6. El 15 de julio de 1996, por Resolución 012756, el ISS negó la pensión de vejez. La negativa se tomó con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Que de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, se comprobó que el asegurado se encuentra disfrutando de pensión de jubilación reconocida por la empresa industria Licorera del Huila, patronal N° 08919200013, la cual de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 0041 del mismo año, no tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez que concede el I.S.S., teniendo en cuenta que el petente fue jubilado con 50 años de edad, incumpliendo el requisito de la edad exigida por la ley para tal efecto.

Que hasta la fecha de jubilación el asegurado cotizó un total de 70 semanas, debiendo haber cotizado un número de quinientas (500) semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (60 años), o mil (1000) semanas en cualquier tiempo, en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990).

Que las semanas cotizadas con posterioridad a la jubilación como trabajador activo, no son válidas para la prestación reclamada, por encontrarse el jubilado exonerado de cotizar para el seguro de I.V.M., según lo dispuesto por los artículos 59 del acuerdo 224 de 1966 (Decreto 3041 de 1966); 56 del acuerdo 014 de 1989 (Decreto 3063 de 1989), Artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990).

Que con fundamento en el Artículo 40 del Decreto 2665 de 1988, las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la jubilación serán devueltas a través de la oficina de afiliación y Registro del I.S.S., previa solicitud.”

1.7. El 23 de agosto de 1996, Angel Rojas Rodríguez interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra la Resolución 012756 de 1996.

1.8. El 2 de septiembre de 1997, por Resolución 016254, se resolvió la reposición, confirmando la decisión inicial, sin adicionarse la parte resolutive. Las razones expuestas fueron estas:

“Que por el escrito presentado el 23 de agosto de 1996, el asegurado interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra ese acto administrativo, argumentando que

deben tenerse en cuenta la totalidad de cotizaciones aportadas después de su jubilación teniendo en cuenta que la norma aplicable, Art. 2º del Decreto 758/90, en ninguno de los apartes menciona como circunstancia de exoneración el cumplimiento de 20 años al servicio de un empleador antes de su primera afiliación al I.S.S.

Que revisado el expediente administrativo pertinente, se ha constatado que no es procedente dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990 (Dto. 758/90), cuya vigencia ocurre a partir del 18 de abril de 1990, a un evento que está fuera de su ámbito temporal; esto es a un hecho ocurrido con anterioridad a su vigencia, pues violaríamos flagrantemente el principio de la irretroactividad de la ley en el tiempo.

Que como se anotó con anterioridad, el hecho generador de la exoneración ocurre durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966 (Dto 3041/66) que en su Art. 59 establecía expresamente como motivo de exoneración de cotizaciones para el riesgo de pensión, el hecho de haber sumado 20 años o más de servicios para la fecha del nacimiento de la obligatoriedad de afiliarse al I.S.S., en este caso el 1º de enero de 1967.

Que así las cosas se entiende que el acto administrativo ha obrado ajustado a derecho y no es susceptible de reposición.”

1.9. El 19 de abril de 1998 falleció en Bogotá el señor Angel Rojas.

1.10. El 14 de septiembre de 1998 mediante Resolución 00187, se resolvió la apelación, ratificando la negativa a conceder la pensión. (Cinco meses antes había fallecido el señor Rojas). Y además se ordenó que “por la oficina de recaudo y cartera del I.S.S. -SC y DC, se liquiden y devuelvan los aportes cancelados por los patronales: 01008100003, 01006112432, 08019200013 y 01006112432.”

Entre las razones aducidas para que no prosperara el recurso, están estas:

“Que el artículo 59 del Acuerdo 224 de 1966 (Decreto 3041 de 1966) establece ‘los trabajadores que al iniciarse la obligación de afiliarse contra los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, hubiesen cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000,00) o superior cualquiera que fuera su edad no están obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez y en consecuencia al llegar a la edad prevista en el Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y retirarse del servicio, podrán reclamar las modalidades y condiciones que establecen las leyes respectivas, la pensión de jubilación al patrono responsable, también estarán exceptuados del seguro obligatorio de vejez, los trabajadores que en el momento inicial estén gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono’.

Que según concepto sobre exoneración emitido por la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado en oficio UP GN AP 963930 del 18 de julio de 1996, al interpretar la norma antes transcrita manifiesta lo siguiente: ‘La obligación de afiliación al I.S.S., siempre ha nacido en forma general, con la iniciación de la relación laboral y específicamente con el llamamiento a inscripción cuando se ampliaba la cobertura a determinada región del País: En consecuencia si al momento de nacer la obligación de afiliarse por iniciarse la relación laboral o por llamarse a inscripción, el trabajador estaba en las condiciones anteriormente indicadas, es decir, tenía 20 años de servicios prestados a un mismo empleador o se encontraba pensionado, no quedaba cubierto por el riesgo de vejez, con la excepción para invalidez y muerte de que trata el parágrafo único del referido Artículo 59”.

De las pruebas relacionadas y de la norma transcrita, se concluye que el asegurado se encontraba exonerado por cotizar para el riesgo de vejez, desde el 19 de junio de 1969, fecha en la cual fue jubilado por la 'INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA'.

Por lo anterior se ordena la devolución de aportes por las semanas cotizadas por las empresas "PARQUE CEMENTERIO LA INMACULADA", Patronal N° 01008100003 del 17 de julio de 1972 al 10 de julio de 1973, 01006112432 "ALMACENES YEP LTDA." del 29 de mayo de 1974 al 31 de diciembre de 1994, 08019200013 "INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA" del 1° de marzo de 1982 al 31 de diciembre de 1994, 01006112432 "ALMACENES YEP LTDA." del 1° de junio de 1990 al 7 de noviembre de 1990, previa verificación por parte de la oficina competente de que estos aportes fueron cotizados y cancelados al I.S.S. en la proporción que corresponde a las empresas y al asegurado.

No obstante lo anterior puede solicitar la indemnización sustantiva de la pensión por vejez pagadera por una sola vez, por las semanas que cotizó como trabajador activo con la empresa "ALMACENES YEP LTDA.", por el período comprendido entre el 13 de febrero de 1968 y el 1° de julio de 1971, acorde con lo dispuesto en el Artículo 37 de la Ley 100 de 1993, para lo cual debe iniciar la acción tendiente a su reconocimiento mediante la presentación de la solicitud ante el Departamento de Atención al Pensionado del ISS SC y D.C.

Se le aclara al impugnante que la sentencia del 3 de abril de 1995 del Consejo de Estado, dejó vigente la compatibilidad de las pensiones de jubilación y de vejez siempre y cuando las cotizaciones efectuadas al ISS tengan plena validez, esto es que no se encuentren afectadas por exoneración, situación que se presenta en el caso que nos ocupa."

1.11. Hay constancia de que la señora Olga Orozco (hoy viuda de Rojas) está enferma de diabetes, retinopatía diabética, obesidad mórbida, insuficiencia venosa, síndrome postrombótico, posoperatorio de cáncer en la piel y enfermedad periodontal y vertibular. Además, la señora cumple los 71 años de edad el 13 de noviembre del presente año.

1.12. El 11 de agosto de 1998 el Fondo Territorial de Pensiones del departamento del Huila sustituyó en favor de Olga Orozco de Rojas la pensión de jubilación de que venía disfrutando Angel Rojas, por una cuantía de \$1.354.910,00.

1.13. Para el 15 de septiembre de 1999 la mesada que corresponde a la señora Olga Orozco de Rojas es de \$ 1'581.180,00.

1.14. La Gobernación del Huila informa a la Corte que "Ante la difícil situación económica que ha venido afrontando el departamento del Huila, se ocasionó el atraso en los pagos no solo de pensiones sino también de salarios de los funcionarios y de otras obligaciones de igual importancia." Agrega, por ejemplo, que en 1999 el mes de enero se pagó el 15 de abril, febrero se pagó el 21 de junio, marzo el 25 de junio, abril el 13 de julio, mayo el 16 de julio, junio el 18 de agosto.

1.15. En conclusión, el I.S.S. no le otorgó al señor Rojas su pensión de vejez por su trabajo con empresas particulares, diferentes a sus servicios al Huila y, lógicamente, la señora Olga Orozco no ha podido pedir la pensión de sobrevivientes.

2. PRUEBAS

2.1. Certificados, constancias, historias clínicas sobre las enfermedades de Olga Orozco.

2.2. Partidas: de nacimiento y de matrimonio de Angel María Rojas y Olga Orozco.

2.3. Resolución N° 088 de 31 de marzo de 1971, de la Industria Licorera del Huila, reconociendo pensión de jubilación a Angel Rojas Rodríguez, por el tiempo laborado hasta el 6 de enero de 1967.

2.4. Resolución N° 1149 de 1998 reconociendo en favor de Olga Orozco de Rojas la sustitución pensional por parte de la Industria Licorera del Huila.

2.5. Comunicación de la Gobernación del Huila informando sobre la pensión del señor Rojas, la sustitución y el estado de pago de las pensiones en dicha región.

2.6. Informes varios del I.S.S. sobre cotizaciones de Angel María Rojas. En los formularios que van del 17 de julio de 1972 al 10 de julio de 1972, del 29 de mayo de 1974 al 31 de diciembre de 1994 expresamente se dice: “períodos de afiliación al régimen de pensiones” y en el otro modelo de formularios de los años 1995, 1996, 1997 hoy una columna especial de aportes por “pensión”.

2.7. Tramitación completa en el I.S.S. sobre la petición de pensión hecha por el señor Rojas, resaltándose dentro de la documentación, lo siguiente:

2.7.1. Partida de matrimonio de Angel Rojas y Olga Orozco y declaraciones extrajuicio de que ellos siempre convivieron y de que la señora dependía económicamente del marido.

2.7.2. Referencia, en una Resolución, (la 00187 de septiembre 14 de 1998) a las cotizaciones hechas al ISS por parte de almacenes YEP desde el 13 de febrero de 1968 hasta el 1 de julio de 1971, por parte del Parque Cementerios La Inmaculada desde el 17 de julio de 1972 hasta el 10 de julio de 1973, por parte nuevamente de almacenes YEP desde el 29 de mayo de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1994. Además aparece que cotizó por parte de la Licorera del Huila desde el 1º de marzo de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1994.

2.8. La Resolución 012756 de 15 de julio de 1996 negando la pensión de vejez.

2.9. Recurso de reposición y apelación interpuesto por Angel Rojas el 23 de agosto de 1996.

2.10. Resolución 16254 de 2 de septiembre de 1997 negando la reposición y concediendo la apelación.

2.11. Resolución 00187 de 14 de septiembre de 1998 no concediendo la apelación.

2.12. Está la partida de defunción del jubilado (19 de abril de 1998) y a continuación, el 28 de septiembre de 1998 se ordena comunicarle al occiso que se haga presente en el I.S.S.

2.13. Inspección judicial practicada por la Corte Constitucional. Son importantes las siguientes constataciones:

“Se solicita explicación, en el caso concreto de la tutela, sobre la relación en el mismo lapso de tiempo de dos entidades patronales: la Licorera del Huila y la Empresa YEP. Se respondió de la siguiente manera: El número patronal al que está afiliado por la Industria Licorera del Huila corresponde a la actividad 92, la cual fue definida por el instituto para aquellas personas jubiladas por la empresa que iban a tener derecho a una pensión compartida, para lo cual empresa seguía cotizando por el seguro del IVM, por dicha persona, con el objetivo de subrogarse en el valor de la pensión que el seguro le reconociera disminuyendo así el valor de la jubilación que ella le haya reconocido. PREGUNTADO: El seguro recibió dos cotizaciones. CONTESTADO: sí recibió dos cotizaciones, en los tiempos que aparecen en el listado, entre los años 82 y 94, posiblemente con el fin de compartir la

prestación que estaba pagando. Vale la pena hacer una aclaración. En esa época para poder compartir la prestación, es decir que la empresa se descontaba el valor de la empresa que le reconoce el ISS, existía la condición de que la pensión otorgada por la empresa particularmente fuera plena y tuviera el carácter de compartida. Por eso si la empresa no va a poder descontarse la prestación habrá lugar a la devolución de los aportes. PREGUNTADO: por qué si ya se había decretado pensión por la Licorera del Huila, con base en trabajo hasta el 13 de marzo de 1966, y con posterioridad a esta fecha se reporta cotizaciones de Almacenes YEP desde el 13 de febrero del 68, hasta el primero de julio del 71, del par que Cementerio la Inmaculada, desde el 17 de julio del 72 hasta el 10 de julio del 73 y, Almacenes YEP desde el 29 de mayo del 74 hasta el 31 de diciembre de 1994, es decir por más de 20 años, no se reconoció la pensión por parte del señor. CONTESTADO: el régimen del seguro social nace en Colombia para el seguro del IVM o de pensiones, el primero de enero de 1967. Las normas vigentes en ese momento establecen que las personas que tenían menos de 10 años de trabajo en su empresa debían afiliarse al seguro social, las que tenían entre 10 y 20 años a esa fecha, podrían tener derecho a una pensión compartida entre el patrono y el seguro social y las personas que tenían más de 20 años de trabajo con su empresa deberían ser pensionadas, de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, por dicha empresa. Para el régimen del seguro social, estas personas estaban definidas como exonerados totales, por lo cual no procedía la afiliación al régimen ni iban a tener en ningún momento obligación de cotización y por consiguiente, ningún derecho a la prestación. El Decreto 3041 que en su artículo 60 y 61 habla de este tema, en otra parte define que de haber recibido el régimen del seguro social, aportes a una persona exonerada, procede a la devolución de los mismos.”

3. PETICION DE TUTELA Y SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

3.1. El 4 de diciembre de 1998 la señora Olga Orozco de Rojas instauró la acción de tutela, por intermedio de apoderada. Se considera por la peticionaria que se han violado con las actuaciones en el I.S.S. los siguientes derechos: a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social, al derecho al trabajo, al pago oportuno de pensiones y a la protección de las personas de la tercera edad, de los disminuidos físicos y de la familia. Como pretensiones centrales están estas:

“Que como consecuencia de lo anterior se ordene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES pagar a mi representada dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del fallo el valor total de las mesadas pensionales que se causaron a favor del señor Angel Rojas, entre la fecha en que cumplió los requisitos legales para percibir las, y la fecha de su fallecimiento junto con los reajustes, primas mesadas adicionales a que haya lugar.

Que se ordene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES pagar a mi representada, las mesadas pensionales que correspondían a Angel Rojas a título de beneficiaria del mismo desde la fecha de su fallecimiento y en forma indefinida, con todos los reajustes, aumentos, primas, mesadas adicionales y demás garantías adicionales que establece o establezca la ley. Este pago que deberá comprender las mesadas no pagadas hasta la fecha, deberá iniciarse el próximo mes.”

En la extensa solicitud de tutela la argumentación constituye una crítica a los fundamentos jurídicos contenidos en las Resoluciones proferidas por el ISS que negaron la pensión de vejez. Se sustenta la argumentación con fallos de la Corte Constitucional, Corte Suprema y Consejo de Estado.

3.2. El 22 de diciembre de 1998 el Juzgado 38 Penal Municipal de Santafé de Bogotá declaró improcedente la tutela, por considerar que la controversia y la decisión son propias de la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.3. Impugnada la sentencia, resolvió en segunda instancia el Juzgado 28 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el 4 de febrero de 1999, confirmando lo decidido por el *a quo*, por no ser la tutela la vía adecuada para la reclamación.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional para conocer dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 35 y 42 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. TEMAS JURIDICOS

1. De la Seguridad Social en general

El artículo 48 de la C.P. le dio connotación constitucional a la seguridad social, tanto en salud como en pensiones. La jurisprudencia ha dicho cuáles son las características del sistema: *“En efecto, el ordenamiento constitucional en vigor consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (C.P., art. 48), que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos”*¹. Además del artículo 48, el artículo 53 de la C.P. establece la “garantía a la seguridad social”, lo cual significa que los trabajadores dependientes tienen derecho a la seguridad social es obligación estar dentro del sistema de seguridad social, con las características de irrenunciable y de aplicación de la norma más favorable² porque la seguridad social es en la Constitución actual un principio mínimo fundamental inherente al derecho al trabajo.

2. Seguridad social para los ancianos:

El derecho a la seguridad social para los ancianos está adicionalmente respaldado por el artículo 46 C.P.: “El Estado les garantizará los servicios de seguridad social integral”; es por ello que ese derecho de seguridad social para las personas de la tercera edad tiene el carácter de fundamental en determinadas circunstancias. En fallo de la Corte se estableció:

“En reiteradas jurisprudencias de las diferentes Salas de Revisión de esta Corte se ha dicho que el derecho a la seguridad social, asume el carácter de derecho fundamental, cuando su desconocimiento puede conllevar a la violación de otros derechos y principios fundamentales, como la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad y la dignidad humana. (sentencias T-426, T-471, T-491, T-534, T-571 de 1992,

¹ Sentencia SU-039/98, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

² Sentencia SU-562/99, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

*T-011, T-111, T-116, T-124, T-356, T-446, T-447, T-478, T-516 de 1993, T-068 y T-111 de 1994).*³”

3. Seguridad social en pensiones.

Son muchas las sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema de las pensiones cuando se ha adquirido el status de jubilado en razón de que se han cumplido los requisitos de la edad y el tiempo de trabajo, teniéndose en cuenta que hay el régimen ordinario y que también hay regímenes y situaciones especiales, régimen de transición y favorabilidad.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la seguridad social en pensiones en múltiples oportunidades, entre otras, en la T-456/94, T-260/94, T-313/95; en ellas se hace el estudio de la transformación jurisprudencial en el tema de las pensiones.

Es así como un recuento histórico permite afirmar que en 1915 y 1918 la pensión se consideraba como una gracia o recompensa gratuita⁴. Nadie se atrevía a plantear en aquel entonces que se considerara a las pensiones como derecho adquirido⁵. Pero la inicial tesis de la Corte Suprema fue variada radicalmente el 28 de febrero de 1946, por sentencia del doctor Aníbal Cardoso Gaitán. Dijo la Corte Suprema:

*“Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificados en detrimento suyo”.*⁶

En 1961 reitera la Corte Suprema, en sentencia de constitucionalidad, que las pensiones son derechos personales de los beneficiarios y créditos contra la entidad que la concede⁷ y, tanto el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo como luego la Sala de Casación Laboral de la Corte, ya no ponen en duda que cuando el pensionado adquiere una situación jurídica concreta no puede menoscabársele.

Esto se acerca mucho a la interpretación de la Carta de 1991 que permite afirmar que las prestaciones sociales adquiridas son derechos subjetivos, patrimoniales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha dado protección tutelar a lo establecido en los artículos 53, 46 y 48 de la Constitución que reconocen la Seguridad Social. En numerosas sentencias, entre ellas la T-355/95 y la T-313 del mismo año se dijo que la pensión, cuando ha adquirido la condición de situación jurídica concreta, merece la especial protección constitucional.

Precisamente en la T-313/95 se expresó:

³ T-347/94, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Sentencia de 25 de octubre de 1918, Ponente: Gnecco Laborde, ver G.J.T. XXVI, #1380, pág. 378 y la de 10 de diciembre de 1915 (G. J. #1225, p.165) ambas de la Corte Suprema, Sala Plena.

⁵ Ver G.J.T. XLV, # 1928, pág. 600. Sentencia de 18 de octubre de 1937, Ponente: Pedro Alejo Rodríguez.

⁶ Gaceta Judicial N° 2029, pág. 1.

⁷ Sentencia de 11 de diciembre de 1961, Ponente: Enrique López de Pava, ver. G.J.T. XCVII, N° 2246-9, pág. 18.

“No hay la menor duda de que salario y prestaciones son protegidos constitucionalmente. Es más, el constitucionalismo del 91 no se limita a promulgar los derechos, a dejarlos escritos, sino a protegerlos realmente.

“Ahora bien, en derecho público como en derecho privado, la efectividad de las obligaciones sólo se logra si existen los mecanismos judiciales necesarios para que los individuos puedan exigir tales conductas por parte del Estado. De lo contrario el derecho se convierte en una mera proclamación de propósitos que nadie asume como propios. En el caso de los derechos constitucionales fundamentales se ha establecido la tutela con el fin de hacer efectivos los derechos de manera pronta y adecuada. La acción de tutela es la respuesta instrumental al propósito del constitucionalismo contemporáneo, según el cual las personas deben gozar efectivamente de sus derechos fundamentales.”⁸

El criterio para saber cómo se protege este derecho fundamental, ha sido fijado en varias sentencias de la Corte Constitucional, por ello, viene al caso hacer esta referencia:

“Esta Corporación estima que las conductas omisivas de las entidades encargadas de la seguridad social (Caja Nacional de Previsión Social, Instituto de los Seguros Sociales) en atender y cumplir debida y prontamente con sus obligaciones frente a los pensionados atenta contra el principio fundamental que rige nuestro Estado social de derecho y que constituye uno de sus fines esenciales, consistente en la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados.”

Ese principio de reconocer la eficacia real de los derechos de las personas, y uno de esos derechos es la seguridad social en pensiones, plantea la obligación para los operadores jurídicos (entre ellos los funcionarios que tramitan las solicitudes de pensiones en el ISS) de superar las simples normas reglamentarias, para poner especial cuidado en los principios constitucionales y ponderar y reflexionar sobre los valores jurídicos y los derechos fundamentales constitucionales (T-715/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero). O sea que no solamente se deben leer los reglamentos del ISS sino que hay que aplicar de manera preferencial la Constitución, las leyes de la República e interpretarlas respetándose los derechos, los principios y los valores. Por consiguiente, las Resoluciones del ISS que solo tienen en cuenta la reglamentación interna de la Institución y la Ley 100 de 1993, carecen de motivación suficiente porque pasan por alto la Constitución Política y otras leyes que pueden y generalmente son necesarias para resolver cada caso concreto.

4. Pensión de sobrevivientes.

La sustitución pensional, hoy pensión de sobreviviente, es derecho fundamental. En sentencia T-292 de 5 de julio de 1995⁹ se precisó:

“Para la Corte es necesario reiterar que la pensión de invalidez y su equivalente, la sustitución pensional, son medidas de justicia social a favor de personas que se encuentran en situaciones de involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo o protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2 y 3 del artículo 13 C.N.).”

⁸ Ponente: Ciro Angarita Barón, T-526, 18 de septiembre 1992.

⁹ Sentencia 292/95, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

Sobre este tema de la pensión de sobrevivientes, la Corte también ya había indicado:

“Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable; la transmisión en el sector privado fue reglada por la Ley 33 de 1973 artículo 1º. Teniendo como antecedentes el Código Sustantivo del Trabajo art. 275, Ley 171 de 1961 art. 12, Ley 5º de 1969 art. 1º, Decreto 435 de 1971 art. 15 y la Ley 10 de 1972 art. 10. En la Ley 100 de 1993 a esta situación se le da el calificativo de Pensión de Sobrevivientes (artículo 46 a 49). Se ratifica que a ella tiene derecho en forma vitalicia el cónyuge supérstite y se aclara que además son beneficiarios los hijos menores de 18 años y hasta los 25 siempre que estén incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez (art. 47-b).

Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.¹⁰”

La pensión de sobrevivientes es un derecho de los causahabientes laborales. Es para éstos un derecho configurado (Ley 171 de 1961, artículo 12). Según la Corte Suprema derecho configurado es lo siguiente:

“Al cumplirse la primera década de vigencia del Código, el legislador se da cuenta que exigir como requisito esencial de la transmisión del derecho a la pensión de jubilación el que el trabajador esté disfrutando de ese derecho, resulta en muchos caso contrario a la equidad y a la justicia.

Efectivamente, puede suceder que el trabajador haya completado el tiempo de servicios requerido y que haya cumplido la edad prevista para tener derecho a su jubilación, pero continúa dentro de la actividad laboral. El derecho a la jubilación se ha configurado en cabeza del trabajador”¹¹.

5. Pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge.

Esta Sala Séptima de Revisión, en la T-355/95, hizo un prolijo examen de la que antes se llamaba sustitución de pensión, en lo referente a los derechos de uno de los causahabientes laborales: cónyuge o compañera permanente. La Corte resaltó el principio de retrospectividad laboral. Dijo la sentencia:

“Ha sido extensa y variada la legislación sobre este tema de la sustitución de pensión al cónyuge. Antes de 1988 existía esta legislación:

- Ley 90 de 1946, artículo 59: establece la pensión vitalicia mensual a la viuda, sea o no inválida y al viudo inválido.

-Ley 171 de 1961, artículo 12: la establece para el CÓN-YUGE durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del empleado jubilado o con derecho a jubilación.

-Decreto 3041 de 1966: aprueba el Reglamento del Seguro Social Obligatorio y en su art. 21 habla de la pensión a favor del CÓN-YUGE SOBREVIVIENTE.

¹⁰ Sentencia T-173/94, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 2 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial N° 2406, pág. 518.

-Ley 5ª de 1969 artículo 1º: habla del CÓNYUGE y ratifica los 2 años de pensión, pero continúa hablando de “empleado”.

-Decreto 433 de 1971: expresamente deroga (art. 67) la Ley 90 de 1946.

-Decreto 435 de 1971, artículo 15: ya habla de TRABAJADOR PARTICULAR y de SU CÓNYUGE y amplía a CINCO AÑOS.

-Ley 10 de 1972, artículo 10: modifica el anterior en el sentido de que para quienes llevaban dos años de sustitución la prórroga sería hasta completar los cinco.

-Ley 3 de 1973: Esta norma es para trabajadores particulares y para trabajadores oficiales y transforma en vitalicias las pensiones de LAS VIUDAS.

-Ley 12 de 1975: habla de EL CÓNYUGE SUPERSTITE si el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica, pero con tiempo de servicio.

-Ley 4ª de 1976: extiende al beneficiario los servicios médicos, odontológicos, etc.

-Ley 44 de 1980: facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.

-Ley 113 de 1985: define quién es cónyuge supérstite: “esposo o esposa de la persona fallecida”.

-Ley 71 de 1988: extiende las previsiones de la sustitución pensional y precisa que las normas legales apenas contienen los derechos mínimos.

En 1988 se expidió:

- Decreto 2665 de 1988, artículo 42, literal b: permite suspender las prestaciones económicas y de salud, por parte del ISS, “cuando se compruebe que conforme a los Reglamentos del seguro, no se tenía derecho a ellas”¹². Se trata de una norma que suspende los efectos de un acto administrativo proferido con anterioridad y curiosamente incluida dentro de un decreto que expresamente dice en su artículo 103 que se aplicará analógicamente el Código Contencioso Administrativo.

Con posterioridad al Decreto 2665 de 1988 fue expedida la Ley 100 de 1993 (arts. 46 a 49): reafirma que se concede en forma vitalicia al “cónyuge supérstite,” la pensión de sobrevivientes.

Además de variada, la legislación anterior y posterior a 1988 ha centrado el beneficio en el cónyuge sobreviviente. Cualquiera duda que hubiere debe ser resuelta en favor del trabajador o del beneficiario, y, de todas maneras, la norma más favorable debe aplicarse RETROSPECTIVAMENTE.”

6. Protección tutelar a la seguridad social en pensiones.

En la T-406/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero, se consignó:

“Debe destacarse que la seguridad social ha sido ya considerada por esta Corporación como derecho fundamental amparado por la acción de tutela y ello en virtud de la función de primer orden que cumple en beneficio del ser humano¹³. La seguridad social es un servicio público, que se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; es un deber del Estado prestarlo y hacer que su cobertura sea la mayor posible.¹⁴

¹² Nótese que este caso es muy diferente a la suspensión de una pensión de invalidez cuando el pensionado no se somete a las revisiones médicas.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-116 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin embargo, la jurisprudencia en numerosas oportunidades ha dicho que mediante tutela no se pueden decretar pensiones. (T-480/94, T-314/96, T-357/96, T-439/96, T-637/97, T-030/98, T-361/98, entre otras). Se puede por tutela exigir, invocándose el derecho de petición, que se defina si se reconoce o no una pensión; se puede solicitar que se cancelen las mesadas debidas por afectación al mínimo vital; se ha ordenado el pago de bonos pensionales (T-577/99).

Si en una oportunidad hubo por la Corte Constitucional, mediante fallo de tutela, un reconocimiento al derecho de pensión de vejez y la Corte Constitucional ordenó que se cancelara la mesada “de la pensión de vejez aquí declarada” (T-327/98, M.P. Fabio Morón Díaz) y en otra oportunidad T-075/98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se ordenó que un municipio asumiera el pago de la pensión para lo cual “el Alcalde municipal iniciará los trámites orientados a su liquidación y reconocimiento”; son situaciones muy diferentes a la de la presente tutela, según se indicará posteriormente en esta sentencia, al analizar el caso concreto.

7. El respeto al principio de la buena fe.

Es importante para dilucidar el caso presente resaltar que la buena fe tiene proyección constitucional. Las relaciones jurídicas cobijadas por la Constitución de 1991 tienen como supuesto la buena fe (T-460/99), es una directriz para la gestión institucional (T-475/92). Recientemente, en la T-295/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se dijo:

“Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935,¹⁵ citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil¹⁶ y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: “De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo”¹⁷.

El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: “El principio de la buena fe, que no es nuevo sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo”¹⁸. Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949¹⁹ y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino la mala fe, en los siguientes términos:

“La mala fe –ha dicho la Corte Suprema de Justicia– debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fide,

¹⁵ Ver Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de 20 de mayo de 1936, G.J. #1904, p. 444 y ss.; 20 de octubre de 1937, G. J. 1928. Y, la Corte Suprema Colombiana hizo el análisis de la presencia de la buena fe en la jurisprudencia francesa desde un fallo de la Corte de Casación de dicho país el 3 de agosto de 1815 y uno famoso del 20 de junio de 1910. Ver también G. J. 1943, p.466

¹⁶ Por ejemplo, artículos 768, 515, 716, 728, 732, 737, 764, 768, 769, 916, 963, 964, 966, 967, 983, 1033, 1324, 1512, 1633, 1877, 1974, 2804, entre otros.

¹⁷ FRANCISCO TAFUR MORALES, La Nueva jurisprudencia de la Corte, edición de 1939, p. 78

¹⁸ Gaceta del trabajo, T. IV, p. 82.

¹⁹ Magistrado Ponente Luis Alberto Bravo.

como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz, que mostrara un aprovechamiento inhonesto del **estado de inferioridad** en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se **abusó de un estado de debilidad** para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso”. (Lo resaltado es fuera del texto).

La Corte Constitucional, también habla sobre la buena fe, en la C-68/99²⁰ que hace un pormenorizado recuento de jurisprudencias anteriores para concluir:

“Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la buena fe tuvo en el derecho colombiano el carácter de principio jurídico que informa la normatividad, y al que se le dio aplicación como ‘regla general de derecho’, por la jurisprudencia nacional, con fundamento en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

Esa situación varió con la Constitución de 1991, cuyo artículo 83, de manera expresa elevó la buena fe a norma constitucional, como deber jurídico al cual habrán de “ceñirse” las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas y que, además, se presume en las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

8. Respeto al acto propio.

En la citada T- 295/99 se precisó este concepto:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nelli conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo²¹ enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.”

²⁰ Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

²¹ La Doctrina del Acto Propio, un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo -Bosch Casa Editorial Barcelona. 1963.

La mencionada sentencia dice que el respeto del acto propio requiere tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe– existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

En la doctrina²² y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del **acto propio**, es así como la Corte Constitucional en la T-475/92²³ - dijo:

*“La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (**venire contra factum proprium**), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias.”*

El 13 de agosto de 1992, el Consejo de Estado, Sección Tercera,²⁴ reiteró la filosofía contractual que en casos similares había expuesto tal Corporación, en los siguientes términos:

“Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor Karl Lorenz, enseña:

‘El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque Poder Confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...’ (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

“La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales, que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del Inatantaneísmo, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan

²² Ver el capítulo “La doctrina de los actos propios en el derecho administrativo”, en el libro “Derecho constitucional y administrativo en la constitución política de Colombia” de GASPAR CABALLERO, Editorial Dík y Ediciones Rosaristas, págs. 127 y ss.

²³ Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ Magistrado Ponente Julio César Uribe.

modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Sólo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual”.

En la jurisprudencia española se ha manejado esta problemática dentro del siguiente perfil:

‘La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto: y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 17 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos’ (Sentencia de 22 de abril de 1967. Principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Editorial Civitas, Jesús González Pérez, pág. 117 y ss) .

Miguel S. Marienhoff²⁵ dice que: “El acto que creó derechos, si es ‘regular’ no puede ser extinguido por la administración pública mediante el procedimiento de la revocación por razones de ‘ilegitimidad’”. Es válido el anterior concepto para toda clase de actos que definen situaciones jurídicas porque la razón para que no haya revocatorias unilaterales también lo es para el respeto al acto propio, por eso agrega el citado autor: “Es este un concepto ético del derecho que, tribunales y juristas, deben tener muy en cuenta por el alto valor que con él se defiende”²⁶ El respeto al acto propio no se predica solo de magistrados y juristas, sino de todos los operadores jurídicos porque se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí, buena fe que hoy tiene consagración constitucional en Colombia.

9. Respeto a los aportes para la seguridad social.

Si el ISS vincula a un trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, este acto produce efectos jurídicos y no puede ser extinguido unilateralmente. No se puede expulsar a alguien del sistema de seguridad social, máxime cuando el empleador y el trabajador cotizan lo debido, oportunamente, y si es por más de 20 años, ello es, entre otras cosas, en ocasiones requisito y en ocasiones una de las pruebas para adquirir la pensión de vejez.

La pensión en general es un bien meritório, un derecho adquirido y no un bien de mercado. Por lo tanto no puede decirse que los aportes necesarios para obtener una pensión de vejez puedan, después de llegarse al número de cotizaciones requeridas para la pensión, ser devueltos unilateralmente por la entidad que los ha recibido. Este comportamiento afecta el sistema que hoy existe en Colombia, consagrado en la Constitución. También afecta el principio de la buena fe que la Constitución establece porque si alguien durante mas de veinte años cotiza para su pensión de vejez, no puede a la hora de nona decirsele que se le devuelven los aportes; esto

²⁵ Su razonamiento se refiere a actos de la administración, aparece en su Tratado de derecho administrativo T. II, p. 607, pero se puede extender a la teoría del respeto al acto propio.

²⁶ *Ibidem*, p. 607.

además es una falta al respeto al acto propio. Y, además, la devolución de los aportes se convierte en la práctica en la destrucción de una de las pruebas para demostrar que se laboró por más de 20 años.

Se dirá que no siempre las cotizaciones hechas al Instituto de Seguros Sociales se traducen en pensión porque dentro del régimen solidario de prima media con prestación definida, esas cotizaciones pueden servir para una indemnización sustitutiva a la pensión de vejez, según el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Pero, debe tenerse en cuenta la exacta dimensión de esta norma:

“Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

La norma es clara en el sentido de que esa indemnización opera sólo cuando no se ha cotizado el número de semanas exigidas; sólo cuando es imposible continuar cotizando y sólo cuando el interesado, habiendo cumplido la edad, se declara en imposibilidad de seguir cotizando. Si no se cumplen estos requisitos no hay la indemnización. Como tampoco la hay, si se llega a la edad y no se ha cotizado el mínimo, pero esto último no impide la contribución mediante bonos pensionales y/o otras situaciones especiales como la de la Ley 50 de 1886 y del Decreto 753 de 1974 (textos de enseñanza).²⁷

Tampoco puede invocarse el artículo 59 del Decreto 3041 de 1966 que aprobó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, correspondiente al Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del ICSS, como disculpa para afectar el principio de la buena fe, el respeto al acto propio y el reconocimiento de los efectos jurídicos que produce la circunstancia de haber laborado por más de veinte años o haberse cotizado más de mil semanas y tener la edad requerida para la pensión. Se hace esta afirmación por lo siguiente:

El mencionado artículo 59 decía:

“Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte hubiesen cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000,00) o superior, cualquiera que fuere su edad, no estarán obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez, y en consecuencia al llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y retirarse del servicio podrán reclamar con las modalidades y condiciones que establecen las leyes respectivas, la pensión de jubilación al patrono responsable.

También estarán exceptuados del Seguro Obligatorio de Vejez, los trabajadores que en el momento inicial estén gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono.

Parágrafo. Quienes no estando obligados a hacerlo, por edad o por estar gozando de una pensión de vejez, se afilien voluntariamente y paguen las cotizaciones patrono-laborales establecidas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, gozarán de los mismos beneficios

²⁷ Ver concepto del Consejo de Estado de 22 de abril de 1998, Magistrado Ponente César Hoyos Salazar.

de los asegurados obligatorios, en los riesgos de invalidez y muerte. Las cotizaciones en estos casos serán de los dos tercios del total establecido para los tres riesgos por este reglamento.”

Se aprecia: a) El artículo se refiere solo al trabajador que hubiere cumplido veinte años de servicios “a una misma empresa” b) Que esa empresa tenga un capital de \$800.000,00 o superior; que c) en tal caso “no estarán obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez”; y d) que se reclamaría al patrono responsable. Nótese que la norma no prohíbe, sino dice que “no están obligados”. Por el contrario, el principio general es la obligación de estar afiliado.

La afiliación es obligatoria como lo dice el artículo 1º del citado Decreto 3041 de 1966: *“Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez.: a) Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo, presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por disposición legal expresa...”* y los únicos casos de exclusión eran los que aparecían en el artículo 3º del citado decreto 3041 de 1966 así:

“Quedan excluidos del Seguro Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte:

1. Las personas que ejecuten trabajos ocasionales extraños a la empresa o actividad del patrono.

2. Los trabajadores contratados para labores temporales en empresas no agrícolas, cuyo número de jornadas anuales con el mismo patrono sea inferior a 90 días. La excepción de temporalidad será calificada por el Instituto a solicitud del trabajador.

3. Los trabajadores que se ocupen en labores agrícolas temporales o estacionales, como las de siembra, cosechas y demás similares, siempre que por otro concepto no estén sujetos a estos seguros.

4. Los extranjeros que hayan venido o vengán al país en virtud de contratos de duración fija no mayor de un (1) año mientras esté vigente el contrato inicial..., y los que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos. En cada caso la excepción deberá ser solicitada al Instituto, adjuntándose las pruebas pertinentes.”

Es importante hacer a esta norma reglamentaria estas observaciones:

a- En 1990 se promulgó otro reglamento en el I.S.S. que derogó todas las normas que le fueren contrarias (artículo 53 Decreto 758 de 1990) y expresamente derogó el Acuerdo 224 de 1966.

b- Si quedara cualquier duda al interpretar la norma se aplica el principio de favorabilidad al trabajador (artículo 53 C.P., T-01/99).

c- No se puede confundir estar obligado con excluir; se dice lo anterior porque los trabajadores particulares desde 1966 estaban obligados a cotizar para el I.S.S. luego esto no quiere decir que estaba excluidos de cotizar (salvo las excepciones antes transcritas).²⁸

²⁸ Eugenio Bulygin dice en su conferencia “On competence norms” (Miami, 1988): “cuando una acción o un estado de cosas p es exigido por una norma N, decimos que p es obligatorio en relación a N; si p está excluido por N, decimos que p está prohibido en relación a N y, finalmente, cuando N autoriza p, decimos que p está (positivamente) permitido en relación a N. Hay otro sentido mas débil de permisión, llamado permisión negativa: a veces decimos que p está permitido por N cuando N no lo prohíbe”.

d- Si en el instante de solicitarse la pensión, como en el presente caso, adquiere el peticionario el status de jubilado, estando vigente el Decreto 758 de 1990, éste se aplica retrospectivamente. Y obviamente, también se aplican la Constitución de 1991 y las leyes favorables.

Ese decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, en su artículo 1º dice que estarán sujetos al seguro social obligatorio, de manera forzosa u obligatoria los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo, salvo las excepciones del artículo 2º que indica:

“Artículo 2º. Personas excluidas del seguro de invalidez, vejez y muerte. Quedan excluidos del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte:

a) *Los trabajadores dependientes que al inscribirse por primera vez en el régimen de los seguros sociales, tengan 60 o más años de edad;*

b) *Los trabajadores independientes que se afilien por primera vez con 50 años de edad o más, si se es mujer, o 55 años de edad o más, si se es varón;*

c) *Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación;*

d) *Las personas que se hayan pensionado por el régimen de los seguros sociales obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiera cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del instituto;*

e) *Las personas que ejecuten trabajos ocasionales, accidentales y transitorios, cuya duración sea inferior a un (1) mes;*

f) *Los trabajadores por cuenta propia.*

PARAGRAFO. *La indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez podrá llegar a convertirse en pensión de invalidez previos los estudios actuariales;*

g) *Salvo lo previsto en tratados internacionales, los extranjeros que ingresen al país en virtud de un contrato de trabajo de duración fina no mayor de un año y mientras esté vigente este contrato y los que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos.*

La excepción en cada caso deberá ser solicitada al instituto, adjuntándose las pruebas correspondientes, y

h) *Las demás personas, grupos o sectores de población que de conformidad con reglamentos especiales, hubieren sido excluidos de este seguro.*

PARAGRAFO. *Salvo el caso de afiliación fraudulenta, los afiliados que exceptuados expresamente por este artículo, cotizaren para los riesgos respecto de los cuales se encontraren exonerados, tendrán derecho a la devolución de los aportes patrono-laborales de conformidad con el reglamento general de registro, inscripción, afiliación y adscripción.*

Es indispensable aclarar que el literal c) se refiere a quienes gozan de una pensión a cargo de un patrono que es un patrono particular (no oficial) porque el decreto aprobó un acuerdo sobre “seguro social obligatorio” que era diferente al de las cajas de previsión establecidas en la ley 6ª de 1945. Y el literal d) se refiere a quienes están pensionados por el régimen de seguros sociales obligatorios (ISS), no a quienes estaban pensionados por el Estado. Tan es cierto esto que había norma expresa para el caso de pensión oficial y pensiones del I.S.S., lo era el artículo 49 del decreto 758 de 1990 que establecía:

“Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el I.S.S. son incompatibles: a) Entre si, b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público, y c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988”, pero esta norma fue declarada nula en la parte que textualmente decía: “a) Entre sí; b) con las demás pensiones y asignaciones del sector público” (fallo de 3 de abril de 1995). Y, entre las razones aducidas por el Consejo de Estado, está la reproducción de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Es la siguiente:

“Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-examine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.

“Igualmente, debe anotarse que esta Sala de la Corte (se está refiriendo a la Corte Suprema de Justicia) se ha pronunciado en asuntos, en los cuales se ha expresado que no existe incompatibilidad de carácter institucional entre la pensión de jubilación reconocida por una entidad oficial con la sustitución pensional o pensión de viudez otorgada por la misma u otra entidad oficial, lo cual también puede predicarse cuando el Instituto de Seguros Sociales reconoce una pensión de sobrevivientes a favor de la viuda y por otra parte otorga directamente a la trabajadora la pensión de vejez originada en un riesgo diferente, por la prestación de sus propios servicios.

Entre otras, pueden citarse, la del 21 de mayo de 1991; 3 de marzo de 1994; 2 de noviembre de 1994 y 24 de enero de 1995.”

En la sentencia de la Corte Suprema de 27 de enero de 1995 también se dijo:

“Recuérdese que en virtud de la ley 90 de 1946, artículo 16 se adoptó un sistema tripartito para financiar los seguros que cubrirían el entonces ICSS que consistía en aportes de los trabajadores, empleadores y Estado. Más tarde, el decreto ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes mensuales del Estado, se sustituyó por “un aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación.” Y al dictarse el decreto ley 1650 de 1977, el aporte del Estado quedó completamente eliminado, puesto que en su artículo 22 se dijo:

“De los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el 67% de la cotización total y los trabajadores el 33%.

La cotización para el seguro de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador”.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de enero de 1995 (expediente N° 7109, Sala de Casación Laboral, magistrado ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio), “puede decirse entonces que el ISS se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportarán asalariados y empleadores con el compromiso de manejarlos; por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que éste otorgue provinieron del Tesoro Público”.

La Sala comulga con tal apreciación. Se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono, o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público”.

Es obvio lo expresado en las jurisprudencias citadas porque el reglamento del ISS se dirige a los afiliados que se regían por el Código Sustantivo del Trabajo, luego no son aplicables a los pensionados del sector oficial que tienen su propia normatividad. (ver sentencia de 31 de marzo de 1998, Corte Suprema de Justicia, M.P. Rafael Méndez Arango).

Por último, dentro de la vigencia de la Constitución de 1991, no queda la menor duda de que el derecho al trabajo lleva inherente la seguridad social, según se indicó en puntos anteriores de este fallo, luego no se puede expulsar al afiliado sin debido proceso y por causas legales que no atenten contra la Constitución.

10. Las cotizaciones son contribuciones parafiscales.

En la T-730/99 se precisó el tema, así:

“Tampoco es constitucional que habiéndose cotizado se ordene anular esas cotizaciones, porque la cotización implica la obligación correlativa de prestar el servicio y, se repite, el derecho a la seguridad social es irrenunciable. Además, sobre el carácter de las cotizaciones ya la Corte dijo que eran contribuciones parafiscales con todas sus consecuencias. En la sentencia C-577/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se dijo:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud.”

Se colige de lo anterior que si alguien cotizó y ello constituyó una contribución parafiscal, no puede después de recibirse un buen número de cotizaciones venirse a anularlas y a quitarles toda proyección jurídica.”

El carácter de las cotizaciones impide aún más que el I.S.S. unilateral y arbitrariamente decida que ellas serán devueltas, cuando precisamente han cumplido su objetivo de probar que se cumplió con uno de los requisitos para la pensión.

11. La vía de hecho.

No se puede unilateralmente dejar sin efecto un derecho, máxime si quien es titular del derecho ha actuado de buena fe. Hay que oírlo y vencerlo en juicio. No tiene explicación que mediante Resoluciones se diga que una persona será excluida del sistema, si este no era el tema de discusión y durante más de veinte años no lo fue. Y, con mayor razón si salta a la vista que en el caso concreto no podía ser excluida. Esta circunstancia significa que se incurre en una vía de hecho porque hay una ruptura ostensible y grave de la normatividad constitucional y legal.

En la T-729/99²⁹ se dijo cuando ocurre la vía de hecho:

“La Corporación ha considerado en múltiples providencias de sus Salas de Revisión, que una providencia judicial constituye una vía de hecho cuando: 1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrant defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. Por consiguiente, una vía de hecho se produce cuando la autoridad, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico.”

Puede darse la **vía de hecho**, lo ha admitido esta Corte, si se fuerza arbitrariamente el ordenamiento jurídico, si se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Sentencia T-765 /98).

Por otro aspecto, si se tiene en cuenta que hay derechos mínimos de los trabajadores, que no pueden disminuirse, ni son susceptibles de renuncia, ni es factible transigir sobre ellos, y que los jueces y los funcionarios administrativos no pueden soslayarlos, entonces, la violación de estos derechos y la no aplicación de la norma favorable en lo laboral es también vía de hecho.

²⁹ Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

Dice la T-01/99³⁰:

“Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como ‘...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...’.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma –la duda–, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.

*No vacila la Corte en afirmar que toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye **vía de hecho** e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (art. 29 C.P.).*

Ya lo dijo esta Corte en Sala Plena y lo reitera sin ambages en la presente oportunidad:

“...considera la Corte que la ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: ‘situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho’, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).”

Otra forma de incurrirse en vía de hecho es cuando hay la violación al debido proceso sustantivo; y esta Sala Séptima de Revisión, en la T-237/95 señaló que la valoración de las pruebas ha de ser razonable e indicó cuáles los efectos de ellas.

³⁰ Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

También se afectan los derechos fundamentales si se obstaculiza el principio dispositivo cuando éste es indispensable para poner en funcionamiento la organización y los procedimientos del Estado.

12. Vida probable.

La vida probable es un factor importante para indicar que cuando un perjuicio es irremediable se impone una pronta decisión sin necesidad de esperar que los jueces ordinarios o los tribunales contencioso-administrativos decidan el caso concreto, muchos años más tarde, cuando se presume que el interesado ya ha fallecido.

La T-456/94³¹ dice:

“¿Si un anciano afirma que no puede esperar más tiempo para reclamar su derecho, entonces será humano que la respuesta que se le dé sea la de que acuda a procedimientos que duran hasta diez años? O, por el contrario, ¿ese declive natural de la vida determina una razonabilidad que le impone a la Corte aceptar que para quien supera el límite de la vida probable la protección de sus derechos incluye la necesidad de una pronta resolución?”

La equidad permite que para igualar las cargas de los ancianos frente a otros jubilados que no han superado la edad de vida probable de los colombianos, se puede aplicar la tutela, como mecanismo transitorio, ordenándose que el derecho prestacional del reclamante, si se ajusta a la ley, sea visualizado por el anciano, sin que la existencia de otros medios de defensa judiciales se constituya en disculpa para que el longevo no conozca en vida la solución para sus derechos reclamados. Esta es una forma de valorar la eficacia y decidir jurídicamente con base en los elementos fácticos.”

En la T-295/99³² se fue un poco más allá:

“Por otra parte, la Corte ha dicho en sentencia T-011/93: ‘Para que la vida del hombre sea digna de principio a fin, es obligatorio asegurarle a las personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social’. Esa dignidad del jubilado y los derechos adquiridos que surgen de su status de pensionado, no pueden razonablemente estar ligados exclusivamente a la vida probable de los colombianos. Este es un factor muy importante pero también puede ocurrir que quien se acerque a tal límite también quede cobijado por la tutela como mecanismo transitorio si es delicado e irreversible su estado de salud y si la definición judicial, por la vía ordinaria, a sus reclamos, se intuye que no va a ser oportuna.”

En la T-56/94,³³ se precisó:

“En este orden de ideas, cabe interpretar el inciso tercero del artículo 53 como una norma que contiene el derecho al reconocimiento oportuno de la pensión. La idea de prontitud en el pago supone necesariamente la prontitud en el reconocimiento. Un reconocimiento tardío equivale también a un pago atrasado, de tal manera que, lógicamente, el derecho a lo uno involucra el derecho a lo otro.”

En conclusión, una anciana muy enferma, que en pocos días cumplirá los 71 años, puede acudir a la tutela porque si tiene que esperar a un extenso litigio se le ocasiona un perjuicio

³¹ Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

³² Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

³³ Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

irremediable; y, con mayor razón cabe el amparo, si la determinación en la tutela va a evitar que se acuda a otra vía judicial.

CASO CONCRETO

Dos Resoluciones del ISS: la que negó la pensión de vejez y la que no repuso esa providencia fueron conocidas por el señor Angel Rojas Rodríguez en vida de éste. Otra Resolución, la que definió la apelación, se tomó después de muerto el señor Rojas, en esta última no solo se reafirma que no se reconoce la pensión de vejez sino que se adiciona la parte resolutive ordenándose la devolución de los aportes.

Esta determinación de devolución de lo cotizado le cierra definitivamente el camino a la viuda y a cualquier otro causahabiente laboral con derechos a reclamar la pensión de sobrevivientes. Ello significa que se les obstaculiza el principio dispositivo (derecho a formular la petición) y por lo tanto se incurrió en una vía de hecho porque ostensiblemente se les cerró la puerta para reclamar el derecho fundamental a la pensión de sobrevivientes; y, de cumplirse lo ordenado, en la Resolución, o sea la devolución de los aportes, los interesados, se quedan sin la prueba de aportes efectivamente cotizados.

Es lógico que si oportunamente por parte del ISS se le hubiera reconocido la pensión al señor Rojas, en razón de que superaba el tiempo exigido y la edad requerida, la pensión de sobrevivientes para la viuda de Rojas o para quien tuviere derecho sería otorgada por la primera de las causales que señala el artículo 46 de la ley 100 de 1993: "*Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca*", porque se darían los requisitos: ser ya pensionado y fallecer.

Pero resulta que al señor Rojas no se lo pensionó por el ISS, luego no puede haber la pensión de sobrevivientes por esta primera causal. Y el derecho de la viuda y/o de otra persona, quedaría afectado porque cuando falleció Rojas aún no estaba definido que no tenía derecho a la pensión por cuanto no se había resuelto la apelación interpuesta. Esto plantea una hipótesis y una realidad: si hubiere prosperado la apelación se viabilizaba por la primera causal el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; pero como no prosperó, quedó cerrada la posibilidad para pedir la pensión de sobrevivientes con la violación al derecho fundamental de la seguridad social en pensiones. Además, la apelación fue definida cuando el peticionario había fallecido, sin que hubiera tenido apoderado judicial el señor Rojas y sin ser tenidos como parte los causahabientes laborales interesados nada menos que en la pensión de sobrevivientes. Por virtud de la no prosperidad del recurso, afectó a personas sin ser oídas ni vencidas en juicio, evidente defecto procedimental. Agravado lo anterior con la determinación unilateral de devolver los aportes hechos durante más de veinte años, lo cual afecta, como ya se indicó el respeto al acto propio y por ende el principio de la buena fe.

Con la actitud del I.S.S. también se impide a la cónyuge o a cualquiera con interés legítimo, reclamar la pensión de sobrevivientes por la causal segunda del artículo 46 de la ley 100 de 1993 que dice: "*Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:2 Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: a- Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; b- Que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiera efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*" En este caso concreto del señor Rojas, aun que había dejado de cotizar al momento de fallecer, sí había cotizado durante 26 semanas

del año inmediatamente anterior a la muerte. Y, había cotizado por más de veinte años y tenía más de 60 años de edad. Pero, este que sería un derecho fundamental de la cónyuge superviviente o de cualquier otra persona con interés legítimo, quedaría sin viabilidad porque en la apelación el ISS no solo rechazó la pensión de jubilación sino que ordenó la entrega de las cotizaciones y esta determinación que es un perjuicio irreparable, se basó en una norma claramente inaplicable al caso concreto, la del artículo 59 del Acuerdo 224 de 1966, como se explicó detenidamente en los considerandos de este fallo.

Tampoco venía al caso aplicar la otra norma citada en la Resolución que resolvió la apelación: el artículo 37 de la ley 100 de 1993, sobre indemnización sustitutiva, porque no se da en el caso concreto ninguno de los requisitos que la norma señala, a saber: no haber cotizado el número de semanas exigidas y haber declarado el interesado su imposibilidad de seguir cotizando. En el presente caso, el señor Rojas no solo cotizó más de las 1.000 semanas sino que curiosamente, como se demostró en el expediente, el I.S.S. recibió además durante muchos años, otras cotizaciones que indebidamente se le hicieron a Rojas a cuenta de la pensión oficial que devengaba en el departamento del Huila; y, además, Rojas nunca expresó que estuviera en imposibilidad de seguir cotizando; ocurrió lo contrario: cotizó más de lo mandado. En conclusión: no es dable la indemnización y se patentiza un enriquecimiento sin causa por parte del I.S.S.

Es pues la tutela la vía adecuada para reclamar la no aplicación de la Resolución del I.S.S. que decidió la apelación, negando la pensión y ordenando la devolución de los aportes, puesto que dicha Resolución la 187 de 1998, se tomó cuando el peticionario Rojas había fallecido y sus causahabientes laborales no eran parte en el proceso y ello significa que el derecho al principio dispositivo (pedir la pensión de sobrevivientes) en la práctica se obstaculizó, al igual que el debido proceso. Lo anterior implica que la apelación en cuanto ordenó la devolución de los aportes incurrió en una vía de hecho. Pero, es también por otros aspectos vía de hecho la resolución que resolvió la apelación, en efecto, no respetó el acto propio, y esto también afectó el principio de la buena fe.

Hay también que analizar si las tres providencias: la original y las que resolvieron los recursos, al negar la pensión de vejez, respetaron o no los derechos fundamentales o, por el contrario, también incurrieron por este aspecto en una vía de hecho.

En la Resolución 012756 de 1996 que negó inicialmente la pensión de vejez, los argumentos del I.S.S. fueron que el afiliado disfrutaba de otra pensión de jubilación, que para obtener esa otra pensión se pasó por alto el requisito de la edad porque en esa época sólo tenía 50 años, “que hasta la fecha de la jubilación el asegurado cotizó un total de 70 semanas” (no se sabe de donde sale el computo de las 70 semanas), y que las semanas cotizadas al I.S.S. no son válidas porque el jubilado estaba exonerado de cotizar.

Sobre estas apreciaciones se tiene lo siguiente:

Es cierto que Angel Rojas disfrutaba de una pensión de jubilación, decretada por una entidad oficial del Departamento del Huila, pero eso no impide que con posterioridad volviera a trabajar. Y si luego laboró por más de 20 años, con un empleador particular, este nuevo tiempo le permite reclamar su pensión de vejez, como se admitió en la sentencia del Consejo de Estado y en sentencias de la Corte Suprema de Justicia mencionadas en el presente fallo. A quién se le reclama la pensión? No puede ser al empleador sino al I.S.S. al cual se cotizaba y éste no puede decir que se trataría de dos pensiones oficiales, en cuyo caso habría restricción, sino que tiene

que reconocer que el trabajador particular completó mas de 20 años de trabajo, que superó en creces la edad, luego no podría ser expulsado del Sistema de Seguridad Social porque ese retiro del sistema viola el derecho a la seguridad social que es fundamental para personas ancianas y que además es conexo con la dignidad y con el derecho a la vida.

Sobre el punto de la edad: no es cierto que para los trabajadores departamentales, en 1971, la edad requerida para la pensión de jubilación no fuera de 50 años, porque era la ley 6ª de 1945 la que se aplicaba y la Ley 6ª de 1945 fijó la edad de los 50 años. Además, no es lógico que el I.S.S. haga una crítica a la pensión decretada por otra Entidad y de ahí colija el I.S.S. que éste no puede decretar la pensión que le corresponde. Luego, esa apreciación es una vía de hecho ya que el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 estableció como norma general que a los 20 años de servicio y 50 años de edad se tenía derechos a disfrutar a una pensión vitalicia de jubilación. La misma ley, en su artículo 22 autorizó al gobierno para que por decreto señalara las prestaciones de los empleados y obreros departamentales y el art. 23, le ordenó a los departamentos, intendencias y municipios que organizaran su respectiva institución de previsión social si no lo hubieren hecho. Y fue el Decreto 2767 de 1945 el que determinó que los empleados departamentales tenían el derecho a las prestaciones señaladas en el aludido artículo 17 de la ley 6ª de 1945. El Decreto 3135 de 1968 aumentó a 55 años el requisito de edad para que los empleados públicos tuvieran derecho a la pensión de jubilación. Pero ese decreto no se aplica a los empleados públicos de carácter departamental sino solamente a los del orden nacional; en efecto, el art. 5º del decreto 3135 de 1968 y con mayor precisión el artículo 2º del Decreto 1848 de 1969 circunscribe el ámbito de aplicación a las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, no se incluyó ni podía incluirse a los empleados seccionales del orden departamental, y no podía incluirlos porque esos decretos se basaban en la Ley 65 de 1967 que no daba facultad para aquello, por lo tanto, para los empleados departamentales continuó rigiendo la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2767 de 1945.

La Resolución original que le negó la pensión al señor Rojas dice que se cotizaron 70 semanas. El mismo ISS en resolución posterior relaciona 1302 semanas cotizadas antes de pedirse al ISS el reconocimiento de la pensión vejez. No se sabe de dónde se infiere lo de las 70 semanas. Esta apreciación de la prueba, altamente contradictoria, es irrazonable y viola el debido proceso sustantivo. Si posteriormente se corrigió el error y se reconocieron más de mil semanas, la consecuencia hubiera sido el otorgamiento de la pensión y eso no ocurrió, pese a que el señor Rojas tenía derecho a ella.

Como se explicó en esta sentencia, no puede decirse que las semanas cotizadas no son válidas. No es justo que a un trabajador se le descuente la cotización por mas de veinte años, y después, cuando pide su pensión, se le diga que se le devolverá lo cotizado. Se invoca por el ISS el artículo 40 del Decreto 2665 de 1988 que en lo pertinente dice: *“Los aportes patrono-laborales serán devueltos a quien los hubiere cancelado, en los siguientes casos: 1. Cuando se causen por errores imputables al I.S.S., tales como: novedades diligenciadas con errores de procesamiento; pago por doble cobro de facturación y, cuando la persona a pesar de haber sido exonerada por el ISS para determinados riesgos, aportó para ello...”* Las exoneraciones en 1988 se fijaban en el Decreto 3041 de 1966, artículo 3º, allí no aparece la jubilación. Es este otro motivo para considerar que se incurrió en la vía de hecho.

Además, en todas las Resoluciones no se aplicó el principio de favorabilidad. Pudiera decirse que lo que hizo el ISS fue todo lo contrario: buscó en reglamentos, vigentes o no, las

frases que pudieran disimular la negativa al otorgamiento de la pensión, aplicó en 1996 un reglamento que estaba derogado y no le dió efecto retrospectivo (en lo favorable) al reglamento que sí estaba vigente.

Dos son las pretensiones que formula quien instaura la tutela: el pago de las mesadas que el señor Rojas ha debido percibir desde cuando adquirió el status de jubilado hasta el fallecimiento, y el pago de las pensiones que el o los causahabientes laborales, entre ellos la peticionaria de la tutela, señora de Rojas, percibirían desde el fallecimiento del señor rojas en adelante, por pensión de sobrevivientes.

Se dice que no solamente tendría derecho la viuda porque aunque la prueba sólo se refiere a ella, no se puede omitir a cualquier otra persona, si existiera, y si también tuviera derecho; esta es una de las razones para que la Corte no decida directamente sobre la pensión pedida por la viuda, ya que al menos en las perspectivas que la ley cubre, podría haber adicionalmente otro beneficiario, luego, será el ISS quien empleará los mecanismos para que a la mayor brevedad se agote esa posibilidad de publicitar el trámite de la pensión del señor Rojas.

Es decir, que la Corte ratifica jurisprudencia anterior y no entra directamente a decretar la pensión según se pide en la tutela. Como la petición se respalda con dos jurisprudencias de la Corporación que decretaron pensión, se responde de la siguiente manera: en una de esas decisiones³⁴, la pensión se decretó porque no se había cotizado al ISS y en el presente caso ha ocurrido lo contrario: sí se ha cotizado; en el segundo caso³⁵ se ordenó que se pagaran las mesadas pero previo trámite en la entidad correspondiente. Y, en ambos casos los peticionarios no tenían ningún ingreso, mientras que en el presente caso la viuda recibe, así sea con retardo, una suma mensual de aproximadamente millón y medio de pesos del departamento del Huila. Se hace la aclaración de que en este fallo no se ha planteado lo del mínimo vital, sino la afectación de otros derechos fundamentales; y la demora, en decidir por otra vía constituye un perjuicio irremediable porque la edad y la enfermedad de la señora Olga Orozco de Rojas son circunstancias suficientemente probadas que sirven de respaldo para que no se exija acudir a otra vía judicial, y se pueda tomar la determinación por el juez constitucional, que será la de dejar sin efecto las resoluciones del ISS y ordenarle a éste que aplique la Constitución y las leyes vigentes y favorables y aprecie las pruebas en su valor legal y en la información que contienen; es decir que no puede el ISS repetir las ostensibles violaciones que lo llevaron a incurrir en una vía de hecho en las resoluciones tantas veces citadas.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias objeto de revisión en cuanto no concedieron la tutela y en su lugar **TUTELAR** los derechos de la peticionaria, señora Olga Orozco de Rojas en sus derechos a la seguridad social, debido proceso, vida y protección a los de la tercera edad y determinar que las Resoluciones 012756 de 15 de julio de 1996, 016254 de 2 de septiembre de 1997 y 00187 de 14 de septiembre de 1998, proferidas por el ISS constituyen una vía de hecho

³⁴ Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz. Sentencia T-327/98.

³⁵ Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-075/98.

T-828/99

y por lo tanto quedan sin efecto alguno; y **ORDENAR** al Instituto de Seguros Sociales que en el término de treinta (30) días hábiles decida la solicitud formulada por el señor Angel Rojas Rodríguez, hoy occiso, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, considerando como partes a quienes pudieren tener interés legítimo en esta prestación, y aplicando debidamente las normas legales y las disposiciones constitucionales que consagran la seguridad social, todo ello según los parámetros señalados en la parte motiva de este fallo.

Segundo. Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas adecuadas.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-828

octubre 22 de 1999

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-227729

Acción de tutela instaurada por Amparo Rubiano Cortés contra Sandra Polanía, Jurídica del BBV Banco Ganadero, Seccional Neiva.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Séptimo Civil Municipal de Neiva, dentro de la acción de tutela instaurada por Amparo Rubiano Cortés contra Sandra Polanía, Jurídica del BBV Banco Ganadero, Seccional Neiva.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Manifiesta la demandante, señora Amparo Rubiano Cortés, en representación de su menor hijo Hector Andrés Charry Rubiano, considera violado el derecho fundamental de petición. Señala que hasta la fecha de interposición de esta tutela, no ha recibido respuesta alguna de la entidad demandada, en relación a la inconsistencia que se viene presentado con la consignación de los intereses de un C.D.T., cuyo titular es el su hijo, en la cuenta de la sociedad Mariano Rubiano y Cía. S. en C.

2. Decisión que se revisa.

Mediante sentencia del 27 de mayo del presente año, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Neiva negó la tutela. Consideró que la entidad demandada no presta un servicio público, así como tampoco la actora se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente a dicha entidad financiera, a más de tener otras vías judiciales de defensa.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Carencia actual de objeto.

Mediante escrito firmado por la demandante Amparo Rubiano Cortés y recibido en esta Corporación el día 15 de octubre del presente año, se señala que ya obtuvo respuesta por parte de la entidad demandada, resolviéndose así su petición.

De esta forma, resulta claro que el proceso en revisión carece actualmente de objeto,¹ razón por la cual se confirmará la decisión de instancia, pero por las consideraciones aquí expuestas.

III. DECISION

En mérito de la breve justificación, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Neiva, pero por las motivaciones aquí expuestas.

Segundo. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior se ordena que por Secretaría General, se devuelva el expediente al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Neiva.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

¹ Cfr. Sentencias T-167 y T-463 de 1997, T-215, T-281 y T-288 de 1998 y T-178 de 1999, entre muchas otras.

SENTENCIA No. T-829

octubre 25 de 1999

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Culminación de tratamientos iniciados bajo vigencia que posteriormente se extingue

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD- Culminación de tratamientos aunque se hubiere extinguido vinculación con EPS

Para esta Corporación es claro que sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación con una E.P.S., ésta está obligada a continuar con los tratamientos que ha iniciado hasta su culminación, cuando esto es posible, o hasta cuando el ex usuario adquiera cierta estabilidad que lo aleje de un peligro de muerte, en casos extremos, de manera que no es posible la suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, siempre y cuando con ello se amenace o vulnere un derecho constitucional con carácter fundamental o uno que no tenga este carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a uno que lo tenga. Esta vinculación sucede frecuentemente con los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud, pues este último es, generalmente, prolongación de aquéllos.

DERECHO A LA VIDA DIGNA- Alcance

DERECHO A LA VIDA DIGNA- Culminación de tratamiento médico aunque se hubiere extinguido vinculación con EPS

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-229562.

Acción de tutela instaurada por Luz Marina Zambrano Trujillo contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales, dentro de la acción de tutela instaurada por Luz Marina Zambrano Trujillo contra Salud Total E.P.S.

LANTECEDENTES

1. Hechos.

La demandante era beneficiaria del plan obligatorio de salud a cargo de Salud Total E.P.S., por la afiliación de su esposo como trabajador dependiente, pero dice que fue excluida de los servicios desde el mes de abril de 1999 porque la relación laboral de su esposo terminó en el mes de febrero del mismo año. Agrega que el 27 de ese mes le fueron extraídas dos cordales, que de la una tuvo un postoperatorio exitoso, pero que la otra no le sanó, razón por la cual regresó a Salud Total y allí la odontóloga le ordenó la práctica de una biopsia “*por lesión maxilar en estudio*”. Apunta la demandante que dicho examen no le ha sido autorizado porque su vinculación con la E.P.S. se extinguió y que su estado de salud no le permite trabajar en los oficios domésticos con los cuales se ganaba la vida antes de la extracción de las cordales y que, por contera, su esposo no trabaja, razones por las cuales no puede asumir directamente el costo de la biopsia y de la continuación del tratamiento que Salud Total dejó inconcluso.

2. Decisión objeto de revisión.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales denegó el amparo solicitado por dos razones: primera, porque ninguna obligación legal tiene la E.P.S. demandada para seguir atendiendo a quien ninguna vinculación mantiene con ella, la cual se extinguió junto con la relación laboral que la originó; y segunda, porque la negativa a autorizar la biopsia “*no compromete en forma inmediata*” la existencia de la demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El asunto.

Reiterar la jurisprudencia constitucional sobre la obligación que tienen las empresas promotoras de salud de culminar los tratamientos iniciados bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue.

En efecto, para esta Corporación es claro que sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación con una E.P.S., ésta está obligada a continuar con los tratamientos que ha iniciado hasta su culminación, cuando esto es posible, o hasta cuando el ex usuario adquiera cierta estabilidad que lo aleje de un peligro de muerte, en casos extremos, de manera que no es posible la suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, siempre y cuando con ello se amenace o vulnere un derecho constitucional con carácter fundamental o uno que no tenga este carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a uno que lo tenga.

Esta vinculación sucede frecuentemente con los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud, pues este último es, generalmente, prolongación de aquéllos.

En el asunto sujeto a revisión, a la demandante –vinculada a Salud Total E.P.S. como beneficiaria de su esposo– le fueron extraídas dos cordales mientras la afiliación se encontraba vigente, pues ella se extinguió a partir del mes de abril de 1999. Esa extracción produjo, al parecer, el malestar que llevó a la peticionaria a iniciar la presente acción y la causa será descubierta, muy seguramente, a partir de la biopsia que la especialista ordenó, lo cual sucedió cuando ya se había extinguido la vinculación de la demandante a Salud Total, razón por la cual esta empresa se ha negado a practicarla.

La dolencia de la demandante le ha impedido desempeñarse en la actividad de la cual derivaba ingresos, los oficios domésticos, y su esposo, obrero, está desempleado desde marzo del año en curso, precisamente cuando se extinguió la relación laboral que le había permitido

vincularse al plan obligatorio de salud a cargo de la E.P.S. demandada. Con esto está suficientemente demostrada la imposibilidad económica de ambos para continuar el tratamiento que le permita a la peticionaria recuperar la salud que ahora no tiene.

De otro lado, no comparte esta Sala la apreciación del a quo, para quien *“teniendo en cuenta la localización de la patología -los maxilares- y las terapias que se le han hecho, y sin querer fungir de médicos, creemos que la suspensión temporal de la atención a esa dolencia hasta que la accionante se afilie a otra E.P.S. o reciba los servicios de salud que le brinda el Estado por intermedio de diferentes instituciones, no compromete en forma inmediata su existencia; distinto es que la falta momentánea de tratamiento incrementa la sintomatología. Luego no es acertado sostener que la negativa de Salud Total E.P.S. a ordenar la práctica de la biopsia maxilar requerida por la paciente esté amenazando el derecho fundamental a la vida”*. Para la Sala, en cambio, hay un gran obstáculo al ejercicio pleno del derecho a la vida, cuando su titular tiene que soportar dolores o incomodidades que hacen indigna su existencia, y hay evidente vulneración del mismo derecho, no solo amenaza, cuando superar ese dolor o esa incomodidad es posible y nada se hace por conseguirlo, so pretexto de un interés económico o de la aplicación de una norma de carácter legal que jamás puede obstaculizar la realización de una garantía constitucional¹.

Además, ¿cómo se puede admitir abiertamente el incremento de la sintomatología para posteriormente sostener que ello no vulnera los derechos invocados? En este punto es necesario repetir que no solamente la muerte es la antítesis del derecho reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política, sino también, como más adelante se sostendrá, aquello que haga de la vida algo indeseable. De otro lado, el a quo confió, sin sustento alguno, en que la peticionaria recibirá posteriormente servicios de salud, bien de otra E.P.S., ora del régimen subsidiado, cuando el nivel económico que actualmente tiene le imposibilita vincularse al régimen contributivo, por una parte, y la afiliación al régimen subsidiado solamente puede hacerse a partir de los datos arrojados por el SISBEN, cuya encuesta ni siquiera le ha sido practicada. Entonces, la afirmación del juez de primera instancia, en este punto, no atendió a los hechos y circunstancias que se le pusieron de presente.

Así, aunque el literal b) del artículo 58 del Decreto 806 de 1998 *“literalmente rece”*, como dijo la E.P.S. en su intervención, que procede la desafiliación del trabajador y de sus beneficiarios cuando aquél pierda tal calidad y no pueda continuar aportando como independiente, la verdad es que los padecimientos de la peticionaria, derivados de un procedimiento practicado en Salud Total E.P.S., deben seguir tratados hasta su culminación -porque en este caso es posible-, como lo sostuvo esta Corporación en dos asuntos similares², ya que, de lo contrario, se estaría sometiendo a la demandante indefinidamente a un malestar que no le permite desarrollarse

¹ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencias T-114, 640 y 647 de 1997; T-628, 631 y 736 de 1998, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, por aplicación de las sentencias de Sala Plena SU-111 y SU-480 de 1997, Magistrados Ponentes Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, respectivamente. Sala Plena, Sentencia C-112 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Sala Primera de Revisión, Sentencias T-370, 385 y 419 de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Sala Octava de Revisión, sentencias T-236, 283, 286 y 328 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz. Sala Novena de Revisión, Sentencia T-489 de 1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

² Sala Octava de Revisión, Sentencia T-281 de 1996, Magistrado Ponente Julio César Ortiz Gutiérrez, y Sala Tercera de Revisión, sentencia T-396 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

normalmente como individuo -al punto de que no puede trabajar- y, por ende, a una vida indeseable; además, es un padecimiento que se puede superar precisamente con el tratamiento que reiteradamente le ha sido negado a la demandante.

Los anteriores factores permiten a la Sala, como lo ha hecho en anteriores oportunidades esta Corporación, inaplicar el literal b) del artículo 58 del Decreto 806 de 1998, pues resulta inconstitucional para este caso concreto, al comprometer el derecho constitucional de la demandante a la salud (artículo 49 de la Constitución Política), en conexión con su derecho fundamental a una vida digna (artículos 1 y 11 *ibidem*)³.

III.DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado 4 Penal del Circuito de Manizales el 3 de junio de 1999 y, en su lugar, **TUTELAR** el derecho a la salud de Luz Marina Zambrano Trujillo en conexión con su derecho fundamental a una vida digna.

Segundo. **INAPLICAR** el literal b) del artículo 58 del Decreto 806 de 1998 para este caso concreto y, en consecuencia, **ordenar a la empresa promotora de salud - Salud Total** que, en el término de las 24 horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice la continuación del tratamiento requerido por la demandante para la recuperación de su salud, pero limitado a cuanto se relacione con la extracción de las cordales a que fue sometida el 27 de febrero de 1999, hasta su terminación.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

² *Ibidem*.

SENTENCIA No. T-830
octubre 25 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales
DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO- Pago oportuno de mesadas
MUNICIPIO- Situación económica o presupuestal no es óbice para desconocer obligaciones laborales

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-233526, T-233554 y T-233555.

Acción de tutela instaurada por Olimpa de C. Pérez, Nemice Galván de Hernández y Luz Marina Cordero Macea, contra el Alcalde del Municipio de Montería.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., a los veinticinco (25) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Córdoba y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por Olimpa de C Pérez, Nemice Galván de Hernández y Luz Marina Cordero Macea, contra el Alcalde del Municipio de Montería.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

En la calidad de pensionados del municipio de Montería, los accionantes, Olimpa de C. Pérez, Nemice Galván de Hernández y Luz Marina Cordero Macea manifiestan que a pesar de existir un fallo de la Corte Constitucional con Sentencia T-607 de 1996 donde se ordena al municipio efectuar el pago de las mesadas correspondientes dando prelación siempre a éstas, la administración municipal ha incurrido nuevamente en el incumplimiento del pago, adeudando las mesadas comprendidas entre los meses de agosto a diciembre de 1997, octubre a diciembre de 1998 y las primas de junio y diciembre del 97 más la prima de Navidad de 1998, razón por la cual interponen

la acción de tutela, por cuanto estiman que los ingresos dejados de recibir lesionan los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y pago oportuno de sus mesadas e impiden a sus familias y a ellas el disfrutar de una vida digna. Son cabeza de familia con escasos recursos y no poseen mas que los generados por lo que devengan por su pensión.

2. Sentencias objeto de revisión.

Mediante sentencia del 12 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo de Córdoba, concede la tutela interpuesta señalando que el pago de la pensión de jubilación debe garantizar a las personas de la tercera edad la subsistencia en condiciones dignas a fin de proteger los derechos fundamentales, los cuales no pueden ser afectados por la negligencia ni la conducta omisiva de la administración al no prever los recursos presupuestales necesarios para cumplir con la responsabilidad contraída.

Impugnada la providencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencias del 21 de mayo y 14 de junio del año en curso, revoca y en su lugar deniega por improcedente las acciones demandadas, aduciendo que los accionantes pueden acudir a la jurisdicción laboral para hacer efectivos sus derechos. Anota la providencia que la falta de pago de las mesadas, no ha sido negligencia de la administración ya que ésta a pesar de carecer de los recursos presupuestales ha gestionado varios prestamos y enajenación de bienes, tendientes a solucionar la situación deficitaria del municipio y así realizar la cancelación de pasivos pensionales existentes. Así mismo, el derecho de seguridad social en cuanto salud, se ha seguido prestando a través de las entidades con las cuales se tienen los convenios, lo que indica que no se encuentran desprotegidos por éste concepto.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. El problema jurídico planteado.

Se reduce a determinar si con la omisión de la administración municipal al no dar cumplimiento con el pago de las mesadas pensionales demandadas, se está desconociendo el mínimo vital de los actores.

2. Reiteración de jurisprudencia. Afectación del mínimo vital en personas de tercera edad.

La Corte Constitucional a través de la Reiteración de jurisprudencia, ha sido precisa al reconocer que si bien es cierto que la jurisdicción constitucional no es el medio idóneo para ventilar y hacer efectivo las pretensiones del campo laboral, también ha reconocido la procedencia de éste amparo a las personas de tercera edad debido a que: “Los pensionados, gozan de especial protección del Estado, en cuanto su situación jurídica tiene por base el trabajo y son titulares de un derecho de rango constitucional a recibir puntualmente las mesadas que les corresponden (Art. 53 C.P) Por ello, la Corte ha aceptado la procedencia excepcional de la tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso.¹

Igualmente, en cuanto se refiere al pago de pensiones se insiste en la doctrina según la cual:

“La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa

¹ Cfr. sentencia T-421 de 1999.

distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión (T-246 de 1992, T-063 de 1995; T-437 de 1996, T-001, T-087, T-273 de 1997, T-011, T-075 y T-366 de 1998, entre otras). Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, **una vulneración o lesión de su mínimo vital**, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado (sentencias T-246 de 1992, T-063 de 1995; T-437 de 1996, T-001, T-087, T-273 de 1997, T-011, T-075 y T-366 de 1998, entre otras).

“El cese de pagos salariales y pensionales, prolongado o indefinido en el tiempo, hace presumir la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador, del pensionado y de los que de ellos dependen, hecho que justifica la procedencia de la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o la entidad encargada del pago de mesadas pensionales, el restablecimiento o reanudación de los pagos (sentencia T-259 de 1999). En tratándose del pago de pensiones, ha de presumirse que su pago está afectando el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponderá a la entidad encargada de pagar esta prestación, desvirtuar tal presunción”.

Así, en circunstancias de afectación del mínimo vital tanto del actor como su familia debe brindarse protección de los derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social, los cuales se lesionan y se pone en peligro, cuando con la omisión, negligencia o descuido, la administración retarda los pagos de las mesadas y éstas constituyen el único ingreso de las personas².

Al respecto se reitera:

“Esta Corporación ha considerado que, en el caso de las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), el derecho a la seguridad social, que se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales, adquiere el carácter de derecho fundamental, como quiera que el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones. La falta o el retraso en el pago de las mesadas pensionales o de las cotizaciones en salud a que tienen derecho las personas de la tercera edad, les ocasiona un perjuicio irremediable que autoriza la procedencia transitoria de la acción de tutela, mientras se resuelven los recursos y acciones ordinarios respectivos”³.

Para terminar, ante la crisis presupuestal y financiera de los municipios, esta Corporación ha señalado recientemente que la situación económica no es excusa para cumplir las obligaciones laborales en tiempo, porque, de aceptarse tal excusa, expresó la sentencia T-632 de 1999, ocurriría que el juez llamado a dar efectiva protección a los derechos fundamentales, paradójicamente prohiaría su desconocimiento al aceptar el incumplimiento de las obligaciones laborales que comprometen el derecho a la subsistencia en condiciones dignas y otros derechos fundamentales.

² Contra el Municipio de Montería pueden consultarse las Sentencias Corte Constitucional T-711 1999 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo y T-606 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

³ Sentencia Corte Constitucional T-299 de 1997 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En su lugar **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Montería, que tutela los derechos al trabajo y a la seguridad social, en condiciones dignas y justas, al mínimo vital y a la subsistencia de los demandantes.

Segundo. **ORDENAR** al Alcalde Municipal de Montería, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si no lo hubiere hecho ya, proceda a efectuar la cancelación de las mesadas pensionales dejadas de pagar. En caso de no existir los recursos presupuestales suficientes, se concede un plazo máximo de 30 días para que lleven a cabo los trámites presupuestales correspondientes.

Tercero. **PREVENIR** al Alcalde Municipal de Montería, para que asuma de manera permanente los correctivos para evitar que la falta de disponibilidad de recursos impida el futuro cumplimiento de sus obligaciones pensionales, y para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que comprometen el mínimo vital por el no pago oportuno, so pena de las sanciones legalmente establecidas.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-831
octubre 25 de 1999

DERECHO A LA VIDA-Demora en práctica de examen

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-226373

Acción de tutela instaurada por Alvaro Cárdenas Pérez contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C, dentro de la acción de tutela instaurada por Alvaro Cárdenas Pérez contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Manifiesta el actor, que el 9 de febrero de 1998, se le practicó una cirugía de reemplazo total de cadera en el hospital “La Samaritana”, de esta ciudad. Si bien la cirugía fue todo un éxito, los malestares en la columna nunca desaparecieron, haciéndose por el contrario, cada vez más fuertes, lo cual no le ha permitido laborar desde la fecha de la cirugía. Posteriormente fue atendido en el hospital San Juan de Dios, donde le ordenaron un realce de un centímetro en el zapato derecho, pero los dolores en la columna se hacían más intensos.

Ante tal situación, e imposibilitado para trabajar, fue examinado nuevamente por un médico del I.S.S., quien consideró que podría necesitarse una nueva cirugía, y le diagnosticó entonces, una discapacidad laboral del 25.55%. Sin embargo, solicitada la nueva valoración médica, esta no se le realizaría antes de cuatro (4) meses, situación que lo afectaría gravemente, pues al no

estar incapacitado para laborar, la empresa para la cual presta sus servicios suspendería la cotización a la E.P.S. del ISS.

Por lo anterior, y en vista de la imposibilidad de seguir trabajando y de no cotizar al I.S.S. en salud ni en pensión, considera el actor violados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con vida, y a la dignidad humana.

2. Decisión que se revisa.

Mediante sentencia del 19 de mayo de 1999, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó la tutela. Considera la Sala que tal y como lo informó el ISS, mediante escrito del 11 de mayo del presente año, el actor no tiene en el momento la calidad de afiliado a la E.P.S. del Seguro, pues cotizó hasta el 15 de diciembre de 1998, y no presenta pagos posteriores con el mismo o con otro empleador. Por lo tanto, ante la no acreditación por parte del demandante de su calidad de afiliado del ISS, o de beneficiario, se negó la tutela en los términos del artículo 5º del Decreto 2591 de 1991.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Reiteración de Jurisprudencia. Demora injustificada en la práctica o inicio de tratamiento médico. Hecho superado.

Si bien las situaciones de hecho que motivaron al demandante a interponer la presente acción de tutela, ya desaparecieron, la Sala encuentra injustificada la demora en que incurrió el ISS, para autorizar el procedimiento médico requerido por el actor, máxime cuando por no realizarlo a tiempo se afectaron los derechos fundamentales a la vida, a la salud en conexidad con la vida y a la integridad física¹. Esta demora injustificada, a su vez retrasa la iniciación de un tratamiento médico correspondiente, que permitiría al afectado la recuperación de su salud².

2. Carencia actual de objeto.

Mediante escrito fechado el 12 de octubre del presente año, el señor Alvaro Cárdenas Pérez, informó que le fue practicada la valoración médica por él solicitada y que había motivado la interposición de la presente acción de tutela.

De esta forma, resulta claro que el proceso en revisión carece actualmente de objeto³ pues desaparecidos los motivos que justificaron en su momento la iniciación de esta acción de tutela, y cumplida la actuación solicitada por el tutelante, esta Sala de Revisión confirmará la decisión de instancia, pero por las consideraciones aquí expuestas.

III. DECISION

En mérito de la breve justificación, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

¹ Cfr. Sentencias T-489 de 1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa y T-244 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Cfr. Sentencias T-329 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, y T-560 de 1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

³ Cfr. Sentencias T-167 y T-463 de 1997, T-215, T-281 y T-288 de 1998 y T-178 de 1999, entre muchas otras.

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C., pero por las motivaciones aquí expuestas.

Segundo. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior se ordena que por Secretaría General, se devuelva el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-832

octubre 25 de 1999

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Inconvenientes presupuestales o trámites internos no deben afectar atención médica de beneficiarios

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-234178

Acción de tutela instaurada por Lucía Quintero de Colmenares contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C, dentro de la acción de tutela instaurada por Lucía Quintero de Colmenares contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Señala la demandante, Lucía Quintero de Colmenares en representación de su hija menor Paula Andrea Colmenares, que como consecuencia de un accidente, su hija sufrió lesiones en ambas rodillas, para lo cual se requería una intervención quirúrgica, no simultánea, para su pronta recuperación. Si bien la cirugía fue programada por el médico ortopedista para el mes de abril de 1998, a la fecha de interposición de la presente tutela, el ISS, Seccional Bogotá no había autorizado la realización de la misma. Ante tales hechos, consideró violados los derechos fundamentales de los niños y a la salud de su hija Paula Andrea. Solicitó en su tutela, se ordenara al ISS, la autorización de la mencionada intervención quirúrgica.

2. Decisión que se revisa.

Mediante sentencia del 17 de junio del presente año, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, negó la tutela. Consideró el *a quo* que según la información entregada por la parte demandada, no se encuentran depositados los aportes de varios meses, razón por la cual se suspendió el servicio a la demandante y obviamente a sus beneficiados. De esta manera, la misma demandante deberá exigir de su patrono, el puntual pago de los aportes al ISS, por concepto de salud. Por estas razones la acción no resulta procedente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Reiteración de jurisprudencia.¹

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia² ha señalado que los beneficiarios del sistema de salud no deben padecer las complicaciones de tipo presupuestal afrontados por las entidades encargadas de prestar el servicio de salud, ni tampoco deben estar sometidos a los interminables trámites internos y burocráticos que interfieren en el normal desarrollo de sus tratamientos médicos. Por lo tanto todos estos trámites deben ser ajenos a la prestación del servicio y, por lo mismo, no deben obstaculizar la protección ofrecida por el Estado en esta materia.³ (junio 10 de 1999 Sentencia T-448 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

2. Carencia actual de objeto.

El día 16 de octubre de 1999, mediante escrito enviado vía fax, la señora Lucía Quintero de Colmenares, informa que el día 10 de agosto del presente año, fue intervenida quirúrgicamente su hija Paula Andrea, desapareciendo de esta manera el objeto mismo que sustentaba la presente acción de tutela.

El proceso en revisión carece actualmente de objeto⁴ pues han desaparecido los motivos que justificaron en su momento la iniciación de esta acción de tutela, razón por la cual se confirmará la decisión de instancia, por las consideraciones aquí expuestas.

III. DECISION

En mérito de la breve justificación, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., pero por las motivaciones aquí expuestas.

Segundo. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior se ordena que por Secretaría General, se devuelva el expediente al Juzgado Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C.

¹ Cfr. Sentencia T-448 de junio 10 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Cfr. Sentencias T-428 de 1998, T-059 de 1997 y T-109/99.

³ Cfr. Sentencia T-428 de 1998.

⁴ Cfr. Sentencias T-167 y T-463 de 1997, T-215, T-281 y T-288 de 1998 y T-178 de 1999, entre muchas otras.

T-832/99

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-833
octubre 25 de 1999

SUBORDINACION-Pensionado

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

PROCESO DELIQUIDACION OBLIGATORIA- Pago preferente de mesadas pensionales

PROCESO DELIQUIDACION OBLIGATORIA- Necesidad de llegar a acuerdo para
concretar trámite de conmutación pensional

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-231268

Acción de tutela instaurada por Eulogio Sevilla Muñoz contra CROYDON S.A -en liquidación

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Jgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali y por la Sala laboral del Tribunal Superior de esa misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Eulogio Sevilla Muñoz contra CROYDON S.A - en liquidación -.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Señala el actor que es pensionado de la empresa CROYDON S.A. - en liquidación -, desde el año de 1977. Si bien la empresa siempre le pagó puntualmente sus mesadas pensionales, al momento de interponer la presente acción de tutela, la empresa le adeudaba las mesadas de julio y agosto de 1996, febrero a agosto de 1998, y las primas de junio de 1996 y 1998. Considera que con el no pago de dichos dineros se ha visto afectado gravemente, pues por ser una persona de la tercera edad -82 años - depende completamente de los recursos que por concepto de su

pensión reciba. Por lo tanto, considera violados sus derechos a la seguridad social y a la dignidad y solicita se ordene a la empresa demandada el pago de los dineros adeudados.

2. Decisiones que se revisan.

En sentencia del 2 de octubre de 1998, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali concedió la tutela. Para ello consideró que si bien el derecho a la seguridad social, por su naturaleza no es fundamental, adquiere dicha connotación en casos especiales, y de no reconocerse tiene la capacidad de poner en peligro otros derechos que sí tienen el carácter de fundamentales como la vida, la integridad física, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la protección especial de las personas de la tercera edad. Además indicó, que el hecho de encontrarse la empresa demandada en proceso liquidatorio, no puede convertirse en excusa para seguir violando de manera indefinida los derechos del actor. Por lo tanto, ordenó a la empresa demandada, para que en plazo máximo de treinta (30) días, si aún no lo ha hecho, reinicie el pago de las mesadas pensionales al actor. Respecto de las mesadas pensionales dejadas de pagar, podrán ser reclamadas a través de la vía judicial ordinaria como es el proceso ejecutivo laboral. Finalmente, compulsó copias a la Superintendencia de Sociedades y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para que de conformidad con sus competencias, realicen las gestiones que garanticen la efectividad de los derechos del actor.

El señor liquidador de la empresa CROYDON S.A. - en liquidación -, dentro del escrito de impugnación, hizo especial énfasis en la situación de total iliquidez de la compañía, anotando que *“el Grupo Liquidador ha realizado todos los esfuerzos para lograr el pago oportuno de los pasivos pensionales en aras de cumplir con los requisitos exigidos por la ley laboral y de no desmejorar los derechos ciertos de los pensionados los cuales han sido reconocidos durante el trámite liquidatorio.”*

Impugnada la decisión, conoció en segunda instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, la cual mediante providencia del 13 de noviembre de 1998, revocó la decisión del *a quo*, y en su lugar negó la tutela. Consideró el *ad quem* que de conformidad con anteriores sentencias proferidas por la Corte Suprema de justicia, no procede la tutela como mecanismo judicial apropiado para hacer efectivo el pago de una acreencia, pues de ser procedente la tutela para dicho asunto, el incumplimiento del pago daría pie a las sanciones señaladas en el Decreto 2591 de 1991, como sería la privación de la libertad, situación que no es válida dentro del ordenamiento jurídico del país, pues el artículo 28 de la Carta Política prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas. Además, tampoco es procedente la tutela cuando con ella se pretermite el agotamiento de las otras vías judiciales, que siendo ordinarias, deben ser empleadas por los demandantes para la protección de sus derechos. Por otra parte, resalta la misma sentencia transcrita por el *ad quem*, que existe un procedimiento dentro de la ley 222 de 1995, según el cual todos los acreedores de una sociedad que se encuentre en proceso liquidatorio, disponen de un plazo preestablecido para hacer valer sus créditos de cualquier naturaleza y sin excepción. Finalmente señala, que hubiera sido procedente la acción de tutela de haberse indicado por el actor la existencia de un perjuicio irremediable, situación que no fue alegada. Por lo tanto, se negó la tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Procedencia de la tutela contra particulares respecto de los cuales existe subordinación.

Como lo ha señalado esta Corporación, y de conformidad con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra particulares, como mecanismo judicial excepcional,

cuando es evidente el estado de subordinación o indefensión del actor frente a la parte demandada.¹

En el caso objeto de análisis, el demandante se encuentra ciertamente en estado de subordinación pues es pensionado de la empresa CROYDON S.A., -en liquidación obligatoria-. Por lo tanto, la tutela resulta procedente.

2. Reiteración de jurisprudencia. Procedencia excepcional de la tutela para el pago de acreencia laboral.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia,² ha considerado que se está ante un perjuicio irremediable, cuando a consecuencia de una actitud omisiva o negligente de un empleador, se deja de cancelar de manera puntual y completa las mesadas pensionales de sus ex trabajadores. En el caso de estas personas, que ya se encuentran fuera del mercado laboral y que, en la gran mayoría de los casos pertenecen a la tercera edad, su subsistencia depende de los recursos recibidos por este concepto.

Esta Corporación en casos similares³ al que es objeto de revisión, indicó de manera muy clara que en el evento en que una empresa asuma de manera directa el reconocimiento y pago de las pensiones de sus ex trabajadores, y deba someterse a un proceso concordatario, viola los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de sus pensionados en la medida en que omite el pago puntual y completo de las mesadas pensionales. Por lo tanto, en estos casos, la acción de tutela surge como el mecanismo judicial idóneo para obtener la protección requerida por los directamente afectados, pudiendo así conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.⁴

3. Caso concreto.

En Sentencias T-658 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, T-791 de 1998 y T-005 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, y más recientemente en las Sentencias T-147 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz y T-515 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, se evidenció la total inactividad por parte de la empresa CROYDON S.A., y su liquidador a fin de cumplir de manera puntual y completa con las obligaciones prestacionales de sus pensionados.⁵ De esta forma, la situación que se vislumbra en el presente caso en nada difiere de las estudiadas por la Corte Constitucional en su momento, y que fueron objeto los pronunciamientos arriba reseñados.

Debe señalarse que en el presente proceso, si bien existe prueba documental en la cual consta que el señor Liquidador dio inicio hace más de un año a las gestiones ante el Instituto de Seguros Sociales para optar por la conmutación pensional, figura jurídica que garantizaría hacia el futuro

¹ Cfr. Sentencia T-172 de 1997, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

² Cfr. Sentencias T-031, T-070, T-071, T-072, T-103, T-106, T-107, T-120⁸ y T-297 de 1998 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

³ Contra la empresa Croydon S.A. - en liquidación -, existen ya varias sentencias en donde se demandó por los mismos conceptos que ahora se debaten. Cfr. T-658 y T-791 de 1998, T-005 y T-147 de 1999.

⁴ Cfr. Sentencia T-458 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Las acreencias surgidas con posterioridad a la apertura del trámite concursal, como las mesadas pensionales que se causen en ese período, son consideradas por la ley como gastos de administración y deben ser pagados de preferencia. T-323 de 1996 y T-458 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

el cumplimiento y efectivo pago de las obligaciones pensionales⁶, no existe prueba alguna que demuestre que se haya llegado a un acuerdo con dicha entidad, a efecto de lograr la mencionada solución. Además, esta misma Sala en sentencia T-515 de julio 19 de 1999, en la cual resolvió una tutela contra la misma empresa CROYDON S.A. -en liquidación- concluyó que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia de Sociedades, no desarrollaron actuación alguna dirigida a proteger los derechos de los demandantes en dicha tutela y que en su momento les fueran impartidas por esta misma Sala de Revisión.

Por lo tanto, y en vista de que la situación del actor en nada difiere de la de otros pensionados de la empresa aquí demandada, la Sala Cuarta de Revisión ordenará al señor liquidador de la empresa CROYDON S.A. -en liquidación- para que en plazo improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, cancele las mesadas pensionales adeudadas al señor Eulogio Sevilla Muñoz, siendo dicho pago parte de los gastos de administración del proceso liquidatorio. Se ordenará a su vez al liquidador, al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, al Instituto de Seguros Sociales y a la Superintendencia de Sociedades, que en el plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, lleguen a un acuerdo, si aún no se ha hecho, en el cual concreten el trámite de la conmutación pensional, para lo cual deberán tomar todas las medidas legales que conduzcan a ello. A su vez se compulsará copia de este fallo a la Procuraduría General de la Nación para que vigile por el cabal cumplimiento de esta decisión, y de no ser así, proceda a investigar, si hubiere lugar a ello, el comportamiento de aquellas autoridades que no ejecuten las órdenes aquí impartidas.

Finalmente, debe señalarse que examinado el expediente, se logró establecer que proferidos los fallos en los meses de octubre y noviembre del año pasado - 1998 -, el expediente fue remitido a esta Corporación tan sólo hasta el día 31 de mayo de 1999, seis meses después, lo cual no tiene explicación alguna, pues el decreto 2591 de 1991, es muy claro al señalar en el inciso segundo del artículo 32, que dentro de los diez (10) siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez deberá remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Por lo tanto, y ante la actitud negligente de dicha instancia judicial, se compulsará copia de esta sentencia al Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, para que si hay lugar a ello, investigue la conducta negligente de los funcionarios y empleados que conocieron de esta tutela y que no dieron cumplimiento a lo señalado por el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

Se comunicará a su vez, la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para que de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, velar por la garantía de los derechos fundamentales violados al señor Eulogio Sevilla Muñoz, ante la negligencia tanto de la empresa, del señor liquidador de la misma y de las autoridades públicas encargadas de ejercer funciones de control y vigilancia⁷, y lo represente judicialmente si fuere el caso.

III. DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión, de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

⁶ Cfr. Sentencias T-458 de 1998 y T-658 de 1998.

⁷ Cfr. Sentencias T-658 de 1998 y T-005 de 1999.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esa misma ciudad, la cual negó la presente acción de tutela. En su lugar **TUTELAR**, los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital del señor Eulogio Sevilla Muñoz.

Segundo. **ORDENAR** al señor liquidador de la empresa CROYDON S.A. -en liquidación- para que en plazo improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, cancele las mesadas pensionales adeudadas al señor Eulogio Sevilla Muñoz, por ser dicho pago parte de los gastos de administración del proceso liquidatorio.

Tercero. **ORDENAR** al mismo señor liquidador, al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, al Instituto de Seguros Sociales y a la Superintendencia de Sociedades, para que en el plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, lleguen a un acuerdo, si aún este no se ha dado, en el cual concreten el trámite de la conmutación pensional, para lo cual deberán tomar todas las medidas legales que conduzcan a ello.

Cuarto. **COMPULSAR** copia de este fallo a la Procuraduría General de la Nación para que vigile por el cabal cumplimiento de esta decisión, y de no ser así, proceda a investigar el comportamiento de aquellas autoridades que no ejecuten las órdenes aquí impartidas, si hubiere lugar a ello.

Quinto. **COMPULSAR** copia de esta decisión al Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, para que si a lugar a ello, investigue la conducta negligente de los funcionarios y empleados que conocieron de esta tutela, por su injustificado retraso en el envío del presente proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Sexto. **COMUNICAR** esta sentencia a la Defensoría del Pueblo para que de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, vele por la garantía de los derechos fundamentales violados al señor Eulogio Sevilla Muñoz, ante la negligencia e inacción de la empresa, del señor liquidador de la misma y de las autoridades públicas encargadas de ejercer funciones de control y vigilancia, y lo represente judicialmente si fuere el caso.

Séptimo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-834

octubre 25 de 1999

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL- Fundamental

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL- Aplicación de norma más favorable

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL- Demostración de convivencia efectiva en años anteriores

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL- Nuevo estudio por trato discriminatorio

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-219233

Acción de tutela instaurada por José Ricardo Bernal Robayo contra la Caja de Crédito Agrario y Minero.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Santafé de Bogotá, D.C., a los veinticinco (25) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada compuesta por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en uso de sus facultades constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Doce Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por José Ricardo Bernal Robayo contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Manifiesta el actor, que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, negó la sustitución pensional de su madre fallecida y en favor de su padre. Con base en la ley 33 de 1973 dicha entidad, consideró que la norma existente al momento del fallecimiento de la señora Ana

Cristina Quintero de Bernal, es muy explícita al señalar la procedencia de la sustitución pensional en favor de la viuda y no del viudo.

Señala el actor, por otra parte, que su padre es una persona de la tercera edad y padece una grave enfermedad que lo ha postrado de manera definitiva.¹ Argumenta que la ley 71 de 1988, en su artículo 3° estableció, en relación con la sustitución pensional contenida en la ley 33 de 1973, que esta se extendería al cónyuge supérstite sin interesar si este era hombre o mujer. Por lo tanto, el actor en su condición de Guardador General, sostiene que le está siendo violado a su padre el derecho fundamental a la igualdad, y solicita se ordene a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, le reconozca la sustitución pensional a que tiene derecho.

2. Decisiones de instancia.

Mediante sentencia del 26 de febrero de 1999, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, negó la tutela. Consideró que no hubo violación del derecho fundamental a la igualdad, pues la diferencia que surge para el caso en particular, obedece a una interpretación de una norma de carácter legal, por lo tanto general y que ha de aplicarse sin distingo alguno respecto de todas las personas. Por lo tanto, consideró que esa discusión puede ser objeto de un proceso dentro de la jurisdicción laboral. En relación con el derecho fundamental a la protección de las personas de la tercera edad, considera el *a quo* que no existe violación de este derecho por parte de la entidad demandada, pues el que las decisiones administrativas tomadas por la Caja Agraria no sean favorables a los intereses del actor, “no conlleva el deber de proteger a todo aquel que impetre una prestación social.” Por último indicó que la protección a la ancianidad también corre por cuenta del núcleo familiar, y en este caso de discapacidad en que se encuentra el afectado, con mayor razón corresponde a su hijo, como Guardador General de su padre, velar por su bienestar.

Impugnada la anterior decisión, conoció en segunda instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, la cual mediante sentencia del 21 de abril del presente año, confirmó la decisión de primer grado. Consideró que por existir normas que regulan los procesos para establecer la legalidad de las situaciones como la presente, y así debe concluirse que no corresponde a la acción de tutela la solución de este tipo de controversias. Además, no existe perjuicio irremediable alguno, pues los derechos reclamados podrán ser reclamados y valorados ante la justicia ordinaria laboral.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Protección a la ancianidad. Norma favorable en la valoración de una sustitución pensional.

El derecho a la sustitución pensional tiene el carácter de fundamental y así lo ha expuesto la Corte, entre otras sentencias, en la consignada en la siguiente cita:

“Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable; la transmisión en el sector privado fue reglada por la Ley 33 de 1973 artículo 1°. Teniendo como antecedentes el Código Sustantivo del Trabajo art.275, Ley 171 de 1961 art.12, Ley 5° de 1969 art.1°, Decreto 435 de 1971 art.15 y la Ley 10 de 1972 art.10. En la Ley 100 de 1993 a esta situación se le da el calificativo de Pensión de Sobrevivientes (artículo 46 a 49). Se ratifica que a ella tiene derecho en forma vitalicia el cónyuge supérstite y se aclara que además son beneficiarios

¹ Se acompaña a la demanda, la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en donde se declara interdicto al señor Ricardo José Bernal y se designa a su hijo como curador.

los hijos menores de 18 años y hasta los 25 siempre que estén incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez (art.47-b)

“Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.” (Sentencia T- 173 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En la Sentencia T-355 de 1995, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de hacer un recuento de la extensa y variada legislación sobre la sustitución pensional, de la siguiente manera que ilustra el mencionado fallo:

“ Ley 90 de 1946, artículo 59: establece la pensión vitalicia mensual a la viuda, sea o no inválida y al viudo inválido.

“ Ley 171 de 1961, artículo 12: la establece para el Cónyuge durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del empleado jubilado o con derecho a jubilación.

“ Decreto 3041 de 1966: aprueba el Reglamento del Seguro Social Obligatorio y en su art. 21 habla de la pensión a favor del CONYUGE SOBREVIVIENTE.

“ Ley 5ª de 1969 artículo 1º: habla del Cónyuge y ratifica los 2 años de pensión, pero continúa hablando de ‘empleado’.

“ Decreto 433 de 1971: expresamente deroga (art. 67) la Ley 90 de 1946.

“ Decreto 435 de 1971, artículo 15: ya habla de TRABAJADOR PARTICULAR y de su CÓNYUGE y amplía a CINCO AÑOS.

“ Ley 10 de 1972, artículo 10: modifica el anterior en el sentido de que para quienes llevaban dos años de sustitución la prórroga sería hasta completar los cinco.

“ Ley 3 de 1973: Esta norma es para trabajadores particulares y para trabajadores oficiales y transforma en vitalicias las pensiones de LAS VIUDAS.

“ Ley 12 de 1975: habla del CÓNYUGE SUPÉRSTITE si el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica, pero con tiempo de servicio.

“ Ley 4ª de 1976: extiende al beneficiario los servicios médicos, odontológicos, etc.

“ Ley 44 de 1980: facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.

“ Ley 113 de 1985: define quién es cónyuge supérstite: “esposo o esposa de la persona fallecida”.

“ Ley 71 de 1988: extiende las previsiones de la sustitución pensional y precisa que las normas legales apenas contienen los derechos mínimos.

“En 1988 se expidió el Decreto 2665 de 1988, que permite suspender las prestaciones económicas y de salud, por parte del ISS, ‘cuando se compruebe que conforme a los Reglamentos del seguro, no se tenía derecho a ellas’”.

Con posterioridad al Decreto 2665 de 1988 fue expedida la Ley 100 de 1993 (arts. 46 a 49): reafirma que se concede en forma vitalicia al “cónyuge supérstite,” la pensión de sobrevivientes.

Además de variada, sostuvo la sentencia que se comenta, la legislación ha centrado el beneficio en el cónyuge sobreviviente. Cualquier duda que hubiere debe ser resuelta en favor del trabajador o del beneficiario, y, de todas maneras, la norma más favorable debe aplicarse Retrospectivamente.

Ahora bien, la conclusión de esta Corporación² ha sido la de que para obtener el derecho a la sustitución pensional lo que se requiere fundamentalmente es demostrar la convivencia efectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte. Lo que quiere decir que es preciso fundamentalmente atender el objetivo de la sustitución pensional que no es nada distinto que garantizarle al cónyuge o compañero supérstite los recursos necesarios para mantener un nivel de vida similar al que tenía antes de la muerte del conviviente que gozaba de una pensión. Así, de lo que se trata en el momento de decidir acerca de una solicitud de sustitución pensional es de observar la situación real de vida en común de dos personas, dejando de lado criterios de discriminación que a la luz de la Constitución de 1991, resultan absolutamente arbitrarios.

En efecto, el contenido repetitivo de las respuestas que la Caja Agraria ha dado a las solicitudes elevadas por el señor Ricardo Bernal Robayo, dicen lo siguiente:

“..se pudo determinar que las normas legales vigentes a la fecha del fallecimiento de la señora Quintero de Bernal, no existía disposición alguna que estableciera el derecho a la sustitución pensional en su favor, toda vez que la ley 33 de 1973, solo contemplaba ese derecho a favor de la viuda”.

Así, de manera reiterada, la Caja Agraria insiste en que la norma que debe aplicarse es la vigente al momento del fallecimiento del pensionado o pensionada. Empero, ya la Corte ha establecido que en estos casos, en los que están comprometidos los derechos al mínimo vital y la igualdad, la administración debe ajustar su proceder a los mandatos superiores de la Carta, y velar porque los actos que expida no signifiquen una vulneración flagrante de los derechos y principios que orientan la misma.³

No se explica la Corte cómo los fallos revisados ignoraron la triste condición que atraviesa el actor, y sin más argumentos, que el simplista de enviar a un anciano enfermo de 84 años a la deriva de la jurisdicción laboral, fallaron en contra de sus derechos fundamentales ostensiblemente afectados con la decisión de la entidad demandada.

Las razones anteriores conducen a revocar las sentencias, y conceder sin duda, el amparo solicitado. Con todo, la revocación de las mismas no implica de por sí el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al actor, pues este punto debe ser resuelto directamente por la Caja de Crédito Agrario. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la actitud del ente demandado le ha ocasionado un grave perjuicio a una persona cuyas condiciones de debilidad manifiesta exceden inclusive la urgencia que normalmente presentan los pensionados, se ordenará a la misma que, en el término de veinticuatro (24) horas a partir de la notificación de esta sentencia, realice un nuevo estudio de la solicitud de sustitución pensional, para el cual no podrá aplicar los criterios discriminatorios contenidos en sus anteriores respuestas y que han propiciado, equivocadamente, la denegación de la petición de sustitución pensional.

² Sentencia T-566 de 1998.

³ *Ibidem*.

III. DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión, de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. En consecuencia, conceder la tutela al derecho a la vida, salud y seguridad social del señor José Ricardo Bernal Robayo.

Segundo. **ORDENAR** a la Caja Agraria o a la entidad que haga sus veces, que en el término de veinticuatro (24) horas a partir de la notificación de esta sentencia, realice un nuevo estudio de la solicitud de sustitución pensional, para el cual no podrá aplicar los criterios discriminatorios contenidos en sus anteriores respuestas y que han propiciado, equivocadamente, la denegación de la petición de sustitución pensional.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA T-835

octubre 28 de 1999

CUMPLIMIENTO DE PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia de tutela

Cuando una autoridad pública o algún particular, con su conducta, incumple una decisión judicial que le haya sido impartida, y con dicha desatención se violan derechos fundamentales, la protección por vía de tutela se encuentra justificada y este mecanismo judicial resulta por lo tanto procedente.

PROCESO EJECUTIVO CONTRA MUNICIPIO- Retención preferente de obligación financiera para pago de salarios

MUNICIPIO- Necesidad de situar recursos para cumplir orden dada en proceso ejecutivo de pago de salarios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-227565

Acción de tutela instaurada por Jesús Nirgen Orejuela Waldo, Martha Yolima Mosquera Garcés, Belsa Dominga Arboleda Ruiz, Jenny Maritza Mosquera Moreno, Marley Córdoba Copete, Gleidys Patiño Rodríguez, María Pura Hurtado Ruiz, Alicia Castro Córdoba, Martha Inés Córdoba Asprilla, Maricel Noemy Murillo contra las sucursales del banco de Bogotá y de la Caja Agraria en el Municipio de Istmina (Chocó).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en uso de sus facultades constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior de Quibdó y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por José Ricardo Bernal Robayo contra las sucursales del Banco de Bogotá y de la Caja Agraria en el Municipio de Istmina (Chocó).

LANTECEDENTES.

1. Hechos.

Manifiestan los actores que laboran para el municipio de Istmina en calidad de docentes y que en razón a la mora en el pago de sus salarios, iniciaron proceso ejecutivo contra el municipio. El Juzgado Civil del Circuito de Istmina, mediante mandamiento de pago ordenó retener de las cuentas corrientes del municipio, los recursos pertinentes para el pago de los salarios adeudados. El banco de Bogotá inicialmente cumplió con la orden impartida, pero la Caja Agraria contestó que el demandado no poseía recursos. Con la liquidación del proceso, el Juzgado de ejecución dispuso el embargo y retención de los dineros que tuviera el municipio en cuenta corriente, pero en este momento ambos accionados señalaron que el municipio no contaba con fondos. Ante tal situación, los tutelantes consideran que los bancos, en asocio con la administración municipal han evadido la orden judicial impartida, acudiendo a empréstitos, convenios de transferencia, sobregiros entre otros, de tal manera que cuando se dispusiera de recursos en dichas cuentas, estos ya estuvieran comprometidos.

Ante tal situación consideran violados sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y al pago puntual de sus salarios. Solicitan se ordene al Banco de Bogotá y a la Caja Agraria de dicho municipio, dar cumplimiento a las órdenes judiciales impartidas dentro del proceso ejecutivo seguidas contra el municipio. Además, el cumplimiento de lo ordenado judicialmente, deberá hacerse de manera preferente a cualquier otra operación o negocio de carácter comercial del municipio.

2. Decisiones de instancia.

Mediante sentencia del 26 de abril de 1999, la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior de Quibdó concedió la tutela. Ordenó a los gerentes del banco de Bogotá y de la Caja Agraria del Municipio de Istmina, que de manera inmediata dieran cumplimiento a la orden de embargo proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Istmina a través de los oficios 071 y 082 de 1999, respecto de los fondos que el municipio tenga actualmente o tuviere en el futuro en cuentas corrientes.

Impugnada la decisión, conoció en segunda instancia la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante sentencia del 26 de mayo del presente año, resolvió revocar la decisión del *a quo*, y en su lugar negar la tutela. Señaló que si bien los actores iniciaron un proceso ejecutivo contra el municipio de Istmina, tomándose todas las medidas conducentes dentro del mismo proceso, y estas no han podido ser cumplidas por las entidades bancarias involucradas, “corresponde al mismo juez de la ejecución definir si el comportamiento es ajustado a la ley o contrario a la misma y en este último caso utilizar los poderes disciplinarios en los términos del artículo 39 del C. de P.C.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Procedencia de la acción de tutela para el efectivo cumplimiento de providencia judicial. Violación de derechos fundamentales.

En los casos en que un juez de la República profiere una decisión judicial, y ésta, como en el presente caso, involucra la necesaria protección de derechos fundamentales, es indispensable que el fallo sea cumplido por la parte demandada, y sólo podrá controvertirse tal decisión, de conformidad con los procedimientos que para el efecto existan en la misma legislación. Por lo tanto, cuando una autoridad pública o algún particular, con su conducta, incumplen una decisión

judicial que le haya sido impartida, y con dicha desatención se violan derechos fundamentales, la protección por vía de tutela se encuentra justificada y este mecanismo judicial resulta por lo tanto procedente.

En un caso similar al que es objeto de revisión, esta Corte en sentencia T-553 de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz señaló lo siguiente:

“La vigencia de un orden justo no pasaría de ser una mera consagración teórica plasmada en el preámbulo del Estatuto Superior, si las autoridades públicas y privadas, no estuvieran obligadas a cumplir íntegramente las providencias judiciales ejecutoriadas. Acatamiento que debe efectuarse de buena fe, lo que implica que el condenado debe respetar íntegramente el contenido de la sentencia, sin entrar a analizar la oportunidad, la conveniencia, o los intereses de la autoridad vencida dentro del proceso, a fin de modificarlo.

“La observancia de las providencias ejecutoriadas, además de ser uno de los soportes del Estado Social de Derecho, hace parte del derecho de acceder a la administración de justicia -artículo 229 Superior-. Este se concreta no sólo en la posibilidad de acudir al juez para que decida la situación jurídica planteada, sino en la emisión de una orden y su efectivo cumplimiento; valga decir, en la aplicación de la normatividad al caso concreto.

“En tal virtud, cuando la autoridad demandada se rehúsa a ejecutar lo dispuesto en la providencia judicial que le fue adversa, no sólo vulnera los derechos que a través de esta última se han reconocido a quien invocó protección, sino que desacata una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada. Si tales derechos son fundamentales, el desconocimiento de la sentencia que los ampara viola el Ordenamiento Superior, también por esa razón.

“En consecuencia, y de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la tutela es el mecanismo judicial para lograr la protección de los derechos vulnerados por la omisión de la administración en acatar las obligaciones que le impuso el juez”¹.

En el presente caso, la conducta seguida tanto por el Banco de Bogotá y la Caja Agraria en sus sucursales de Istmina, se ha limitado a esperar a que el municipio realice algún depósito o transacción bancaria en las cuentas corrientes que permita disponer de dineros para embargar, y poder así, dar cumplimiento, no sólo al proceso ejecutivo iniciado por los aquí tutelantes, sino también a otras medidas de embargo que se siguen contra el mismo municipio. Si bien las entidades demandadas no tienen la posibilidad de hacer efectiva la orden impartida por el juez de ejecución hasta tanto no dispongan de dineros en las cuentas corrientes que el municipio posee en sus oficinas, en orden a amparar los derechos de los accionantes, deberán retener de manera preferente a cualquier otra obligación financiera del municipio, los recursos que lleguen a existir en dichas cuentas, para así dar efectivo cumplimiento a la decisión judicial impartida dentro del proceso ejecutivo en cuestión.

Además de lo anterior, es preciso prevenir a la administración municipal de Istmina para que tan pronto cuente con disponibilidad presupuestal, sitúe los recursos suficientes que permitan dar cumplimiento a la orden impartida dentro del proceso ejecutivo iniciado por los accionantes en la presente tutela, advirtiéndole a su vez, que en el futuro deberá hacer las provisiones

¹ Cfr. Sentencias T-262 de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo y T-211 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, entre otras.

T-835/99

presupuestales correspondientes que permitan asegurar el cumplimiento puntual y completo de sus obligaciones laborales para con los docentes aquí demandantes.

DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión, de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En su lugar **TUTELAR** los derechos invocados como violados.

Segundo. **ORDENAR** a los Bancos de Bogotá y Caja Agraria del municipio de Istmina, retener de manera preferente a cualquier otra obligación financiera del municipio, los recursos que lleguen a existir en dichas cuentas, para así dar efectivo cumplimiento a la decisión judicial impartida dentro del proceso ejecutivo en cuestión.

Tercero. **PREVENIR** a la administración municipal de Istmina (Chocó), para que tan pronto cuente con la debida disponibilidad presupuestal, sitúe los recursos suficientes que permitan dar cumplimiento a la orden impartida dentro del proceso ejecutivo iniciado por los accionantes en la presente tutela y a su vez, para que en el futuro haga las provisiones presupuestales correspondientes que permitan asegurar el cumplimiento puntual y completo de sus obligaciones laborales para con los docentes aquí demandantes.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-836
octubre 25 de 1999

DERECHO DE PETICION- Alcance

DERECHO DE PETICION EN CESANTIAS PARCIALES- Pronta resolución

**DERECHO DE PETICION EN CESANTIAS PARCIALES- Respuesta sobre reconocimiento
no sujeta a disponibilidad presupuestal**

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-220239, T-225033, T-225784, T-226156, T-226266 T-231302 y T-229119.

Acciones de tutela instauradas por Inés Vasco Marulanda y otros, contra el Ministerio de Educación, y distintas regionales del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria “La Previsora S. A”.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados dentro de los expedientes de la referencia, en las acciones de tutela identificadas con el número T-220239, T-225033, T-225784, T-226156, T-226266 T-231302 y T-229119 instaurada por Inés Vasco Marulanda y otros, contra el Ministerio de Educación, distintas regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y decisiones objeto de revisión.

A excepción de la accionante del expediente, T-229119 quien solicita protección al derecho de petición frente a la mora del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, Seccional Cundinamarca, en responderle respecto a su solicitud de pensión de jubilación, los restantes accionantes reclaman protección a sus derechos de petición e igualdad, debido a que han

transcurrido entre 8 meses y dos años desde la fecha en que presentaron solicitud de cesantías parciales a las distintas entidades demandadas, sin que hasta el momento se les haya respondido de fondo. Consideran que es una burla de las entidades accionadas, en su gran mayoría el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en diferentes regionales, retener el dinero que les pertenece a los docentes para sus diferentes necesidades de vivienda.

Las instancias en su gran mayoría, negaron los amparos solicitados al considerar que las entidades accionadas resuelven las solicitudes en orden de llegada, y ajustándose a las disponibilidades presupuestales, hechos que en nada atentan contra los derechos fundamentales de los actores.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Reiteración de jurisprudencia. El derecho de petición frente a solicitudes de cesantías parciales de funcionarios docentes.

En un caso de iguales supuestos y fundamentos al que ahora se decide, y en donde los entes demandados eran los mismos, la Corte sostuvo:

“... actuaciones administrativas como las que niegan las peticiones debidamente presentadas en que se solicita el reconocimiento y pago de las cesantías, argumentado la falta de recursos para la cancelación efectiva de las prestaciones sociales, o de alguna forma condicionan la resolución de dichas solicitudes a la existencia de partidas presupuestales, constituye un claro desconocimiento de la función y significado de estos auxilios laborales, y una flagrante violación al derecho de igualdad, entendido en los términos de la jurisprudencia de esta Corte. Constituye además, una ostensible violación del derecho de petición, de indiscutible trascendencia constitucional. El de petición es, en efecto, un derecho de capital importancia en el funcionamiento de una sociedad respetuosa de los derechos de las personas. Su esencia está ligada a la “necesidad de mantener canales adecuados de comunicación entre los gobernantes y los ciudadanos que trasciendan el ámbito político y vinculen al miembro de la comunidad con la autoridad”¹

Su importancia no es exclusivamente instrumental, ni su utilidad se agota en la simple ritualidad, pues siempre está de por medio el reconocimiento y protección de los derechos radicados en cabeza del peticionario. Así, el ciudadano presenta una solicitud con la intención de poner en conocimiento de la autoridad sus necesidades y expectativas y con la esperanza de recibir una pronta respuesta que solucione o resuelva de alguna manera su situación. En este orden de ideas, “el derecho de petición comprende no sólo la manifestación de la administración sobre el objeto de la solicitud, sino también el hecho de que dicha manifestación constituya una solución pronta del caso planteado”²

En la protección y garantía del derecho de petición se pone en juego un compromiso estatal que se traduce en el efectivo reconocimiento de los derechos ajenos, que trae como consecuencia la necesidad de adoptar medidas idóneas para cumplir realmente con las necesidades de la población. Prestar la debida atención a las solicitudes presentadas por los particulares implica esfuerzos estructurales, presupuestales e inclusive culturales que permitan que la

¹ Sentencia T-220 de 1994, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

² *Ibidem*. El derecho fundamental a la efectividad de los derechos (C.P. arts. 2º y 86), se une en este punto con el principio constitucional de la eficacia administrativa (art. 209).

administración responda de forma adecuada a la solicitud presentada, de manera efectiva para la solución del caso que se presenta, y en el momento oportuno, pues de nada sirve una respuesta adecuada y certera si no se produce a tiempo.

“En un caso similar al que ahora es objeto de estudio, la Corte dijo al referirse al derecho de petición:

‘La oportuna respuesta exigida como factor integrante e insustituible del derecho de petición debe tocar el fondo mismo del asunto planteado por el peticionario, resolviendo sobre él de manera clara y precisa, siempre que la autoridad receptora de la solicitud goce de competencia. Las respuestas evasivas o las simplemente formales, aun producidas en tiempo, no satisfacen el derecho de petición, pues en realidad, mediante ellas, la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa. La acción de tutela cabe, no para definir judicialmente el derecho litigioso en materia laboral o la liquidación aplicable (el quantum de lo adeudado), todo lo cual corresponde a la administración y, en su caso, a la justicia laboral, sino con el objeto de hacer efectivo el derecho fundamental contemplado en el artículo 23 de la Constitución.’³

“En la mayoría de los expedientes que ahora se revisa, se puede ver cómo empleados de diferentes lugares del país, han debido esperar durante años a que la administración dé solución a sus peticiones, sin que hasta el momento se haya producido comunicación alguna que reconozca o niegue las prestaciones solicitadas; los otros casos muestran cómo, una vez reconocida la cesantía anticipada, supago se supedita a la existencia de recursos presupuestales, mientras los meses y los años pasan.

“Es menester proteger la integridad del derecho de petición ordenando a las autoridades demandadas, en este caso distintas regionales del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la fiduciaria “La Previsora S.A.”, la pronta y efectiva resolución de las solicitudes presentadas por los actores, a fin de que éstos tengan certeza sobre el reconocimiento o la negación del derecho que persiguen, reciban las cantidades que les correspondan, y puedan de este modo atender a la satisfacción de sus necesidades de vivienda o capacitación.

“Algo más: en algunos casos -en los que se pretende que el Fondo de Prestaciones dé el visto bueno a la petición-, que se ordene dar respuesta a las solicitudes presentadas no significa que la resolución tenga que ser positiva, pues este es un asunto que escapa al resorte del juez de amparo, por ser una competencia atribuida al funcionario administrativo (Cfr., sentencia T-314 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz)⁴.

Por tratarse de los mismos argumentos y procedimientos utilizados por las entidades demandadas con ocasión de la sentencia de tutela citada, son válidas las consideraciones realizadas entonces por la Corte en torno a la “actitud adoptada por la administración” en estos casos:

“El manejo que dieron las autoridades demandadas a las solicitudes de cesantías parciales presentadas por los actores, es un claro ejemplo de situaciones en las que la vulneración de los derechos fundamentales tiene un carácter general -pues afecta a gran cantidad de personas-, y es responsabilidad de varias entidades administrativas que debían

³ Sentencia 206 de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Reiterada en T-470 de 1998, T-545 de 1998 y T-686 de 1999.

actuar de consuno, pues a cada una de ellas corresponde una o más de las funciones ejecutivas requeridas para actualizar a los demandantes las garantías y derechos que en su favor consagra el ordenamiento: la oportuna resolución de las solicitudes de reconocimiento y pago, la ejecución de las operaciones presupuestales requeridas para la apropiación de recursos, el efectivo traslado de los mismos a las regionales, el pago en tiempo de las cantidades debidas, etc. En algunos de los expedientes que hacen parte del presente proceso, aparecen constancias expedidas por la entidad encargada de realizar los pagos de las cesantías parciales, que certifican el atraso y represamiento en la atención de solicitudes de cesantías anticipadas, aduciendo la falta de recursos para resolver eficazmente las peticiones presentadas.

“De nada sirve la garantía constitucional del derecho de petición, si esta se reduce a un pronunciamiento oficial que reconoce la existencia de una deuda, pero difiere su pago de manera indefinida. La manera como las entidades demandadas vienen atendiendo el reconocimiento y pago de cesantías parciales en el sector educativo, se convierte en la práctica en una flagrante violación del artículo 23 de la Carta Política, pues a muchas solicitudes no se responde, frente a otras se aduce la ineficiente actuación de la propia entidad o se alega el retraso de otra, y cuando se reconoce la titularidad del derecho, se condiciona su efectividad, esto es, el pago, a la realización de un traslado de fondos sin fecha determinada.

“Así, la responsabilidad que se desprende de la inadecuada atención de las peticiones de los actores, no radica en uno de los organismos demandados, ni su solución depende del esfuerzo de uno de ellos. Pero, que no pueda predicarse la vulneración de determinados derechos del exclusivo comportamiento de un determinado ente oficial, no releva al juez de constitucionalidad de la obligación de ordenar lo que sea necesario para amparar los derechos fundamentales de los actores, ni de prevenir a las autoridades que dieron origen a los procesos que se revisan, para que introduzcan los correctivos necesarios, y no vuelvan a incurrir en las mismas violaciones a los derechos fundamentales de docentes y empleados.

“La Corte ha establecido, en casos similares a éste, en los que se protegen los derechos fundamentales de los peticionarios y se ordena la pronta resolución de la solicitud presentada, o la cancelación efectiva de las prestaciones debidas, que es menester respetar el orden de las solicitudes de pago⁵⁰. Con esto se busca que el pronunciamiento del juez de amparo no vulnere los derechos de otros educadores que, encontrándose en las mismas circunstancias, se someten al turno asignado por las entidades competentes siguiendo el orden de llegada de las solicitudes.”

Se procederá de igual manera en los casos sometidos a revisión, revocando las sentencias en las cuales las instancias negaron el derecho de petición, sin perder de vista, que en aquellos eventos en los cuales no se accedió a tal protección por parte de las entidades demandadas, existía como razón fundamental para no dar curso a la solicitud de anticipo de cesantías la de carecer de disponibilidad presupuestal, y esas respuestas sirvieron a los falladores de instancia en muchos casos, para suponer satisfecho el derecho de petición.

No hay que olvidar que si bien la Ley 344 de 1996 dispone en su artículo 14: “Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio de que

⁵ Cfr. Sentencia 293 de 1996, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse”, las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable por virtud de la Sentencia C-428 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero)⁶, lo que torna en improcedente el argumento esgrimido para no dar respuesta de fondo, por mediar al respecto cosa juzgada constitucional.

En lo que respecta al expediente T-229119 se reitera que es la vía ordinaria, que no la tutela, la adecuada para obtener el reconocimiento de una prestación social. En sede de tutela, sólo es posible lograr en estos casos, la protección al derecho de petición, para obtener una pronta respuesta a la solicitud que involucró el reconocimiento de la prestación solicitada.

II. DECISION

Con base en las consideraciones precedentes, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el expediente T-220239. En su lugar conceder el derecho de petición a Inés Vasco Marulanda, ordenando al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Regional Antioquia, que a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a resolver de fondo sobre la solicitud de cesantías parciales presentada por la actora el 11 de julio de 1997

Segundo. **REVOCAR** la sentencia del Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, en el expediente T-225033, y en su lugar conceder la tutela por violación al derecho de petición. Se ordena al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Cundinamarca, que a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a resolver de fondo sobre la solicitud de cesantías parciales presentada por Nelly Marina Trilleras Acosta, el 27 enero de 1999.

Tercero. **CONFIRMAR** la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, en el expediente T-225784, al conceder la tutela por el derecho de petición.

Cuarto. **REVOCAR** la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, en el expediente T-226156 y en su lugar conceder la tutela por violación al derecho de petición. Se ordena al Fondo de Prestaciones del Magisterio, Regional de Huila, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, responda de fondo la petición formulada por Jaime Rojas Tafur, en el mes de mayo de 1997.

Quinto. **REVOCAR** la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el expediente T-226266 y en su lugar conceder la tutela por violación al derecho de petición. Se ordena al Fondo de

⁶ Con anterioridad a dicho fallo invariablemente la jurisprudencia venía, de acuerdo con el artículo 4 Superior, inaplicando la referida preceptiva legal por incompatibilidad con las disposiciones constitucionales 53 y 345. (Cfr. Sentencias T-206 de 1997 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, T-228 de 1997 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, T-363 de 1997 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo y T-419 de 1997 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.) Por su parte, la sentencia T-671 de 1997 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo dio aplicación a la providencia de inconstitucionalidad citada.

T-836/99

Prestaciones del Magisterio, Regional Risaralda, y a la Fiduciaria La Previsora, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia y desde las competencias de cada una de dichas entidades, responda de fondo la petición formulada por Nazareth López Vargas, en agosto de 1998.

Sexto. **REVOCAR** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el expediente T-229119, y en consecuencia, conceder la tutela por violación al derecho de petición. Se ordena al Fondo de Prestaciones del Magisterio, Seccional Cundinamarca, y a la Fiduciaria La Previsora, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, respondan de fondo, y desde las competencias legales de las mencionadas entidades, la petición de solicitud de reconocimiento de la pensión de la señora Dora Lucy Perilla de Piñeros, realizada el día 13 de noviembre de 1998.

Séptimo. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el expediente T- 231302 y en consecuencia, conceder la tutela por violación al derecho de petición. Se ordena al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá y a la Fiduciaria La Previsora, que en el término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta sentencia, respondan de fondo, y desde las competencias legales de cada una de las entidades mencionadas, la petición formulada por Jaime Fernando González Guerrero el día 22 de octubre de 1996.

Octavo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-837
octubre 25 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

Reitera esta Corte que no es la tutela el mecanismo idóneo para obtener la cancelación de acreencias laborales, excepto cuando el incumplimiento del pago del salario, afecta las condiciones y circunstancias de vida del trabajador por comprometer el mínimo vital requerido para su congrua subsistencia.

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Pago oportuno de salarios/**DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR**- Pago oportuno de salarios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-228012, T-228227, T-231741 y T 235575. Acumulados

Acción de Tutela por Marina Stella Ruiz Gómez, Flor de Alicia Melenge Yace, Rubén Darío Sánchez Salamanca y Elsa Matilde Sotelo Astudillo, contra el Hospital San José de Popayán

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinticinco (25) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgados Segundo Laboral del Circuito de Popayán en el expediente T-235575 y los pronunciamientos de las Salas Penal y Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en los procesos radicados bajo los números, T-228012, T-228227 y T-231741 dentro de la acciones de tutela instaurada por, Elsa Matilde Sotelo Astudillo, Marina Stella Ruiz Gómez, Flor de Alicia Melenge Yace y Rubén Darío Sánchez Salamanca, contra el Hospital San José de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

En la calidad de Auxiliares de Enfermería del Hospital San José de Popayán, los accionantes Elsa Matilde Sotelo Astudillo, Rubén Darío Sánchez Salamanca, Flor de Alicia Melenge Yace

y Marina Stella Ruiz Gómez, manifiestan que el Hospital, ha incumplido con el pago de los salarios correspondientes a los meses comprendidos entre enero y mayo de 1999, omisión que les impide obtener lo necesario para disfrutar de una vida digna, y por consiguiente lesiona su derecho al trabajo.

2. Sentencias objeto de revisión.

Mediante sentencias de junio 18, mayo 24 y junio 11 del año en curso, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, y las Salas Penal y Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, deniega las tutelas solicitadas, al no demostrarse por parte de los accionantes que los recursos por concepto de los sueldos demandados constituyen o son el único medio de ingreso que poseen, como tampoco puede concluirse que con este incumplimiento se afecte el mínimo vital de los accionantes al encontrarse que han podido subsistir sin devengar dichos ingresos.

Así mismo consideran los fallos que los demandantes, cuentan con la existencia de la vía ordinaria laboral para hacer efectivo los derechos presuntamente vulnerados.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. El problema jurídico planteado.

Se reduce a determinar si la omisión de la entidad demandada al no dar cumplimiento al pago de los sueldos, está desconociendo el mínimo vital de los actores.

2. Solución al problema. Reiteración de jurisprudencia. Procedencia excepcional de la acción de tutela ante el incumplimiento del pago de salarios en tiempo prolongado.

Reitera esta Corte que no es la tutela el mecanismo idóneo¹ para obtener la cancelación de acreencias laborales, excepto cuando el incumplimiento del pago del salario, afecta las condiciones y circunstancias de vida del trabajador por comprometer el mínimo vital requerido para su congrua subsistencia.²

Sobre lo anterior se ha dicho:

“La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión (T-246 de 1992, T-063 de 1995; T-437 de 1996, T-01, T-087, T-273 de 1997, T-11, T-75 y T-366 de 1998, entre otros). Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, una vulneración o lesión de su mínimo vital, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado (sentencias T-246 de 1992, T-063 de 1995, 437 de 1996, T-01, T-087, T-273 de 1997, T-011, T-075 y T-366 de 1998, entre otras).

“3.4. Esta Corporación ha reconocido que las acciones ante la jurisdicción laboral o administrativa para obtener el pago de salarios son idóneas y eficaces, haciendo de la acción

¹ Sentencia T-259/99 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

² Sentencia T-652/99 Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

de tutela un mecanismo improcedente, cuando la cesación de pagos no represente para el empleado como para los que de él dependen, **una vulneración o lesión de su mínimo vital**, definido éste por la jurisprudencia como “los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano” (sentencia T-011 de 1998) (Sentencias T-246 de 1992, T-063 de 1995; T-437 de 1996, T-01, T-087, T-273 de 1997, T-011, T-075 y T-366 de 1998, entre otras).

Se ha dicho, entonces, que “el juez de tutela sólo puede negar el amparo que se le solicita, en tratándose de la cesación de pagos de carácter salarial, cuando se ha verificado que el mínimo vital del trabajador y de los suyos no se ha visto ni se verá afectado por el incumplimiento en que ha incurrido el empleador de su principal obligación para con su empleado: **el pago oportuno del salario, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo**. Obligación ésta que se deriva directamente del derecho fundamental de todo ser humano a tener un trabajo en condiciones dignas y justas (artículo 25 de la Constitución). Dignidad y justicia que se encuentra representada, en grado sumo, en la **remuneración que el trabajador recibe por el trabajo ejecutado** y que le permite tener acceso a otros derechos igualmente fundamentales...” (sentencia T-399 de 1998).”

En efecto para esta Corte ha sido claro, que los derechos de trabajadores como los que aquí accionan, cuyos sueldos sólo superan el salario mínimo, se ven sensiblemente afectados con la conducta³ omisiva, el descuido o retardo de quienes tienen a su cargo tanto el deber como la responsabilidad de cumplir con el puntual pago de la mesada salarial o de cualquier acreencia laboral cuando esta constituya el ingreso del que dependen para su sustento. Por ello, una vez más, se protegerán los derechos de los empleados del hospital San José de Popayán, manteniendo de esa manera, el principio de igualdad en la protección del derecho al trabajo de los aquí demandantes.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR**, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, y las Salas Penal y Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, correspondientes los expedientes T-235575, T-228012, T-228227 y T-231741.

En su lugar, **CONCEDER** la tutela impetrada en cuanto se evidencia la violación al derecho al trabajo, en condiciones dignas y justas, al mínimo vital y a la subsistencia de los mismos.

Segundo. **ORDENAR** al Hospital San José de Popayán, que en el término de los quince días siguientes a la notificación de la presente providencia, si no lo hubiere hecho ya, proceda a efectuar las cancelaciones de los sueldos dejados de pagar. En caso de no existir los recursos presupuestales suficientes, se concede el mismo tiempo para que se lleven a cabo los trámites presupuestales correspondientes.

³ Sentencia Reiteración Corte Constitucional T-830/99 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

T-837/99

Tercero. **PREVENIR** al Gerente del Hospital San José de Popayán, a fin de que asuma de manera permanente los correctivos para evitar que la falta de disponibilidad de recursos impida el futuro cumplimiento de sus obligaciones salariales, y para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que comprometen el mínimo vital por el no pago oportuno de las mesadas salariales, so pena de las sanciones legalmente establecidas.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-838

octubre 25 de 1999

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA - Protección

DERECHO AL TRABAJO DE MUJER EMBARAZADA - Permiso del inspector de trabajo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-228378

Acción de tutela instaurada por Yina Carolina Tapiero Penagos contra la empresa Bingo Club Real.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Primero de Familia de Neiva (Huila) dentro de la acción de tutela instaurada por Yina Carolina Tapiero Penagos contra la Empresa Bingo Club Real de la ciudad de Neiva.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La ciudadana Yina Carolina Tapiero, interpone acción de tutela en contra de la empresa Bingo Club Real, por violación de su derecho constitucional a la protección de la mujer embarazada. Relata que fue despedida por la administración de esa empresa cuando contaba con 4 meses de embarazo, y se le dio como justificación que la empresa no tenía presupuesto para atender tanto personal, y por ello era necesario prescindir de sus servicios.

2. Decisión que se revisa.

El Juzgado Primero de Familia de Neiva, niega la tutela al considerar que la peticionaria tiene otra vía de defensa judicial para la protección de los derechos reclamados.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

En el presente caso, la Sala observa que en relación con la orden de garantizar la protección constitucional a la mujer embarazada, el juez en cuestión no siguió la jurisprudencia de la Corte en la materia, en donde se ha precisado que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, entendiéndose por ello que la mujer en estado de gravidez tiene el derecho a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado.

En efecto, mediante sentencia C-470/97 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 239 del C.S.T., modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el sentido de que “carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido”. La Corte, de acuerdo con la anterior jurisprudencia, ha ordenado el reintegro de mujeres despedidas durante el embarazo o durante los 3 meses que siguen al parto, sin la autorización del funcionario competente¹.

Está claro en este caso, que el patrono no solicitó permiso al funcionario competente para proceder al despido de la actora, y lo hizo cuando la demandante tenía 4 meses de embarazo, período amparado por el fuero de maternidad. Las razones aducidas por la empresa, vagas por lo demás, por cuanto pudieron ser también razones para no contratarla inicialmente, ya que sólo mediaron 5 meses entre la contratación y el despido, confirman que la empresa prescindió de los servicios de la demandante por causa de su embarazo. Por lo tanto, tal como lo ha fallado la Corte en otras oportunidades, se ordenará su reintegro a las labores que venía desempeñando antes de ser despedida.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juez Primero de Familia de Neiva.

Segundo. **CONCEDER** la tutela por los derechos a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la ciudadana Yina Carolina Tapiero Penagos, y por lo tanto, **ORDENAR** a la representante legal de Bingo Club Real, que reintegre a la actora al oficio que venía desempeñando al momento del despido, sin perjuicio de las demás pretensiones laborales a que pueda tener derecho, las cuales serán definidas por la jurisdicción laboral.

Tercero. **COMUNICAR** la presente sentencia al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Cuarto. Por Secretaría, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

¹ Ver Sentencias C-470/97, T-373/98, T-739/98, T- 806 de 1999, entre otras.

SENTENCIA No. T-839
octubre 25 de 1999

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Legalidad de traslado de trabajador/**IUS VARIANDI**- Discrecionalidad limitada de la administración para variar sitio de trabajo/**DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO**- Protección frente acto que ordena traslado de trabajador

Referencia: Expediente T-219.637

Peticionario: Constanza Mesa Cepeda

Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Alfredo Beltrán Sierra y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-219.637, adelantado por Constanza Mesa Cepeda, contra la Fiscalía General de la Nación, Dirección Seccional de Santa Rosa de Viterbo.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional, mediante Auto del 21 de julio de 1999, seleccionó para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del mismo Decreto, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

I. Hechos

La demandante, Constanza Mesa Cepeda, actuando en nombre propio y en representación de su hija, Diana Catalina Charry Mesa, solicita la protección de los derechos constitucionales de la menor a la vida, la salud, la integridad física, a tener una familia y no ser separada de ella, al cuidado y amor de sus padres y a su desarrollo integral, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación, Dirección Seccional de Santa Rosa de Viterbo.

La peticionaria señala que su hija, una menor de 17 meses, sufre de retardo psicomotor y del llamado “Síndrome del Niño Hipotónico”, razón por la cual requiere de un tratamiento especializado con terapias de control que, en su oportunidad, fue ordenado por especialistas en neuropediatría y fisiatría de la Fundación Cardio Infantil de Bogotá.

A pesar de conocer su caso, el director de la Seccional Administrativa y Financiera de Santa Rosa de Viterbo de la Fiscalía General de la Nación, dictó la Resolución 034 del 15 de enero de 1999, por medio de la cual, se dispuso el traslado de la tutelante de la ciudad de Yopal, en donde laboraba como Fiscal 18 delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos, al Municipio de Paz de Ariporo. La peticionaria, consciente de las circunstancias particulares de su hija, ejerció los recursos de la vía gubernativa para obtener la revocatoria de la decisión, pero aquella fue confirmada.

Indica que el traslado dispuesto por la fiscalía al Municipio de Paz de Ariporo vulnera los derechos fundamentales de su hija porque suspende y dificulta de manera drástica el tratamiento continuo y permanente al que debe someterla, teniendo en cuenta que en esa localidad, al igual que en los municipios contiguos, no existen galenos capacitados para atender el problema de su niña. Agrega que la zona presenta una perturbación grave del orden público, razón por la cual la seguridad suya y la de su hija se verían gravemente afectadas ante la necesidad permanente de transitar las vías de acceso en busca de un profesional de la medicina capacitado para atender el tratamiento de la menor.

En consecuencia, solicita que se ordene a la Dirección Seccional de Santa Rosa de Viterbo, que emita la resolución correspondiente para trasladarla nuevamente al Municipio de Yopal, o que se la reubique en un sitio que permita el tratamiento constante de su hija.

La directora Seccional de Fiscalías, en memorial presentado el 22 de febrero al juez de conocimiento, alega que por ser congénita, la enfermedad padecida por la menor no pone en peligro su vida. Además, aduce que, conforme lo indica el artículo 76 del Decreto 2699 de 1991, los traslados del personal de la Fiscalía General de la Nación pueden tener origen en las necesidades del servicio, ya que de no ser así, la entidad no podría cumplir satisfactoriamente sus funciones.

2. Pruebas.

Figura en el expediente, copia de la Resolución 034 del 15 de enero de 1999, por medio de la cual se dispuso el traslado de la peticionaria, del Municipio de Yopal al de Paz de Ariporo.

Así mismo, constan en el expediente: (1) los recursos de reposición y apelación intentados contra la citada resolución, junto con la decisión del organismo instructor; (2) certificación expedida por Cajanal EPS., Seccional Casanare, en la que consta que la menor Diana Catalina Charry Mesa padece de Síndrome de Niño Hipnótico y presenta un retardo psicomotor leve; (3) concepto médico dictado por el pediatra Ricardo Barrero Pinzón en el que se indica que el tratamiento que debe recibir la niña Charry Mesa no es farmacológico y requiere de sesiones de rehabilitación intensivas e indefinidas en orden a lograr una recuperación total del problema; (4) estudio completo sobre el proceso de rehabilitación de la menor, hecho por el Instituto de Fracturas de la ciudad de Yopal, así como un diagnóstico expedido por la Fundación Cardio-Infantil relacionado con el proceso evolutivo de Diana Catalina; (5) una certificación de la coordinadora del Área de Inspección, Vigilancia y Control de la Secretaría de Salud de Casanare por virtud de la cual se observa que en la zona, sólo el Municipio de Yopal cuenta con los profesionales de la salud capacitados para atender el problema psicomotor de la menor, y, por

último, (6) un informe del Defensor del Pueblo de Casanare sobre la difícil situación de orden público en la vía Yopal-Paz de Ariporo.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia.

Mediante providencia del 2 de marzo de 1999, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, en Sala Unica de Decisión, decidió tutelar los derechos invocados por la demandante.

Considera el tribunal que, atendiendo al contenido de las pruebas adosadas al expediente, el traslado de la demandante, dispuesto por la Dirección Seccional de la Fiscalía, lesionaba los derechos fundamentales de su hija, pues dadas las condiciones geográficas, de orden público y de recursos médicos con que cuenta el Municipio de Paz de Ariporo, el tratamiento médico de la niña se vería seriamente obstaculizado.

Aunque el fallador no desconoce la facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General para hacer el traslado de funcionarios que considere pertinente a la necesidad del servicio, sí entiende que cuando este móvil desaparece, aquellos se tornan ilegales.

En consecuencia, el tribunal ordena a la Fiscalía General de la Nación y a la Directora Seccional de Fiscalías de Santa Rosa de Viterbo que procedan a reinstalar a la actora en la ciudad de Yopal, en el término de 48 horas a partir de la notificación del fallo correspondiente.

2. Segunda instancia.

La Sala de Casación Civil y Agraria de Corte Suprema de Justicia, en providencia del 21 de abril de 1999, decidió confirmar parcialmente la decisión de primera instancia, por encontrar plenamente demostrado que la menor requiere un tratamiento continuo de terapias diarias en la ciudad de Yopal y que debe ser controlada médicamente, quincenal y mensualmente, en la ciudad de Bogotá.

Para el alto tribunal, el acto administrativo cuestionado se fundamenta en razones poco precisas y ambiguas, que no evidencian una verdadera necesidad del servicio. Así las cosas, sostiene que, con fundamento en la Sentencia T-483 de 1993 de la Corte Constitucional, en el ejercicio del *jus variandi*, “*el patrono debe tener en cuenta, las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su salud y la de sus allegados, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado, entre otros aspectos...*”

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia manifiesta su desacuerdo con la decisión del Tribunal de Yopal de conceder el amparo de tutela en forma definitiva, pues, en la medida en que el acto administrativo cuestionado es susceptible de controversia por la vía de lo Contencioso Administrativo, a través de la Acción de Nulidad, la protección debió haberse otorgado de manera transitoria, mientras la demandante ejercía las acciones judiciales del caso.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. Breves consideraciones para confirmar el fallo de instancia.

Según lo establece el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, las decisiones de la Corte Constitucional por virtud de las cuales se revoquen o modifiquen los fallos dictados por los

jueces de instancia, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales, deberán ser motivadas. Las restantes, podrán ser brevemente justificadas.

En el caso bajo estudio, esta Sala comparte las consideraciones vertidas en primera instancia por el Tribunal Superior de Yopal y justifica -además- la modificación introducida por la Corte Suprema de Justicia a la decisión tutelar, en lo atinente a la vigencia transitoria de la protección concedida, habida cuenta que, contra el acto administrativo impugnado, proceden aún las acciones judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa para determinar la constitucionalidad y legalidad del traslado.

Las breves justificaciones para confirmar el fallo de segunda instancia residen entonces en que, sin desconocer la potestad discrecional que tienen los entes públicos para distribuir geográficamente, de acuerdo con las necesidades del servicio, sus recursos físicos y humanos, es necesario admitir, como lo ha hecho en diferentes oportunidades la Corte Constitucional, que tal potestad, como cualquiera otra, encuentra en los derechos fundamentales un límite restrictivo y legítimo que puede hacerse respetar por vía de tutela. A este respecto dijo la Corporación que:

“...la facultad del empleador de trasladar a sus trabajadores no es absoluta, pues encuentra sus límites en las disposiciones de la Constitución Política que exigen que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y bajo los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53. En su jurisprudencia, la Corte ha señalado que la facultad discrecional de la administración para modificar la ubicación territorial de sus funcionarios no puede ser utilizada en forma arbitraria,¹ y que, en caso de que así lo sea, podrá ser acusada, en situaciones especiales, por medio de la acción de tutela. Ello significa, en primera instancia, que los traslados solamente pueden realizarse a cargos equivalentes al original, es decir, a empleos de la misma categoría y con funciones afines. Y en segundo lugar, que en algunas ocasiones la decisión sobre el traslado deberá consultar el entorno social del trabajador, con el objeto de evitar perjuicios considerables.” (Sentencia T-353/99 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) (Subrayas fuera del original).

En el caso particular, la potestad discrecional de disposición de recursos fue ejercida de tal manera por la Dirección Seccional de la Fiscalía General de la Nación en Santa Rosa de Viterbo, que los derechos fundamentales de la menor Charry Mesa sufrieron desmedro considerable, pues el traslado de su madre puso en graves dificultades el desarrollo continuo y exitoso de la rehabilitación sicomotriz a la que se venía sometiendo y para la cual, en la zona, sólo estaban preparados los galenos del Municipio de Yopal. En estas circunstancias, no podía dársele primacía al interés general sobre el particular, más aún cuando se trataba de los derechos fundamentales de un niño que, como tal, tiene reservada por la Constitución Política (art. 44) una protección especialísima y prevalente.

Tal fue lo sucedido en un caso similar, sometido a la revisión de esta misma Sala, en el que, sin desconocer la potestad discrecional de la Administración para ordenar los traslados según las conveniencias del servicio, la Corte tuteló por excepción a las personas cuyos derechos

¹ Cfr. entre otras, las Sentencias T-483/93; C-356/94 y T-715/96.

fundamentales se vieron afectados por tal decisión administrativa. En aquella oportunidad dijo la Corte:

“Esta Corporación considera que no puede abstenerse de tutelar los derechos prevalentes de la menor Heliana Chavarro Herrera porque, como se ha explicado, encuentra justificadas las razones expuestas por la peticionaria, en relación con los derechos a la salud y a la unidad familiar invocados por ella, y juzga necesario proteger en su integridad el estatuto jurídico de la niña. Al ordenar a la Secretaría de Educación de Cundinamarca, que en la medida de lo posible proceda a efectuar el traslado de sus padres a un lugar más adecuado para la prestación de los servicios médicos que su hija requiere, no pretende la Sala sentar un precedente general, sino que por vía excepcional, habida cuenta de las delicadas circunstancias en que se encuentra la niña, este pronunciamiento tiene vigencia sólo respecto del caso concreto y no puede considerarse extendible a situaciones genéricas” (Sentencia T-447/94 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Así las cosas, la Sala Novena de Revisión de Tutelas procederá a confirmar el fallo de segunda instancia, proferido por la Corte Suprema de Justicia en el proceso de la referencia.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** en todas sus partes la Sentencia del 21 de abril de 1999, dictada por la Corte Suprema de Justicia en el proceso de tutela incoado por la señora Constanza Mesa Cepeda en representación de su hija, Diana Catalina Charry Mesa, en contra de la Fiscalía General de la Nación, Dirección Seccional de Santa Rosa de Viterbo.

Segundo. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, **DESE** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-840

octubre 26 de 1999

SISBEN- Servicios del Iva-social/SISBEN- Mora en realizar encuesta que permita acceder al régimen subsidiado de salud/DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS- Procedencia excepcional de tutela

La Corte ha señalado que la protección de los derechos económicos y sociales por vía de tutela únicamente es procedente cuando se presenta violación al mínimo vital o cuando de la afectación al derecho social se deriva la violación a un derecho fundamental. Se deberá determinar si se presenta violación al mínimo vital o a un derecho fundamental, para que proceda la acción de tutela.

SISBEN- Falta de realización de encuesta no imposibilita atención por salud distrital/DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS- Protección excepcional no se agota en mínimo vital por exigir estudio sobre derechos a igualdad y debido proceso/SISBEN- Naturaleza

SISBEN- Focalización del gasto social/SISBEN- Igualdad en el acceso a los procesos de asignación de bienes escasos

Referencia: Expediente T-224273

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por Ana Sofía Duque Cardona contra la Secretaría de Salud de Santa Fe de Bogotá, D.C.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Juan Pablo Escobar Duque, hijo de Ana Sofía Duque Cardona, que obra como demandante en el presente proceso, es diabético insulino-dependiente y epiléptico, y recibía atención a través

de la Asociación Colombiana de Diabetes, hasta el mes de septiembre de 1998, época en que “fue retirado del IVA-SOCIAL”. Ante la necesidad de recibir los beneficios del “IVA-SOCIAL”, la demandante acudió al Hospital San Pablo de Bogotá, lugar en el cual, el día 22 de enero de 1999, fue clasificada, junto con su núcleo familiar, en el nivel socio-económico 2 del “pre-sisben”. Hasta la fecha de interposición de la tutela, abril 22 de 1999, la Secretaría Distrital de Salud no había practicado la visita domiciliaria, necesaria para “refrendar” la preclasificación y, así, poder disfrutar de los servicios asistenciales subsidiados.

Por tales motivos, interpone tutela en contra de la mencionada Secretaría de Salud, a fin de que le protejan el “principio fundamental de la dignidad humana de la solidaridad”, el derecho a la salud en conexidad con la vida y el derecho a la igualdad, a ella y a los miembros de su núcleo familiar.

El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá - Sala Penal-, ordenó remitir copia de la demanda a la Secretaría de Salud de Bogotá, a fin de que se pronunciara sobre las pretensiones de la demanda.

La Secretaría, en primer término, señala que a partir del año fiscal de 1999 le corresponde al Departamento Administrativo de Planeación Distrital “programar y aplicar las encuestas Sisben”. De otra parte, indica que los hospitales del Distrito “no pertenecen a la Secretaría de Salud”, sino que, de conformidad con el Acuerdo 17 de 1997 del Concejo de Bogotá, son Empresas Sociales del Estado (art. 194 Ley 100 de 1993), las cuales “prestan servicios de salud en forma directa”. Por lo tanto, solicita al Tribunal que declare improcedente la acción, por ilegitimidad de la causa en el sujeto pasivo.

Luego, previa explicación sobre las diversas modalidades de afiliación al sistema de seguridad social y sobre el procedimiento de clasificación en el SISBEN, la Secretaría informa sobre la solicitud presentada por la demandante. En el escrito indica que (i) la Secretaría no ha practicado encuesta a la demandante -debido a que a partir de 1999 no es competente para ello-; (ii) mediante oficio del 19 de febrero de 1999 se remitió al Departamento Administrativo de Planeación Distrital la “base de datos de registros pre-sisben”, que comprende los registros del 1 de diciembre de 1998 hasta el 19 de febrero de 1999, “en la cual se encuentra incluida la Tutelante; para que se le practique encuesta según programación que esa Entidad tenga, toda vez que es la competente en el presente año fiscal para realizar las encuestas SISBEN”.

Finalmente, señala que “si una persona no se encuentra afiliada a los regímenes establecidos por ley, será atendido por los Hospitales Públicos -“ESE”, que tengan contrato con el Fondo Financiero de Salud (Fondo que recoge los recursos del régimen subsidiado en salud). En estas Instituciones Prestadoras del Servicios, les hacen un **Estudio Socioeconómico que le permitan determinar el nivel y poderlos atender como Vinculado si ha ello hubiere lugar. Lo anterior mientras se le aplique la Encuesta Sisben. por parte del Departamento Administrativo de Planeación Distrital.** la cual es el instrumento autorizado por ley para determinar si tiene derecho al subsidio a la Salud” (Negritillas y subrayado en el original).

En relación con el servicio que prestaba la Asociación Colombiana de Diabetes, la Secretaría de Salud del Distrito Capital informa que se trata de una entidad privada, con la cual el Distrito Capital no tiene relación contractual alguna.

2. Pruebas.

Mediante auto del 6 de septiembre de 1999, la Sala de Revisión ordenó la práctica de algunas pruebas. Para tal efecto se remitieron cuestionarios al Hospital San Pablo de la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. y al Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

El Hospital San Pablo responde que a las personas a las cuales se les practica el PRE-SISBEN (solicitud de realización de encuesta SISBEN) se les informa que el registro tiene carácter provisional y que “mientras se realiza el procedimiento el fondo Financiero Distrital asume el 70% de la cuenta y el usuario tendrá que pagar una cuota de recuperación del 30%, la persona en ese momento de transición actúa como vinculada y puede ser atendida en cualquiera de los 32 Hospitales de la red”. El cubrimiento de salud incluye las “acciones contempladas en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y actividades de Promoción y Prevención”, a las que puede acceder la demandante.

En cuanto a la información que solicita al momento de realizar la preclasificación, ella está fijada en un formato que les suministra la Secretaría Distrital de Salud, “donde se evalúa nivel educativo, ocupación, ingresos familiares, tenencia de vivienda, estrato socio económico, servicios públicos y composición familiar”.

El Departamento Administrativo de Planeación Distrital informa a la Corte sobre el proceso que se sigue para la realización de las encuestas SISBEN: (i) una vez se recibe la información de las solicitudes de encuesta SISBEN, se hace una depuración, a fin de evitar solicitudes repetidas. (ii) “se inicia la planeación del trabajo de campo a desarrollar con base en la demanda de solicitudes”, (iii) “una vez se precisa el número de solicitantes de encuesta, se procede a elaborar los términos de referencia para la contratación por licitación, tendiente a la aplicación de las encuestas que nos ocupan, de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993”. Para la realización de cada una de estos pasos, no existe un cronograma, en razón de que “el Departamento inició actividades en materia de contratación de encuestas a partir de la expedición del Decreto 583 del 30 de agosto de 1999”. No obstante, anexan una copia del “cronograma de desarrollo del proceso de selección para la licitación pública N° 002/99”.

Con todo, en vista del período de transición existente mientras el Departamento Administrativo de Planeación Distrital asume la actividad encuestadora, las entidades sociales del Distrito acordaron que cada entidad seguiría aplicando encuestas en las materias de su competencia, así, a la Secretaría de Salud le compete aquellas de los pacientes hospitalizados, las mujeres en embarazo y los pacientes con diagnóstico de patologías de alto costo.

En cuanto a la demandante, ella se encuentra como solicitante en la base de datos (registro N° 51142), sin que exista copia de la solicitud por escrito.

3. Sentencia objeto de revisión.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C. -Sala Penal-, deniega, mediante providencia del 5 de mayo de 1999, la tutela. En su concepto, la Secretaría de Salud no ha desconocido los derechos de la demandante, pues “si a la accionante no se le ha aplicado la encuesta SISBEN que determine si se encuentra o no en los niveles 1, 2 y 3 que la haga beneficiaria a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan con el Estado (sic), mal puede alegarse negación a la debida atención médica, ni quebrantamiento al sistema subsidiado de seguridad social...”.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema Jurídico.

1. La demandante alega que para que ella, su familia y, en particular, su hijo menor enfermo puedan tener derecho a los servicios del IVA-SOCIAL requiere que se le practique la encuesta SISBEN. Asegura que “atravesamos una situación económica muy difícil porque hay que

practicarle (se refiere a su hijo diabético insulino-dependiente y epiléptico) exámenes de laboratorio, comprarle la droga para la Epilepsia, comprar las tirillas para el monitoreo de glicemia, las jeringas para la aplicación de insulina, proporcionarle la alimentación que requiere, etc.”

Las entidades distritales, por su parte, informan que si bien la demandante se encuentra en la base de datos a partir de la cual se programará la realización de las encuestas, en razón de que en 1999 se designó al Departamento Administrativo de Planeación Distrital como administrador del SISBEN en el Distrito Capital, las citadas encuestas no se han realizado.

Se pregunta la Corte si, en el presente caso, se desconocen los derechos fundamentales de la demandante y de los miembros de su núcleo familiar por la mora de la administración Distrital en realizar la encuesta dentro del proceso SISBEN, que le permitiría acceder al régimen subsidiado de salud.

Ausencia de violación al mínimo vital

2. En varias ocasiones la Corte ha señalado que la protección de los derechos económicos y sociales por vía de tutela únicamente es procedente cuando se presenta violación al mínimo vital o cuando de la afectación al derecho social se deriva la violación a un derecho fundamental.¹ Así las cosas, se deberá determinar si se presenta violación al mínimo vital o a un derecho fundamental, para que proceda la acción de tutela en el presente caso.

3. De la información que suministra la demandante, y de las respuestas dadas por las entidades distritales, se desprende que la no realización de la encuesta SISBEN no implica la imposibilidad de acudir al sistema de salud distrital y recibir la prestación de salud. En efecto, en el folio 3 del expediente aparece copia simple de la “certificación de clasificación socioeconómica” del Hospital San Pablo, en una de cuyas caras se lee:

“Con está (sic) certificación lo atenderán en los Hospitales adscritos a la Secretaría Distrital de Salud, como participante vinculado, mientras ingresa al Régimen Subsidiado o al Régimen Contributivo”.

Cabe subrayar que, sea en el régimen subsidiado o como vinculado, la atención no es gratuita, sino que se le impone al beneficiario una cuota de “recuperación”. Según informa el Hospital San Pablo, para los vinculados alcanza el 30% del costo del servicio, en tanto que para el subsidiado, depende del nivel en el cual se encuentra clasificada la persona.

En estos términos no se aprecia violación del derecho al mínimo vital de la demandante y de los miembros del núcleo familiar, habida consideración de que se encuentra asegurado su acceso al sistema de salud. Por otra parte, como quiera que de los hechos de la demanda no se desprende que la atención a la que tiene derecho haya sido negada, no es posible analizar si existe violación al mínimo vital.

Derecho a la igualdad real y habeas data

4. La inexistencia de una violación al mínimo vital de la actora y de los miembros del núcleo familiar no implica que otros derechos fundamentales se encuentren libre de amenaza por la mora de las autoridades del Distrito Capital. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte,

¹ Sentencias T-406/92 y SU-111/97, entre otras.

la protección de los derechos económicos y sociales no se agota en consideraciones sobre el mínimo vital, sino que exige un estudio sobre el derecho a la igualdad y el debido proceso².

En la sentencia T-307/99, la Corte señaló, en relación con la naturaleza del SISBEN, que:

“El principio de igualdad en los procesos estatales de distribución de recursos escasos no garantiza a las personas en condiciones de recibir tales recursos un derecho subjetivo a la prestación económica como tal, sino un acceso y participación igualitarios en los procedimientos por medio de los cuales las instituciones públicas efectúan el reparto. En tanto mecanismo de focalización del gasto social, el SISBEN no constituye un derecho prestacional *per se*. Sin embargo, el acceso a determinadas prestaciones ha sido supeditado a que los eventuales beneficiarios hayan sido encuestados por el SISBEN y clasificados en alguno de sus niveles, motivo por el cual este mecanismo de focalización forma parte inescindible de los procedimientos por medio de los cuales el Estado distribuye bienes escasos. En esta medida, aquellas falencias que impidan o menoscaben el acceso de la ciudadanía al SISBEN constituyen una vulneración del principio de igualdad (C.P., artículo 13) en el proceso de asignación de bienes escasos”.

De lo expuesto en aquella ocasión se desprende que existe un verdadero derecho subjetivo, de naturaleza fundamental en cuanto esencial para la realización de la igualdad real, a que la administración, una vez se han expedido las respectivas normas generales, adelante los procesos de focalización del gasto social, en este caso a través del SISBEN, que aseguren que la distribución de bienes escasos permita a la población pobre y vulnerable atender sus necesidades básicas. Se trata de un derecho complejo, en el cual se conjugan el debido proceso y el derecho a la igualdad material, en la medida en que el primero es condición para la realización del segundo. El debido proceso, en este caso, adquiere una dimensión más amplia, pues no se entiende en el sentido formalista de respetar los pasos fijados en la Constitución y en la ley para adoptar decisiones, sino que adquiere un contenido sustancial, consistente en que el Estado tiene la obligación de adelantar ciertos procedimientos, que benefician a grupos indeterminados, pero determinables, de personas. Así, el debido proceso se vincula directamente con lo sustancial, adquiriendo primacía, según los términos del artículo 228 de la Constitución.

5. En el presente caso se observa que la administración distrital, con anterioridad a la expedición del Decreto 583 del 30 de agosto de 1999³, ya había adoptado la decisión de asignarle al Departamento Administrativo de Planeación Distrital la tarea de realizar las encuestas dentro del proceso SISBEN. Teniendo ello presente, no resulta justificable la mora de la administración en adelantar el procedimiento de selección de beneficiarios del régimen subsidiado.

En efecto, habida consideración de que existen normas generales (Leyes 60 y 100 de 1993, acuerdo 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud) sobre la manera en que deben proceder las autoridades locales en materia de subsidios a la demanda, no es admisible que decisiones administrativas posterguen la ejecución de los programas sociales, ordenados mediante norma generales. El funcionamiento de la administración, que incluye la realización de estos programas, se rige por principios como la economía, la celeridad y la eficiencia, que

² Sentencias SU-111/97, T-307/99, entre otras.

³ “Por el cual se reglamenta la administración, organización y funcionamiento del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales -SISBEN en el Distrito Capital”.

se ven seriamente comprometidos al presentarse eventos como los descritos en la presente sentencia.

La mora de la administración, que no puede excusarse en el hecho de que únicamente hasta el mes de agosto de 1999 fue reglamentado por el Concejo de la ciudad las funciones del Departamento Administrativo de Planeación Distrital en la materia, impide que los sectores pobres y vulnerables de la población de la capital puedan acceder a los bienes y servicios subsidiados. Con ello se entroniza el estado de desigualdad que explica la existencia de tales programas⁴. La erradicación de las injusticias presentes exige una persistente actividad estatal en el logro de la igualdad real (C.P., art. 13), de manera que el instrumento consistente en adelantar procesos de selección de beneficiarios de los programas sociales se torna esencial para garantizar condiciones de vida digna para la población pobre y vulnerable. Cuando la administración interrumpe la ejecución de los programas asistenciales más allá de lo razonable, se desconoce el derecho subjetivo de los administrados a que tales programas sean una realidad. En relación con este punto, la Corte, en sentencia SU-225/98, sostuvo:

“22. A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración.

23. La deferencia a los órganos representativos, no obstante, no avala el abuso de la competencia, el cual se presenta, entre otros casos, cuando el titular de manera patente, desconoce el mandato de acción ordenado por el Constituyente o **su mora injustificada se proyecta en lesiones manifiestas a la dignidad de la persona humana**. Es importante, a este respecto, subrayar que la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa. Sin embargo, **en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos constituidos al vincularlos a un función que en los términos de la Carta es perentoria**” (negrilla fuera del texto).

6. De otra parte, la Corte, en sentencia T-307/99, destacó la relación directa existente entre el proceso de focalización del gasto social -SISBEN- (mecanismo de erradicación de injusticias presentes), con el *habeas data*. En dicha oportunidad se mostró cómo, en la medida en que el SISBEN tiene como base la recolección y clasificación de datos, resulta necesario garantizar a los beneficiarios -potenciales o actuales-, la posibilidad de controlar, a fin de actualizar, los datos contenidos en los registros de las administraciones locales, corregir o lograr que su recopilación tenga efectos jurídicos.

De acuerdo con lo que informan las autoridades del Distrito Capital, ciertos datos de la actora y de su núcleo familiar fueron recopilados por la administración, requiriéndose una posterior actualización o verificación, por medio de una encuesta, que no se ha realizado. Tal encuesta

⁴ Sentencia T-307/99.

se ha diferido por razones ampliamente expuestas en la presente decisión y conduce a la violación del *habeas data* aditivo de la demandante, pues ella no tiene posibilidad alguna, salvo que la administración así lo decida, de lograr la actualización de los datos y acceder a los programas de salud subsidiados.

7. En consecuencia, se aprecia que, so pretexto de la inexistencia de una decisión local, se ha retrasado de manera injustificada la realización de los programas de focalización del gasto social en la Capital de la República, violándose el derecho fundamental a que tales programas, existiendo normas generales, sean una realidad. Por otra parte, se ha recopilado información personal de la demandante, sin que ella, en tanto que solicitante ante la administración, por la mora anotada, pueda controlar, corregir, enmendar o lograr el efecto jurídico perseguido con la recopilación de información, desconociéndose su derecho al *habeas data* aditivo.

Por las razones expuestas, se revocará la decisión de instancia y se concederá la tutela interpuesta por la demandante. Así mismo, se oficiará a la Personería Distrital a fin de que conozca de estos hechos y determine si hay lugar a la iniciación de las respectivas investigaciones.

V. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C. -Sala Penal-, del 5 de mayo de 1999 y, en su lugar, conceder la tutela a la señora Ana Sofía Duque Cardona.

Segundo. **ORDENAR** al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá que ponga término a la violación de los derechos fundamentales a la igualdad en el acceso a los procesos de asignación de bienes escasos, a la efectiva realización de tales procesos y al *habeas data* aditivo de la actora. En consecuencia, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia deberá realizarse la encuesta a la demandante y a su núcleo familiar e informarle si tienen derecho a ser afiliados al régimen subsidiado de salud. Si la realización de la encuesta no fuera posible, en el mismo término, la administración deberá otorgar plenos efectos jurídicos a la preclasificación realizada a la demandante en el Hospital San Pablo de Fontibón y deberá expedir el respectivo documento que asegure a la demandante y a su núcleo familiar la atención médica subsidiada en los términos y condiciones del nivel 2 de clasificación del SISBEN.

Tercero. Ordenar que por Secretaría General se expida copia del expediente y de la presente sentencia, con destino a la Personería Distrital de Santa Fe de Bogotá, D.C., para lo de su competencia.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-841
octubre 26 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional para reconocimiento de derechos pensionales

El principio, según el cual, es improcedente la acción de tutela para el reconocimiento y pago de un derecho pensional, ha sido matizado por esta Corte, en los eventos de que el medio judicial sea inepto para resolver el asunto objeto de examen, o que exista un perjuicio irremediable que haga viable el amparo tutelar transitorio y vigente para evitar la vulneración inaceptable de los derechos fundamentales en juego, mientras se resuelve, en forma definitiva, el respectivo asunto, por el sistema judicial ordinario; luego, en principio, la tutela no es el instrumento judicial idóneo para hacer reconocer prestaciones sociales que, aún no han sido reconocidos por las instituciones de seguridad social con base en el derecho de petición.

PENSION DE JUBILACION- Reajuste

Referencia: Expediente T-223629

Acción de tutela instaurada por Reneta Zúñiga de Socarras contra la Lotería del Libertador y otro.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta de fecha 23 de marzo de 1999 y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Laboral, de 10 de mayo de 1999, dentro de la acción de tutela instaurada mediante apoderado judicial, por Reneta Zúñiga de Socarrás contra la Lotería del Libertador.

I. HECHOS

Expone el apoderado de la accionante en la demanda, que la señora Reneta Zúñiga de Socarrás es esposa legítima del fallecido ex gobernador del Magdalena doctor Sabas Socarrás Sánchez, a quien, por haber laborado al servicio de la Beneficencia y Asistencia Pública del Departamento

del Magdalena, por más de veinte (20) años, le fue reconocida pensión de jubilación, mediante Resolución N° 124 de agosto 22 de 1969, en cuantía de 7.750.79, la cual fue posteriormente reajustada con fundamento en la Ordenanza N° 17 del 15 de noviembre de 1972, cuyo artículo 6º, fue, luego, derogado por medio de la Ordenanza N° 14 del 6 de diciembre de 1974. Aduce el apoderado de la peticionaria que *“la pensión de jubilación a cargo del Departamento, de las personas que hayan desempeñado en propiedad el cargo de Gobernador del Magdalena y a su vez gerente de la Beneficencia y Asistencia Pública, no será inferior al 75% de la asignación que devengan los titulares respectivos en ejercicio de sus cargos; en consecuencia dichas pensiones se reajustarán con base en estas disposiciones y a ellos se les hará, posteriormente, los reajustes necesarios cada vez, que se aumente el sueldo de los citados funcionarios en ejercicio”*.

Argumentó el apoderado que el señor Gerente de la Lotería del Libertador negó el reconocimiento y pago del reajuste especial, de su cliente, pese a que mediante Resolución N° 000366 de 1998, le reconocieron la prestación sustitutiva a la señora Clara Dávila de Serna, por lo que solicita, como mecanismo transitorio, la tutela de los derechos constitucionales a la seguridad social, protección de la tercera edad e igualdad de la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, mientras se decide la acción contenciosa pertinente, por lo que, reclama del juez de tutela que éste mediante una orden judicial declare que su cliente *“tiene derecho a los reajustes o nivelaciones reconocidas en el artículo 6º de la Ordenanza N° 17 del 15 de noviembre de 1972, por constituir un derecho adquirido”* y que se *“ordene al demandado reconocer y pagar dichos reajustes, con los intereses legales y la indexación de las mesadas pensionales”*.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

· La Decisión Judicial de Primera Instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, mediante providencia del 23 de marzo de 1999, decidió conceder el amparo tutelar solicitado por el apoderado judicial de la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, como mecanismo transitorio y en tal virtud ordenó a la Lotería del Libertador *“que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia cancele a la accionante debidamente reajustados, de conformidad con la Ordenanza N° 17 del 15 de noviembre de 1972 las mesadas dejadas de pagar”*.

En efecto, en opinión del a-quo, luego de citar abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la seguridad social, en el caso de la tercera edad, concluyó que este derecho adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su reconocimiento tiene la posibilidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y moral, por lo que estimó el juez de tutela de primera instancia que:

“De verdad que no se entiende cómo la beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena hoy Lotería del Libertador, después de más de 15 años de haber ajustado la pensión de jubilación de la accionante de conformidad con la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre de 1972, y de que su beneficiario la disfrute pacíficamente con tales reajustes, resulte a estas alturas de la vida del causahabiente del pensionado a oponer circunstancias que debieron examinarse al momento de conceder la pensión.

En el caso en estudio la Lotería del Libertador, decidió suspender motu proprio, sin el consentimiento particular del beneficiario el acto administrativo que le reconoció al pensionado Sabas Socarrás Sánchez (Q.E.P.D.) y, posteriormente a su cónyuge sobreviviente Reneta

Zúñiga de Socarrás, el derecho a disfrutar del reajuste pensional en los términos previstos por el artículo 6º de la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre de 1972, emanada del a Asamblea del Departamento del Magdalena.

De esta manera, la administración se atribuyó una facultad cuyo ejercicio de esta supeditada a un comportamiento del beneficiario de una situación jurídica de carácter individual, particular y concreto, a voces del artículo 73 del C.C.A.; cuando lo indicado era respetar su propio acto prosiguiendo con el pago de la pensión en los términos estipulados por la Resolución No. 136 del 19 de diciembre de 1974, por ser un derecho adquirido y proceder a demandarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 84 y 136 inciso 3º del C.C.A.

Es evidente entonces que con la absurda suspensión o la negativa de los reajustes a que se refiere la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre en su art. 6º, a la pensión de la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, por parte del gerente de la Lotería del Libertador se le ha vulnerado flagrantemente los derechos constitucionales fundamentales a la protección a la tercera edad, a la seguridad social, al pago oportuno de la pensión con sus reajustes, incluso al derecho a la igualdad y a la vida; por consiguiente el juzgado está obligado a tutelar tales derechos como mecanismos transitorios, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa previa la respectiva acción de nulidad, con sujeción al debido proceso, se pronuncie sobre la procedencia de la suspensión del acto administrativo (Resolución No. 136 de diciembre 19 de 1974), que reconoció al doctor Sabas Socarrás Sánchez los reajustes de su pensión, de conformidad con la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre de 1972, por ser un derecho adquirido.”

· **La Impugnación**

El representante legal del ente demandado, mediante apoderado judicial, sustentó su inconformidad, dentro del término procesal oportuno, y solicitó la revocatoria de la sentencia anterior, con base en el hecho de que la Administración no revocó ningún acto administrativo, y por lo tanto, mal puede afirmarse que vulneró el derecho de defensa de la peticionaria o el debido proceso “pues dicho acto no se revocó teniendo en cuenta, que se requiere el consentimiento del beneficiario, o sea el titular del derecho; precisamente, por ello la propia Lotería demandó las Resoluciones 136 del 19 de diciembre de 1974 y 042 de 10 de junio de 1975, ante la justicia contencioso administrativa. Por lo tanto, a la accionante no se le negó el reajuste pensional reconocido en la Resolución No. 136, ni mucho menos el reajuste legal, sino la realización de una nueva nivelación con base en una ordenanza ya derogada. De otra parte, aduce, que no se puede desconocer que la pensión de su esposo fallecido se le está pagando actualmente, y que dicho ingreso le permite vivir dignamente; así mismo, afirma que la situación de la señora Clara Dávila de Serna es diferente, por cuanto en ese caso, el reconocimiento se hizo con anterioridad a la derogatoria de la Ordenanza 17 del 15 de noviembre de 1972, pero que, en ese caso, también se impetró la acción de nulidad de la segunda resolución de reconocimiento, en virtud de la investigación adelantada por la Contraloría Departamental del Magdalena.

· **La Decisión de Segunda Instancia**

El Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, mediante providencia de 10 de mayo de 1999, resolvió, revocar el fallo de tutela de 23 de marzo de 1999, mediante el cual se concedió el amparo solicitado, con base en los siguientes razonamientos:

“Contrariamente a lo afirmado por las partes y por el juez a quo, la Resolución No. 136 de 19 de diciembre de 1974, no ha sido derogada, suspendida ni inaplicada por la administración, ni ésta ha desconocido al señor Sabas Socarrás Sánchez derecho adquirido alguno. En efecto, la mentada resolución se limita a declarar que éste reúne los requisitos para hacerle efectivo el derecho, que de manera general y abstracta, reconoció la Ordenanza N° 17 del 15 de noviembre de 1972, a quienes estuvieran en la situación suya.

Dicho en otros términos, su derecho a disfrutar de una pensión reajustada en su monto en el porcentaje previsto en la Ordenanza No. 17 de 1972, dimana de un acto de la administración de carácter general y abstracto, y no de la Resolución No. 136 de 1974. De esta dimana sí, el derecho, particular y concreto, a disfrutar, mientras no sea derogada o anulada, el reajuste pensional reconocido en ella, el cual nunca le fue dejado de pagar al beneficiario, ni hoy a su sustituta.

La mentada Resolución N° 136 de 1974 no le otorgó al doctor SABAS SOCARRAS SANCHEZ el derecho en cuestión, sino que declaró que reunía los requisitos que para disfrutarlo señaló el acto administrativo que consagró el derecho, y como consecuencia de ello, le concedió el reajuste pensional deprecado. Significa lo anterior, que, de prosperar la acción de nulidad incoada contra aquél, su viuda dejará de percibir el incremento que por razón de dicha resolución venía disfrutando, y el cual no se le ha dejado de cancelar.

Si se pretende defender o lograr es el derecho permanente a ese extraordinario reajuste, lo que habría que impetrar es el restablecimiento de la Ordenanza No. 17 de 1972, fuente de dicho reajuste.

Al margen de la anterior consideración, la presente acción de tutela, invocada como mecanismo transitorio, no era procedente como tal, dado que los derechos cuya protección se invoca -a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, protección de la tercera edad, a la seguridad social, al pago oportuno de las pensiones y sus reajustes periódicos-, no están, en su mayoría abocados a un perjuicio irremediable, dado que la señora Renata Zúñiga de Socarrás cuenta con una pensión del \$1.660.003,00 que le permite continuar atendiendo a sus necesidades en la manera que corresponde a la posición que venía ocupando en vida de su esposo fallecido; luego, la circunstancia de que no se le reconozca el reajuste deprecado, no pone en peligro ni su dignidad, ni la deja huérfana de la seguridad social, ni merma su protección como persona de la tercera edad, ni la decisión de la entidad demandada la despoja de los reajustes legales de su pensión.

Y en cuanto al derecho a la igualdad, si bien a la señora Clara Davila de Serna, se le reconoció el reajuste de cuya negativa, para con igual petición suya, se duele la tutelante, el mismo se le ha dejado de hacer efectivo, según certificación de la Lotería del Libertador (f. 118), y el acto que se la concedió, demandado en Acción de Nulidad. Pero aparte de ello, el reconocimiento inicial que se hizo a su esposo, fue anterior a la derogatoria del Acuerdo No. 17 de 15 de noviembre de 1994, circunstancia que por sí sola hace la diferencia, y llama al fracaso la petición de trato igual.

Por otro lado, no sobra precisar, que si ambos derechos tuvieran origen en un mismo acto ilegal de la administración, inmoral e injurídico resultaría, deprecar sobre esa base el derecho de igualdad, pues equivaldría a pedirle a los funcionarios del Estado que delincan a favor de unos, como lo hicieron a favor de otros.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, para revisar el fallo de la referencia, según lo preceptúan los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de fecha 5 de agosto de 1999, expedido por la Sala de Selección de Tutelas número ocho de esta Corporación.

2. El problema jurídico

En el caso *sub examine*, la actora, estima tener derecho al reconocimiento y pago de un reajuste o nivelación especial reconocida en el artículo 6 de la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre de 1972, por constituir un derecho adquirido el cual se le ha negado por parte del señor Gerente de la Lotería del Libertador, empee, a que, mediante Resolución No. 000366 de 1998 sí se la reconoció a la señora Clara Dávila de Serna. Acude a la acción de tutela, para que el juez constitucional, mediante una orden judicial proteja sus derechos fundamentales a la seguridad social de las personas de la tercera edad, la dignidad humana, la igualdad y al pago oportuno de las pensiones y sus reajustes periódicos; solicita que el juez de tutela ordene el “reajuste o nivelación especial” contemplado en la ordenanza atrás mencionada con sus “intereses legales y la indexación de las mesadas reajustadas”.

3. La procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

Ha sido abundante la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de considerar que la finalidad para la cual fue concebida la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas ante la vulneración o amenaza generada por las autoridades públicas o los particulares, por lo tanto, en principio esta vía no es utilizable para el reclamo de derechos pensionales salvo el carácter excepcional, subsidiario y residual de la misma, cuando se configura un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario resulte ineficaz para proteger un derecho de rango fundamental, lo que impide que con su ejercicio se resuelvan asuntos cuya discusión plantea una controversia por fuera del ámbito constitucional.

En este sentido ha dicho la Corporación, que el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de tipo económico, por la naturaleza de las pretensiones que allí se discuten, persiguen la definición de derechos litigiosos de naturaleza legal que en principio resultan ajenos a la competencia de los jueces de tutela, por cuanto resultan ser conflictos jurídicos que nacen alrededor del reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones sociales, para los cuales existen instancias, procedimientos y medios judiciales establecidos por el ordenamiento legal.

Ahora bien, el principio, según el cual, es improcedente la acción de tutela para el reconocimiento y pago de un derecho pensional¹, ha sido matizado por esta Corte, en los eventos de que el medio judicial sea inepto para resolver el asunto objeto de examen, o que exista un

¹ Sentencias T-528/98 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell; T-301/98 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero; T-582/98 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell; T-637/98 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell; T-074/99 Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra; T-001/97 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

perjuicio irremediable que haga viable el amparo tutelar transitorio y vigente para evitar la vulneración inaceptable de los derechos fundamentales en juego, mientras se resuelve, en forma definitiva, el respectivo asunto, por el sistema judicial ordinario; luego, en principio, la tutela no es el instrumento judicial idóneo para hacer reconocer prestaciones sociales que, aún no han sido reconocidos por las instituciones de seguridad social con base en el derecho de petición.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la pretensión reclamada por la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, a través del trámite de la acción de tutela resulta improcedente, como acertadamente, lo advirtió el Tribunal Superior de Santa Marta en su fallo de segunda instancia.

En efecto, del examen del acervo probatorio obrante en el expediente (folios 13 a 103), aparecen los siguientes documentos, aportados por las partes procesales:

a) Copia de la petición elevada por el procurador de la accionante, el 8 de febrero de 1999, en demanda de que se “le de aplicación a los reajustes o nivelaciones ordenadas en la Resolución No. 1 de 1975, es decir, se reajuste o nivele la pensión de jubilación que actualmente recibe la señora Renata Zúñiga de Socarrás con el 75% de los valores que actualmente recibe el Gobernador del Magdalena y que ha recibido desde 1975 hasta la fecha, en cumplimiento de la mencionada resolución (fl. 14 a 16).

b) Respuesta negativa a la anterior solicitud por parte del Gerente de la Lotería del Libertador, en cuanto a que la Resolución No. 136 de diciembre 19 de 1974, mediante el cual se ordenó el reajuste y pago de la pensión vitalicia de jubilación del Dr. Sabas Socarrás Sánchez, de conformidad con lo establecido en la Ordenanza 17 del 15 de noviembre de 1972, “es totalmente ilegal y contraria a la normatividad jurídica existente para la época de su expedición, ya que tiene como fundamento una ordenanza que para esa fecha no tenía vida jurídica”, pues había sido derogada por la Ordenanza 14 del 6 de diciembre de 1974 (fl. 13).

c) Fotocopia de las Ordenanzas No. 17 de 15 de noviembre de 1972 (fls. 62 y 86-88), en cuyo artículo 6º se consagra el beneficio del reajuste pensional de que se ha venido hablando; No. 10 de 26 de noviembre de 1973, mediante la cual se extiende dicho beneficio a todos los pensionados del Departamento del Magdalena (fl. 61); y No. 14 de 6 de diciembre de 1974 (f. 63), la cual deroga, entre otras disposiciones, la ordenanza anterior y el artículo 6º de la primera de las mencionadas.

d) Copia autenticada de la Resolución No. 00021 de 2 de febrero de 1999, por la cual se sustituye a favor de la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, la pensión mensual vitalicia de su difunto esposo, en cuantía de \$1.660.003,00 (fl. 67).

e) Copia auténtica de las Resoluciones 219 de diciembre 27 de 1972 (f. 93) y de la No. 136 del 19 de diciembre de 1974 (fls. 22 a 25), mediante las cuales se reconoció al Dr. Sabas Socarrás Sánchez, reajustes pensionales de acuerdo con lo dispuesto por la Ordenanza No. 17 de 15 de noviembre de 1972.

f) Copia autenticada de la Resolución No. 0000366, de 1º de diciembre de 1998, mediante la cual se reconoció y ordenó pagar a la señora Clara Davila de Serna, a partir del 1º de enero de 1999, el reajuste pensional de que trata la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre de 1972 (fls. 17-19).

g) Fotocopias de las demandas de Acción Pública de Nulidad en relación con las Resoluciones emanadas de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, No. 136 de 19 de diciembre de 1874 y No. 042 de 10 de junio de 1975, mediante las cuales se reajustan, en su

orden, las pensiones vitalicias reconocidas a los señores Sabas Socarrás Sánchez y José María Serna Bustamante, de conformidad con la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre de 1972 (fls. 74-81)”.

Ahora bien, los anteriores documentos dejan ver, que la Lotería del Libertador sustituyó a favor de la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, la pensión de jubilación (folio 67) que, en vida, venía pagando a su esposo Sabas Socarrás Sánchez, reajustada con base en la Ordenanza 17 del 15 de noviembre de 1972, tan solo, en dos ocasiones más: el 27 de diciembre de 1972 por medio de las Resoluciones No. 219 y 136 del 19 de diciembre de 1974, ambas dictadas por la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena. Igualmente, observa la Sala, que la Lotería del Libertador negó un tercero y nuevo reajuste solicitado el día 8 de febrero de 1999, por el apoderado de la actora con fundamento en la Ordenanza 17 del 15 de noviembre de 1972; en razón a que lo solicitado en esta ocasión, era ilegal, por cuanto dicha pretensión carece de soporte legal, en el hecho de que el 19 de diciembre de 1974, cuando la Beneficencia de Asistencia Pública del Magdalena expidió la Resolución No. 136 mediante la cual reajustó la pensión vitalicia de jubilación del Dr. Sabas Socarrás Sánchez, lo hizo en apoyo de la Ordenanza No. 17 del 15 de noviembre de 1972, cuando ésta ya había sido derogada por la Ordenanza No. 14 del 6 de diciembre de 1974.

De otra parte, advierte la Corte que a diferencia de lo planteado por el apoderado de la actora y el juez de tutela de primera instancia, la Lotería cuestionada no derogó, ni suspendió, ni dejó de aplicar la Resolución No. 136 del 19 de diciembre de 1974 como acertadamente lo manifiesta el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, ni mucho menos ha dejado de respetar el derecho adquirido al disfrute de la pensión de jubilación de la sustituta, pues, es claro que a la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, le fue reconocida la pensión sustitutiva mediante la Resolución No. 00021 del 2 de febrero de 1999, en cuantía de \$1.660.003 (folio 67), más no le fue concedida la petición elevada el día 8 de febrero de 1999, para que, a la cuantía anterior se le aplicara un nuevo reajuste sobre la base de la vigencia jurídica de la Ordenanza 17 del 15 de noviembre de 1972.

La Corte juzga, acertada, por ser conforme a su jurisprudencia (T-514/93), la posición asumida por el ente demandado, en cuanto que, sin derogar ni suspender unilateralmente las resoluciones emanadas de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, por ser estos actos administrativos de carácter particular y contenido concreto, deprecó sendas acciones públicas de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena (folios 74 a 81), en relación con sus propias resoluciones, es decir la No. 136 del 19 de diciembre de 1974 y la No. 042 de 1º de junio de 1975, mediante las cuales se reajustaron, en su orden, las pensiones vitalicias de los ciudadanos Sabas Socarrás Sánchez y José María Serna Bustamante; ello en virtud a que las mismas, estimó la Lotería, eran totalmente ilegales y contrarias a la normatividad jurídica existente para la época de su expedición, como quiera que se basaron en una Ordenanza (17 del 15 noviembre de 1972) que, para esa fecha, no tenía vida jurídica, pues había sido derogada expresamente por la Ordenanza 14 de 6 de diciembre de 1974.

Ahora bien, en criterio de la Corte, es claro que la acción de tutela interpuesta no puede poseer la virtud de mantener, permanentemente en el tiempo, el derecho a un reajuste extraordinario de una pensión, pues ello es contrario a su naturaleza y fines, máxime, cuando la justicia contencioso administrativa está conociendo de unas acciones de nulidad; pues resultaría ajena a la competencia del juez de tutela, entrar a decidir sobre un conflicto jurídico, que posee sus propias

instancias, procedimientos y medios judiciales, establecidos por el ordenamiento, pues, lo contrario desnaturalizaría la esencia y finalidad de la tutela, como mecanismo de protección especial pero extraordinario de derechos fundamentales.

De otra parte, estima la Corte que la presente acción de tutela invocada como mecanismo transitorio, no es procedente, en virtud a que la Lotería del Libertador no ha dejado de cancelar las mesadas pensionales que en vida recibía el titular de la prestación señor Sabas Socarrás Sánchez a su legítima esposa, por lo tanto, los derechos que reclama la actora y cuya protección invoca, no están, a juicio de la Corte, siendo vulnerados por la parte demandada, ni tampoco se observa que existía un perjuicio irremediable, dado que, es claro que la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, actualmente devenga una pensión de \$1.937.224 (folio 118) que, en principio, le permite atender a sus necesidades básicas. En consecuencia, el hecho de que la Lotería del Libertador no le hubiere reconocido un tercer reajuste o nivelación especial, por ella solicitada el día 8 de febrero de 1999, no es motivo del cual se pueda deducir violación de ningún derecho fundamental, amén de que dicha decisión puede ser atacada por los medios judiciales pertinentes, esto es, agotando la vía gubernativa e interponiendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así mismo, resulta claro para esta Sala que la Lotería cuestionada no ha dejado desamparada a la peticionaria de los beneficios de la seguridad social en salud y en pensión; ni mucho menos ha limitado o mermado su protección, como una persona de la tercera edad; ni la decisión de la Lotería, de no conceder la nivelación, la despoja de los reajustes legales de su pensión que, anteriormente, la entidad le había reconocido a su esposo fallecido, en forma oportuna, mesadas que ella disfruta actualmente, en virtud de la Resolución No. 00021 de 2 de febrero de 1999 (folio 67).

Por último, la Corte observa que en cuanto al derecho a la igualdad, le asiste razón al Tribunal, ya que por un lado, la Lotería demandó también el acto administrativo que concedió la nivelación de la ciudadana Clara Dávila de Serna (folio 118) ante la justicia Contencioso Administrativa de Santa Marta, pero, por otro lado, el reconocimiento inicial de la pensión del señor José María Serna Bustamante, cónyuge fallecido, de la referida señora, fue otorgada mucho antes de la derogación expresa de la Ordenanza No. 17 de 15 de noviembre de 1972 por parte de la Ordenanza No. 14 del 6 de diciembre de 1974, hecho que por sí mismo hace la diferencia y del que se desprende que no se viola el artículo 13 superior.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Laboral, de fecha 10 de mayo de 1999, que, a su vez, revocó el fallo de tutela de 23 de marzo de 1999, dictado por el Juzgado Laboral del Circuito de Santa Marta, el cual concedió el amparo de los derechos a la dignidad humana, igualdad, protección de la tercera edad, a la seguridad social, al pago oportuno de las pensiones y sus reajustes periódicos, interpuesta por la señora Reneta Zúñiga de Socarrás, contra la Lotería del Libertador.

Segundo. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-842

octubre 26 de 1999

FAMILIA- Protección igualitaria a la formada por matrimonio o unión libre/**FAMILIA-** Formas encuentran reconocimiento en normas de seguridad social integral

Esta Corporación, ha estimado que la Carta Política estableció un marco de protección constitucional que reconoce y protege, tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial, siempre, claro está, que esta última se constituya por la voluntad libre, responsable y seria de un hombre y una mujer, de conformidad con los elementos de estabilidad y permanencia. Es decir, la Carta Magna protege la familia matrimonial y extramatrimonial, en cuanto llenen las características que establece el legislador para proteger este tipo de instituciones sociales. Las diversas formas de familia protegidas constitucionalmente, encuentran reconocimiento pleno en las normas sobre la seguridad social integral, entendida ésta como el conjunto de instituciones, procedimientos, sistemas legales, de que disponen las personas y la comunidad, para garantizar los derechos irrenunciables a la misma, cuyo propósito es obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana y precaver el cubrimiento de necesidades futuras, mediante la estructuración de un régimen de salud o uno pensional que proteja al trabajador y a su núcleo familiar ante las contingencias como la invalidez, la enfermedad, la vejez o aún la muerte.

PENSION DE SOBREVIVIENTES- Tratamiento igual a las formas de relaciones familiares/
PENSION DE SOBREVIVIENTES- Derecho irrenunciable/**PENSION DE SOBREVIVIENTES-** Beneficiarios/**PENSION DE SOBREVIVIENTES-** Vida marital/
PENSION DE SOBREVIVIENTES- Convivencia efectiva al momento de la muerte

La convivencia efectiva, al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevinida la muerte del pensionado, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional para reconocimiento de derechos pensionales

Debe la Corte recordar la doctrina según la cual, la acción de tutela procede excepcionalmente para el reconocimiento de derechos pensionales, ya que el reconocimiento y pago

de prestaciones sociales de tipo económico, por la índole de las pretensiones que se discuten, persigue, en principio la definición de derechos de carácter legal, por lo que resulta ajeno a la competencia de los jueces de tutela el hecho de decidir conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, liquidación y orden de pago de una prestación social. Es improcedente la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional, salvo en los eventos de perjuicio irremediable o que, el otro medio de defensa judicial sea inepto para resolver el asunto judicial, o que haga viable el amparo tutelar de manera transitoria y urgente, para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, en juego, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo caso por el sistema judicial ordinario.

PENSION DE SOBREVIVIENTES- Vida marital con el causante desde el momento en que cumplió requisitos/ **MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-** Discrepancia sobre convivencia efectiva con pensionado desde el momento en que adquirió dicha calidad/
ACCION DE TUTELA TRANSITORIA- Reconocimiento y pago de mesadas pensionales

Referencia: Expediente T-227887

Peticionaria: Amira García Mendoza

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los H. Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Laboral de Circuito de Barranquilla de fecha 12 de abril de 1999 y la Sala Cuarta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla de 18 de mayo de 1999, dentro de la acción de tutela incoada por Amira García Mendoza contra el Instituto de Seguros Sociales -ISS-, Seccional Barranquilla.

I. HECHOS

En ejercicio de la acción de tutela a que se refiere el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la señora Amira García Mendoza, mediante apoderado judicial, demandó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, y la seguridad social, que a su juicio, le son vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Barranquilla.

Afirma la peticionaria, mediante apoderado judicial, que solicitó al ISS el reconocimiento de una pensión de sustitución, el día 27 de abril de 1998, en su calidad de compañera *superstite* del fallecido Humberto Ricardo Ordosgoitia, quien era afiliado a dicha institución de seguridad social y pensionado del Instituto según carné No. 900804196170031077 y Resolución No. 00220 del 13 de febrero de 1984, la cual reconoció la pensión compartida de jubilación con la empresa AVIANCA S.A.

Aduce, que el ISS, mediante Resolución No. 00046 notificada el día 18 de enero de 1999, le negó la sustitución pensional, bajo el entendido de que ella no convivía con el pensionado, ya que éste, al adquirir el estatus de pensionado hacía vida marital con su cónyuge legítima, señora Dilia Sofía Villarreal Vanegas.

Expone el peticionario en su libelo, que su cliente convivió, con el pensionado Humberto Ricardo Ordosgoitia, durante más de 15 años, inclusive hasta el momento de su muerte, la cual se produjo en la residencia que ambos compartían, y que como compañera permanente dependía económicamente de él.

Finalmente explica, que el pensionado, al momento de afiliarse en el ISS, inscribió como beneficiaria a su cónyuge legítima, pero que la señora Dilia Sofía Villarreal Vanegas, a la sazón su esposa, falleció el día 10 de agosto de 1984, es decir hace 14 años, por lo que no es de recibo, que el ISS le niegue a su poderdante el derecho de sustitución de la pensión de vejez a que tiene derecho, solicita por lo tanto, al juez de tutela que *“mediante una orden judicial conmine al ISS a reconocer y cancelar la pensión de vejez en forma inmediata y como mecanismo transitorio, toda vez que es una persona mayor de 77 años, enferma, que por su condición económica no puede someterse a un largo proceso ordinario de carácter laboral”*.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante providencia de 12 de abril de 1999, resolvió conceder la tutela como mecanismo transitorio de los derechos a la vida y a la seguridad social de la señora Amira García Mendoza contra el ISS, Seccional Barranquilla, y ordenó a la entidad demandada que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, reconociera a la accionante la sustitución pensional y el pago con retroactividad, de las mesadas pensionales desde la fecha de fallecimiento de su compañero (21 de febrero de 1998), en calidad de compañera permanente del señor Humberto José Ricardo Ordosgoitia, conforme a la Ley 100 de 1993 art. 47 y se le incluyera en nómina en virtud de su avanzada edad, así como que se le concedieran todos los servicios médicos que dicho reconocimiento implica.

En efecto, estimó el juez de tutela de primera instancia, luego de citar abundante jurisprudencia en torno al derecho a la vida y a la seguridad social, emanada de la Corte Constitucional, especialmente la providencia T-533 de 1992 y después de analizar los requisitos para sustituir la pensión de jubilación en la Ley 100 de 1993, que:

“Como puede verse, al ser la accionante una señora de más de 77 años de edad, reunir los requisitos exigidos por el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para que se le reconociera la sustitución pensional en su calidad de compañera superstite del finado Humberto José Ricardo Ordosgoitia, el hecho que se le ordenara recurrir a la justicia ordinaria a la reclamante, dadas las circunstancias de expectativas de vida, que en este país es de 75 años y la señora Amira García Mendoza en la actualidad posee 77 años, más lo demorado de los mismos procesos, atentaría contra sus derechos fundamentales a la vida y a la seguridad social, es por lo que éste despacho los tutelaré, como mecanismo transitorio, y el gerente del ISS dentro del término de 48 horas, deberá dar la orden al subalterno que estime conveniente que se le reconozca el derecho de sustitución a la señora Amira García Mendoza, en su calidad de compañera superstite del finado pensionado Humberto José Ricardo Ordosgoitia y se le incluya en nómina, para lo cual gozará de 10 días.”

III. LA IMPUGNACION

Dentro del término legal que para el efecto prevé el ordenamiento jurídico que regula la tutela, el ISS Seccional Barranquilla, mediante apoderado judicial impugnó la decisión judicial

anterior, aduciendo que la orden de reconocimiento y pago de la sustitución pensional y el pago retroactivo de las mesadas pensionales desde la fecha de su fallecimiento más el pago de la sanción moratoria, resulta ilegal ya que en el caso concreto el ISS con su actuación legítima no violó los derechos fundamentales a la vida, ni a la salud, ni mucho menos a la seguridad social de la accionante ya que:

“Al respecto debemos aclararle a su señoría que a la señora Amira García Mendoza no se le han violado sus derechos fundamentales constitucionales que usted aduce en el fallo de fecha abril 12/99, puesto que la accionante solicitó el día 21 de abril/98 reconocimiento de pensión de sobreviviente en calidad de compañera superstite del pensionado fallecido señor Humberto José Ricardo Ordosgoitia, la prestación solicitada le fue definida mediante Resolución No. 0046 del 28 de enero/99, negándole el derecho a la prestación reclamada, al no poder demostrar la peticionaria su calidad de compañera permanente en las condiciones contempladas en el artículo 47 de la Ley 100/93 en su literal a) ‘En forma vitalicia la cónyuge o la compañera permanente superstite. En caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos por tener derecho a una pensión de vejez o invalidez y hasta su muerte’.

“En el caso que nos ocupa el pensionado fallecido al momento de iniciar y definirle el trámite de pensión por vejez relacionó a la señora Dilia Sofía Villarreal Vanegas, como su esposa y para tal fin aportó registro civil de matrimonio, por lo cual recibió hasta la fecha de fallecimiento incremento por tal concepto. Por lo antes expuesto resulta imposible legalmente el reconocimiento de un doble vínculo matrimonial, no pudiendo en estas condiciones demostrar de conformidad a lo ordenado en la norma precitada la accionante su condición de compañera superstite del pensionado fallecido, razón principal tenida en cuenta para la negación de la prestación.

“Así mismo la Ley 100/93 en sus artículos 46 al 49 establece taxativamente quiénes son beneficiarios de la pensión de sobreviviente y los requisitos que se deben cumplir para tener derecho a su reconocimiento, el artículo 47 de la precitada norma contempla, son beneficiarios de la pensión de sobreviviente ‘a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstite.

“Por lo tanto, tal como lo manifestó el Jefe Dpto de Atención al Pensionado del Seguro Social, Seccional Atlántico, en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez y hasta su muerte y haya convivido con el fallecido por un tiempo no menor de dos años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido’. De igual forma lo contempla el artículo 74 de la misma ley en el caso que nos ocupa, el fallecido disfrutaba de una pensión por vejez concedida mediante Resolución No. 00220 del 13 de febrero/84 que a la fecha de reconocimiento de la prestación por vejez éste relacionó como cónyuge a la señora Dilia Sofía Villarreal Vanegas, recibiendo incremento a su pensión por tal concepto hasta su fallecimiento, que legalmente resulta imposible acreditar por parte de la señora Amira García Mendoza en su calidad de compañera permanente en las condiciones exigidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100/93, ya que legalmente resulta

imposible tener vínculo matrimonial con dos compañeras. Al no poder demostrar la peticionaria su calidad de compañera en las condiciones exigidas por los artículos precitados resulta imposible el reconocimiento de la prestación solicitada.”

IV. LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Cuarta de Decisión Laboral, mediante providencia de 18 de mayo de 1999, resolvió revocar la providencia impugnada y declarar improcedente la acción y no tutelar los derechos constitucionales a la vida y a la seguridad social de la señora Amira García Mendoza, con base en los siguientes razonamientos:

Adujo el *ad quem*, luego de analizar el alcance del derecho a la vida y a la seguridad social en la Carta de 1991, que en el caso *sub judice* el derecho reclamado por la accionante (sustitución pensional) tiene, indudablemente, su origen en la relación laboral que existió entre Aerovías Nacional de Colombia S.A. (AVIANCA) y el señor Humberto Ricardo Ordosgoitia, lo cual se deduce del documento que es fotocopia del original que reposa a folio 18 del informativo, consistente en la carta de terminación del contrato de trabajo por reunir los requisitos para obtener la pensión de jubilación. La calidad de pensionado está plenamente acreditada, mediante la fotocopia del original de la Resolución No. 00046 de 1998, como también lo está la decisión denegatoria de la solicitud de reconocimiento de la prestación de sobreviviente de la señora Amira García Mendoza, por las razones que constan en el expediente y en la citada resolución, allegada, en fotocopia de su original a saber: porque de los documentos no se deduce que existió la convivencia con el asegurado desde el momento en que éste adquirió la calidad de pensionado, por haber presentado documentación de la cónyuge cuando solicitó la prestación, tal como lo exige el artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993 (folios 11 y 12). Dichos argumentos son los que sostiene el accionante, en esta oportunidad y de ellos al igual que los esgrimidos en la tutela se deduce la existencia de un conflicto jurídico que debe ser sometido al conocimiento de la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral para que ésta decida si le asiste o no el derecho que, en su momento, le negó el accionado, pues al juez de tutela no le es dado desplazar al juez competente para decidir el litigio, por lo tanto, el Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, establece como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, y, que, apreciados los elementos probatorios y las circunstancias que rodean el caso concreto, no se configura un perjuicio irremediable por lo que no se concederá la tutela.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera: La competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda: Lo que se debate

La accionante, persigue, a través de la acción de tutela, que se ordene al ISS, seccional Barranquilla, “*el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en su condición de compañera superstite, del fallecido señor Humberto Ricardo Ordosgoitia*”, pensionado por la entidad, con pensión compartida de jubilación con la empresa Avianca y el “*pago de las mesadas atrasadas desde la fecha de su fallecimiento*”, en virtud a que el ISS no aceptó los hechos alegados y probados por la accionante como: la convivencia de la peticionaria con el

titular de la prestación, desde el momento de adquirir éste el estatus de pensionado, así como la vida marital de la actora con el fallecido pensionado durante quince años, hasta el momento de su muerte, la cual ocurrió inclusive en el mismo lugar común de residencia (folio 22). De igual forma el ISS no tuvo en cuenta las circunstancias de la dependencia económica de ella, así como el recibo de la pensión por parte del señor Humberto Ricardo Ordosgoitia desde el 13 de febrero de 1984, y su estado de viudez, al fallecer su esposa, señora Dilia Sofía Villarreal Vanegas, el 10 de agosto de 1984 y el fallecimiento del citado señor el 12 de febrero de 1998, al igual que el reconocimiento de la accionante, por la empresa AVIANCA que le cancela la diferencia pensional –cincuenta mil ochocientos setenta y tres pesos (\$50.873) (folio 13), así como la expedición, por el ISS, del carné de afiliada para ser atendida en salud en su calidad de derecho habiente, pero no de sustituta y la no prestación de asistencia médica desde el 18 de enero de 1999, lo que agrava su estado de salud, más la edad avanzada; razones aducidas para iniciar la acción de tutela que en esta oportunidad analiza la Sala de Revisión.

Tercera. La protección constitucional a la familia, la seguridad social y el caso concreto

En múltiple jurisprudencia, esta Corporación, ha estimado que la Carta Política estableció un marco de protección constitucional que reconoce y protege, tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial, siempre, claro está, que esta última se constituya por la voluntad libre, responsable y seria de un hombre y una mujer, de conformidad con los elementos de estabilidad y permanencia. Es decir, la Carta Magna protege la familia matrimonial y extramatrimonial, en cuanto llenen las características que establece el legislador para proteger este tipo de instituciones sociales.

Para la Corte, es claro, que las diversas formas de familia protegidas constitucionalmente, encuentran reconocimiento pleno en las normas sobre la seguridad social integral, entendida ésta como el conjunto de instituciones, procedimientos, sistemas legales, de que disponen las personas y la comunidad, para garantizar los derechos irrenunciables a la misma, cuyo propósito es obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana y precaver el cubrimiento de necesidades futuras, mediante la estructuración de un régimen de salud o uno pensional que proteja al trabajador y a su núcleo familiar ante las contingencias como la invalidez, la enfermedad, la vejez o aún la muerte.

Para la Corte resulta relevante reiterar en este caso concreto lo expuesto por esta Corporación sobre la denominada pensión de sobrevivientes:

En efecto, dijo la Corte en Sentencia C-081 de 1999, la cual declaró exequible la expresión normativa “la compañera o compañero *superstite* contenida en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, lo siguiente:

“Ahora bien, la situación reconocida por la Carta en el artículo 42 sobre la familia extramatrimonial, es a su vez, reafirmada por la legislación, por el derecho comparado y aún por la jurisprudencia colombiana, penal, civil, laboral o contencioso administrativa, en cuanto aceptan y reconocen las diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial. Ese tratamiento de igualdad, previsto por la Carta, es una preceptiva de aplicación directa y no programática, por cuanto el constituyente no exige un desarrollo, por parte del legislador, como sí lo obliga en otros aspectos normativos contenidos en Constitución de 1991, para dar protección y reconocimiento a las diversas estructuras familiares que asumen en el mundo contemporáneo las diversas modalidades de orden filial o sanguíneo.

“En este orden de ideas, la unión marital de hecho, esto es la comunidad familiar constituida por un hombre y una mujer, y forma una familia que merece reconocimiento jurídico y social, siempre y cuando acredite los elementos básicos de permanencia y estabilidad por lo que, es innegable, a juicio de la Corte que faltando tan solo la formalización de su vínculo conyugal, deban recibir un tratamiento jurídico equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal.

“....

“Ahora bien, sobre la denominada pensión de sobrevivientes, que es el tema que ocupa la atención de la Corte, esta Corporación debe advertir, que sobre esta materia, objeto de reflexión constitucional, actúan circunstancias fácticas y principios jurídicos superiores relativos a esta disciplina jurídica, los cuales poseen sus propios ámbitos y principios teleológicos, que en algunos aspectos difieren ostensiblemente del régimen legal de la familia, dado que este último se halla conectado e influenciado estrechamente con derechos clásicos del derecho privado como los de propiedad y sucesiones, mientras que los principios de la seguridad social se encuentran animados por razones de servicio público, y de protección social, cuyas normas, instituciones y procedimientos tienden a proteger la calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad diseñan legislativa y administrativamente, para proporcionar una cobertura integral, en cuanto a las contingencias y riesgos, especialmente, las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad; por lo tanto, como servicio público de carácter obligatorio, este se concreta o materializa frente a los ciudadanos como derechos irrenunciables (art. 48 C.N.) y especialmente fundamentales, con relación a los menores (art. 44 C.N.), los cuales procuran solucionar y satisfacer problemas vitales e inmediatos de subsistencia, que nacen como consecuencia de las contingencias previamente establecidas por el legislador; por lo tanto, estima esta Corte, que los principios generales de esta materia, condicionan la interpretación del ordenamiento jurídico que regula las instituciones sobre previsión social, como ocurre con la sucesión o los beneficiarios de un pensionado. Por lo tanto, el legislador establece, en el régimen de la seguridad social integral, a propósito de la muerte de un afiliado, órdenes sucesorales o requisitos de hecho que procuran proteger a quienes dicha contingencia afecta directamente, es decir al núcleo familiar más próximo del titular de la prestación pero, entendido este, más con un criterio material y socioeconómico que puramente legal, sin que, desde luego se abandone absolutamente este último enfoque.

“Dadas estas circunstancias, por razones de orden constitucional y de los principios propios del derecho de la seguridad social, los cuales puede el legislador configurar libremente, según el artículo 48 superior en aplicación, en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, este en el artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993, toma más en cuenta factores sociológicos, reales o materiales, en el entendido de lo que es una relación material de pareja, como quiera que se trata de una prestación de previsión, con lo cual procura aliviar la condición de precariedad económica en que queda la familia al desaparecer su cabeza, vale decir, el titular de la pensión, independientemente, de que alguno de los miembros de la pareja goce de la condición de cónyuge o de compañera o compañero permanente.” (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Ahora bien en este mismo sentido, en la sentencia de julio 1º de 1993, proferida por el H. Consejo de Estado, sección segunda, dijo a propósito del criterio de “la convivencia” con el pensionado, como el factor decisorio para resolver los conflictos que se suscitan entre los beneficiarios de la prestación social, lo siguiente:

“Pues bien, la ley da preferencia al cónyuge sobreviviente en la sustitución de los derechos pensionales de la persona fallecida sobre la eventual compañera o compañero permanente de ésta, privilegio que solamente pierde cuando, conforme a lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 1160 de 1989, exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él, salvo en caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía.”

“En este orden de ideas, se tiene que a falta del cónyuge es beneficiario de la sustitución pensional el compañero permanente según corresponda; entendiéndose que falta el cónyuge, según lo dispone el artículo 6º del decreto citado, en los siguientes casos: por muerte real o presunta, por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, y por divorcio; pero también se entiende que falta el cónyuge para efectos de que la compañera o compañero permanente puedan adquirir el derecho a la sustitución pensional cuando aquél, con anterioridad al fallecimiento del causante, ha perdido ese derecho sin que posteriormente lo haya recobrado por haberse restablecido la vida en común de los casados, puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante.” (Subraya el Despacho)

De otra parte, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de fecha junio 17 de 1998 (M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara), dijo en relación con la pensión de sobrevivientes lo siguiente:

“Dentro del esquema normativo de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media con prestación definida se consagran las eventualidades de la pensión de sobrevivientes ocasionada en muerte de origen común, tanto por fallecimiento del pensionado como del afiliado. Respecto de aquel, basta que al momento del deceso tenga derecho a una pensión por vejez o invalidez, al paso que para éste se necesita haber cotizado 26 semanas y estar aportando al sistema al momento de su muerte o haberlas sufragado dentro del año inmediatamente anterior en el caso de haber dejado de aportar.

“En ambos casos, son ‘beneficiarios’ los miembros del grupo familiar en las condiciones previstas en el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, esto es ‘en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstite^{1/4}’ y ‘^{1/4}En caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años contínuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.’...

“Así las cosas, la norma en cuestión, en síntesis, enuncia básicamente tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, ya con la calidad de cónyuge o compañera (o) a saber:

a) la convivencia del pensionado con el reclamante al momento de su muerte; b) que haya hecho vida marital desde el momento en que el fallecido tuvo derecho a la pensión y c) que haya convivencia por lo menos dos años continuos con anterioridad al fallecimiento, salvo que se haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

“En desarrollo de la norma legal mencionada, se dictó el Decreto reglamentario 1889 de 1994, cuyo artículo 9, intitulado ‘cónyuge beneficiario de la pensión de sobreviviente por muerte del pensionado’; es del siguiente tenor: ‘el cónyuge del pensionado que fallezca tendrá derecho a la pensión de sobreviviente cuando cumpla los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993’”.

Por otra parte, esta Sala de Revisión de la Corte, debe reiterar, nuevamente, los criterios vertidos en las sentencias C-389 de 1996 y C-081 de 1999, a propósito de las pautas de interpretación que permiten entender la constitucionalidad y el alcance de los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993. En efecto, sostuvo la Corte que:

“...la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte - como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido.

Por todo lo anterior, la Corte considera que es equivocada la interpretación que efectúa el actor del literal parcialmente acusado, pues la norma establece que para que el compañero o cónyuge superstite pueda acceder a la pensión de sobreviviente es necesario:

- que conviva con el pensionado al momento de su muerte;

- que haya hecho vida marital desde el momento en que el fallecido tuvo derecho a la pensión;

-y, finalmente, que haya convivido al menos dos años continuos, y sólo este último requisito puede ser reemplazado por la condición alterna de haber procreado uno o más hijos con el pensionado.” (C-389/96 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En este orden de ideas, de conformidad con las consideraciones anteriores de índole jurisprudencial, es apropiado entonces afirmar que la convivencia efectiva, al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevenida la muerte del pensionado, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

Ahora bien, estima la Sala que desde la sentencia C-081 de 1999, que declaró exequible, el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, la Corte acogió el criterio real o material, esto es la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario sustituto de la pensión, pero, claro está, conforme con lo dispuesto en la sentencia C-389 de 1996, requisito que puede remplazarse por la condición alterna de haber procreado o adoptado uno o más hijos con el pensionado fallecido para que se proceda a su pago.

Cuarto. El caso concreto. La tutela como mecanismo transitorio

Antes de entrar a analizar el caso concreto, debe la Corte recordar nuevamente la doctrina según la cual, la acción de tutela procede excepcionalmente para el reconocimiento de derechos pensionales, ya que el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de tipo económico, por la índole de las pretensiones que se discuten, persigue, en principio la definición de derechos de carácter legal, por lo que resulta ajeno a la competencia de los jueces de tutela el hecho de decidir conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, liquidación y orden de pago de una prestación social.

De manera pues, que es improcedente la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional, salvo en los eventos de perjuicio irremediable o que, el otro medio de defensa judicial sea inepto para resolver el asunto judicial, o que haga viable el amparo tutelar de manera transitoria y urgente, para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, en juego, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo caso por el sistema judicial ordinario.

Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que del acervo probatorio, obrante en el expediente se desprende que la calidad de pensionado del señor Humberto Ricardo Ordosgoitia, está plenamente acreditado mediante fotocopias del original de la Resolución No. 00046 de 1998 (folio 11). Igualmente, se establece, que la pensión del referido señor tuvo su origen en la relación laboral que existió entre AVIANCA y el señor Humberto Ricardo Ordosgoitia (folio 18). Así mismo figura en el expediente que la peticionaria señora Amira García Mendoza solicitó la denominada pensión de sobreviviente al ISS, el día 27 de abril de 1998 (folio 12), así como el certificado original de la Empresa AVIANCA sobre la calidad de pensionado del señor Humberto Ricardo Ordosgoitia, (folio 13) y las fotocopias auténticas de los certificados de defunción, tanto del señor Ricardo Ordosgoitia, como de su legítima cónyuge señora Dilia Sofía Villarreal Vanegas (folios 14 y 15); igualmente, figuran unas declaraciones extrajudiciales que dan fe del tiempo de convivencia de la actora con el pensionado fallecido por más de 15 años, hasta el día de su muerte (folio 16), así mismo, obra en el plenario, que la actora sufragó los gastos funerarios del pensionado fallecido el día 02-12 de 1998, por valor de \$700.000 (folio 22), y finalmente, aparece copia de la Resolución No. 00046 de 1998 por medio de la cual el ISS niega la prestación reclamada, en razón a que para la entidad de previsión social, la señora Amira García Mendoza y el asegurado, nunca convivieron ni siquiera desde el momento en que el señor Ricardo Ordosgoitia adquirió el estatus de pensionado, ya que cuando el titular de la prestación, solicitó su pensión presentó documentación de la cónyuge legítima, lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993, preceptúa que *“en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente superstita, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez y hasta su muerte”*, situación que no se cumple en el presente caso”. (folio 12).

Ahora bien, estima la Sala, que en el caso *sub júdice*, el derecho reclamado por la señora Amira García Mendoza, esto es, la sustitución pensional, negada por el ISS, se contrae a un conflicto jurídico sobre el alcance e interpretación del artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993, en cuanto al hecho material de si existió o no convivencia efectiva con el pensionado, desde el momento en que éste adquirió tal calidad, hasta su muerte, hecho que, según se explicó anteriormente, debe ser sometido al conocimiento de la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral correspondiente, para que ésta finalmente decida si a la accionante le asiste o no el derecho que en su

momento le negó el ISS mediante acto administrativo No. 0046 de 18 de enero de 1999. No obstante lo anterior, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, cuando el juez de tutela observe, que se configura la inminencia de un perjuicio irremediable de los derechos constitucionales a la vida y a la seguridad social de la peticionaria, debe proceder a tutelar en forma transitoria, ya que aún, existiendo un medio judicial idóneo para protegerlos, la decisión del juez ordinario podría resultar inútil o tardía. Por lo tanto, el juez de tutela está autorizado, para conceder el amparo con carácter transitorio o temporal, mientras el actor inicia el proceso respectivo, y el juez ordinario resuelva de fondo. En este sentido, estima la Sala que la tutela opera con el objeto exclusivo de impedir un daño irreparable a los derechos afectados, mientras el juez competente profiere fallo definitivo acerca de la específica controversia jurídica, agotando todas las posibilidades probatorias y decidiendo con criterio ponderado. En consecuencia, existiendo un proceso apto para el reclamo o la defensa de un determinado derecho prestacional, como ocurre en esta caso concreto, la tutela que se otorga con el fin de evitar un perjuicio irremediable, determina en principio que la petición debe gozar de la prestación periódica pensional, conforme a la ley de seguridad social y a la jurisprudencia. Estima la Sala que corresponde en este caso concreto desarrollar una intervención extraordinaria, y apenas indispensable para evitar la comisión de un perjuicio irremediable. De allí que la Sala otorgará de manera transitoria, la protección a la peticionaria en relación con la actuación del Seguro Social y así lo ordenará en la parte resolutive de esta providencia.

De otra parte estimó la Corte que la transitoriedad de la sentencia de tutela es obligatoria como un elemento necesario de protección para que cumpla su propósito de amparo, mientras el juez ordinario dicta la providencia que en derecho corresponda, sin que con ello se confunda, en este caso concreto, las competencias de jueces y tribunales. Por lo tanto, la Sala de Revisión, concederá la tutela de los derechos a la vida y a la seguridad social de la peticionaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y ordenará al ISS que en el impostergable término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia reconozca y pague las mesadas pensionales que en derecho corresponda, hasta que el juez laboral ordinario decida de fondo sobre la acción laboral, que deberá iniciar la peticionaria dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de esta providencia, so pena de que cesen los efectos protectores aquí señalados, conforme al artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

En consecuencia, la Corte otorgará, en la parte resolutive la tutela como mecanismo transitorio, hasta que el juez laboral ordinario competente falle de fondo el conflicto suscitado entre la señora Amira García Mendoza y el ISS, Seccional Barranquilla.

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

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR** la sentencia de 18 de mayo de 1999 proferida por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que a su vez revocó la providencia de 12 de abril de 1992, emanada del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla.

Segundo: **CONCEDER**, como mecanismo transitorio, vigente, sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo la acción ordinaria laboral, mencionada en la parte motiva, la tutela del derecho a la vida y la seguridad social de la señora Amira García Mendoza.

Tercero: **ORDENAR** al Instituto de Seguros Sociales, ISS, Seccional Barranquilla, para que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia reconozca y cancele el derecho al disfrute de la pensión de sobreviviente en su condición de compañera permanente del fallecido señor Humberto Ricardo Ordosgoitia, pensionado de dicho instituto, con pensión compartida con la empresa AVIANCA, según acto administrativo No. 00220 de febrero 13 de 1984, incluyéndola en nómina y como beneficiaria de los servicios de salud, sin perjuicio, de lo que disponga la autoridad que conozca de la acción judicial ordinaria a que se refiere esta providencia, o de lo ordenado por los incisos segundo o tercero del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, es decir, que la tutelante debe ejercer la acción judicial respectiva en un término máximo de cuatro (4) meses contados a partir de este fallo, so pena de que cesen los efectos de la misma.

Cuarto. Comunicar la presente decisión al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-848

octubre 26 de 1999

EMPLEADOR- Deber de descontar y efectuar aportes en seguridad social/**EMPLEADOR-** Asunción, en principio, servicios de salud por mora en aportes

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Asunción por empleador servicio de salud y evaluación para reconocimiento de eventual indemnización o pensión de invalidez/

MUNICIPIO- Asunción servicio de salud por mora en aportes y evaluación para reconocimiento de eventual indemnización o pensión de invalidez/**MUNICIPIO-** Asunción pago de salarios y prestaciones sociales por mora en aportes hasta reconocimiento de pensión de invalidez

Referencia: Expediente T-227554

Acción de tutela instaurada por Lidia María Redondo González contra el Seguro Social

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Laboral, y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, proferidos los días 28 de abril y 26 de mayo de 1999, respectivamente, al resolver sobre la acción de tutela en referencia.

I. ANTECEDENTES

Lidia Redondo González, actuando mediante apoderado, dirigió acción de tutela contra el Seguro Social por violación de sus derechos a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la protección de la mujer, vulneración que, en su concepto, se configura a partir de los siguientes hechos:

La accionante laboraba como empleada del Municipio de Riohacha en el cargo de aseo, Clase I, Nivel 7, desde el 28 de julio de 1995. Aproximadamente el 23 de julio de 1997, al levantar una caneca de basura, sintió repentinamente un fuerte dolor en la cadera y quedó sin

reflejos en las extremidades inferiores. De inmediato informó verbalmente al director del Colegio en el cual trabajaba, y éste la remitió a la Alcaldía, donde dieron orden para que la atendieran. Los resultados de los exámenes que se le practicaron mostraron una “Hernia discal en la L5 y S.1”.

Obtenido el diagnóstico, el médico le ordenó traslado dentro de la semana siguiente, pero la Alcaldía no resolvió al respecto. Transcurrieron dos meses, hasta que el Alcalde de Riohacha ordenó oficiar al Seguro Social, pero allí no la atendieron por cuanto la Alcaldía no estaba a paz y salvo con los aportes de ley. Posteriormente, según el escrito de tutela, la Secretaría General del organismo hizo diligencias para que a la señora Lidia Redondo la afiliaran dentro del régimen subsidiado, con lo cual, según expresó, fue transgredido el régimen de Seguridad Social, ya que ninguna persona puede estar afiliada a dos regímenes.

Redondo se trasladó a Barranquilla por su propia cuenta, y allí fue intervenida el 27 de octubre de 1998, por hernia discal L5/S1, de lo cual le quedó una secuela funcional que la incapacita definitivamente para continuar laborando. El 25 de enero de 1999 fue valorada por el médico especialista de turno del Hospital Nuestra Señora de los Remedios, quien le diagnosticó una incapacidad total que le impide desempeñar cualquier actividad.

Lidia Redondo González es viuda, madre cabeza de familia, con hijos menores que derivan su sustento del sueldo que ella devenga en el Municipio de Riohacha. Este, además de lo dicho, se encuentra atrasado en el pago de los salarios de varios meses.

A pesar de haber transcurrido 180 días continuos desde la fecha del accidente de trabajo, la accionante no ha sido sometida a valoración por la Junta de Calificación de Invalidez, toda vez que el Seguro Social se niega a atenderla, alegando que el Municipio de Riohacha no está al día en el pago de los aportes correspondientes, no obstante estar plenamente determinada su incapacidad. Precisamente, según la demanda, la conducta omisiva del Municipio de Riohacha, al no efectuar el pago de los aportes por concepto de accidentes de trabajo y riesgo profesional al Seguro Social, ha hecho que esta última entidad no asuma la obligación que le corresponde.

Lidia Redondo González se encuentra gravemente enferma y requiere la debida asistencia médica y terapéutica, así como el pago del auxilio económico por enfermedad a que tiene derecho. Necesita igualmente una valoración inmediata que compruebe su estado de invalidez y que se proceda al reconocimiento y pago de la pensión correspondiente o, en su defecto, a la indemnización que se determine.

Obran en el expediente las siguientes pruebas:

- a) Incapacidad médica por 10 días a partir del 20 de agosto de 1998 (folio 6);
- b) Certificación médica sobre la imposibilidad de la peticionaria de levantar pesos o hacer movimientos bruscos por espacio de cuatro meses (folio 8);
- c) R.M.N. Columna Lumbosacra, cuya conclusión fue “Hernia Central del Disco L-5 S-1 (folio 9);
- d) Informe Electromiográfico con la siguiente conclusión: “EMG Anormal indicativo radiculopatía S1 Bilateral” (folio 13);
- e) Hoja de valoración expedida por el Hospital Nuestra Señora de los Remedios el 25 de enero de 1999 en la cual se expresó:

“Paciente femenino que desde hace más o menos 5 meses viene presentando dolor localizado en zona lumbar con irradiación a la MMII, lo cual la incapacita totalmente para sus actividades de la vida diaria.

Al examen muscular: no se realizó por demasiado dolor.

Diagnóstico: Paciente totalmente incapacitada para laborar.

Apto para pensión por enfermedad profesional” (subrayado fuera de texto) (folio 15).

f) Resolución 561 de 1998, expedida por la Alcaldesa Mayor de Riohacha, mediante la cual ordena desglosar de las nóminas del personal que labora en el Municipio, correspondiente a los meses de junio, julio y agosto de 1997, las mesadas que le adeudan a la accionante, Aseadora Clase I, Nivel 7, adscrita a la Secretaría de Obras Públicas;

g) Certificación de la Asociación “Empresa Solidaria de Salud de Riohacha”, del 8 de octubre de 1998, en la cual se hace constar que Lidia Marina Redondo González se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado de Salud (folio 19);

h) Carta del 23 de diciembre de 1998 dirigida a Lidia Redondo y suscrita por la Alcaldesa Mayor de Riohacha, en la cual se lee:

“En los próximos días y hasta el último día del mes de enero de 1999, la administración a mi cargo se propone implementar el proceso de reestructuración administrativa que en su oportunidad, autorizó el Honorable Concejo Municipal mediante acuerdo.

Para mí, como cabeza visible de la administración, no es nada grato tener que comunicarle que el citado proceso conlleva necesariamente la supresión de cargos para que nos podamos acomodar a la nueva estructura funcional que tendremos que adoptar. Sé las consecuencias que este hecho acarreará en relación con las posibilidades de empleo que ofrece nuestro limitado mercado laboral.

A pesar de lo anterior, el proceso de reestructuración es inevitable y, lamento decirlo, un mal necesario para, en el mediano plazo, curar la grave enfermedad que hoy agobia las finanzas municipales. En este punto las cifras resultan ser más elocuentes que las palabras. Para mí sinceramente es alarmante y calamitoso, que a Ud., personalmente, el municipio le esté adeudando sus salarios y prestaciones laborales a que tiene derecho.

(...)

Finalmente, a pesar de este trago amargo, aprovecho la oportunidad para desearle una Feliz Navidad y un venturoso año nuevo. Junto a Ud. y con Ud. confío en que Dios sabrá guiarnos por caminos mejores” (subrayado fuera de texto) (folio 21).

i) A Folio 41 se encuentra certificación del Seguro en la que consta que por Lidia Redondo González sólo se cotizó hasta el mes de abril de 1997.

II. LAS SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Laboral, en providencia del 28 de abril de 1999, resolvió conceder la tutela por vulneración del derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida y ordenó al Seguro Social, Regional de La Guajira, que en el término de 48 horas dispusiera lo necesario para que se prestara a Lidia Redondo González las atenciones y cuidados médicos y hospitalarios respectivos, con el fin de preservar su salud y su vida. No concedió la tutela en relación con las pretensiones formuladas para que se le pagaran las prestaciones económicas, se calificara su estado de invalidez y se le reconociera y pagara la pensión correspondiente, por ser ella improcedente, ya que se dispone de otro medio de defensa judicial.

Impugnada la sentencia, correspondió conocer en segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que, mediante Fallo del 26 de mayo del año en curso, revocó el inicial. Consideró la Corte Suprema que, de conformidad con la Ley 100 de 1993, el no pago de la cotización al sistema contributivo produce la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio.

Esto significa -según la providencia- que, aun cuando es obligación del Estado garantizar la prestación de los derechos a la salud y a la seguridad social, también constituye obligación de los empleadores hacer los correspondientes aportes al Seguro Social, pues de lo contrario la misma ley faculta a la entidad prestadora de servicios para suspenderlos.

Manifestó la Corte Suprema:

“En el presente caso se observa que es la misma peticionaria la que informa que su empleadora, Alcaldía de Riohacha, dejó de cotizar para el sistema de atención en salud al Instituto de Seguros Sociales hecho que la entidad corrobora, luego entonces mal puede imponérsele al Instituto que le preste los servicios que aquella reclama, puesto que es la Alcaldía la que no ha cumplido con el mandato legal”.

El Seguro Social -agregó- debe cumplir no sólo con la ley, sino con sus propios reglamentos y en ese orden de ideas la tutela no es procedente, pues el Decreto 2591 de 1991 previó la improcedencia del amparo cuando se trate de conductas legítimas de un particular, concepto que debe ser extensible a las autoridades públicas. Concluye el fallo:

“Como quiera que la omisión frente a las reclamaciones formuladas por la interesada no recaen en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, se revocará la decisión impugnada y, por tanto, se negará la tutela impetrada por Lidia Redondo González”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

Efectividad de la seguridad social y de la protección a la salud

En el presente caso, Lidia Redondo González dirigió su acción contra el Seguro Social para lograr la atención en salud, así como el reconocimiento de una pensión de invalidez.

Considera la Sala que es necesario precisar algunos aspectos en relación con el derecho a la seguridad social, expresamente consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Los patronos, como lo ha destacado esta Corte en infinidad de fallos, están legalmente obligados a efectuar aportes para la seguridad social de sus trabajadores y también a descontar a éstos periódicamente el valor de la cotización que a ellos corresponde por salud. La cobertura comprende, entre otros aspectos, el concerniente a enfermedad general, y abarca también los riesgos por maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Es perentorio que se giren estos valores a la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentren afiliados los trabajadores, so pena de incurrir en las sanciones previstas en la Ley 100 de 1993.

Además, la normatividad, y la jurisprudencia han sido contundentes en afirmar que, cuando esas cotizaciones patronales no se efectúan o cuando lo descontado al trabajador no se traslada de inmediato a la entidad de seguridad social, el patrono asume en forma directa e íntegra los costos de la atención de salud que demanden sus empleados, y las familias de éstos.

Y no tiene justificación alguna que el empleador decida afiliar a sus trabajadores al régimen subsidiado, puesto que por expreso mandato legal las personas con contratos de trabajo deben estar en el régimen contributivo.

Los derechos a la salud y a la seguridad social no pueden convertirse en simple expectativa o en teoría que no tenga alcance práctico y oportuno en el momento en que se requiera, menos todavía en casos como el presente, en los cuales se ponen en peligro derechos fundamentales como la vida, o se afecta la integridad personal. Tampoco puede el patrono trasladar a sus empleados las consecuencias del no giro de las cotizaciones a la respectiva EPS, toda vez que, si así fuera, invocando su propia culpa y su descuido, haría nugatorio el acceso a los servicios de salud y a las prestaciones económicas.

Lidia María Redondo González se encontraba laborando para el Municipio de Riohacha, como aseadora del Colegio Municipal cuando sufrió lesión de hernia central del disco L5-S1, percance que la ha incapacitado totalmente para laborar, según diagnóstico médico, en el cual, de otra parte, se la ha declarado “apta para pensión por enfermedad profesional”.

Cuando sufrió el accidente de trabajo en el mes de julio de 1997, el Seguro Social se negó a suministrarle la atención debido a que solamente había cotizado hasta el mes de abril de 1997, ya que, según se desprende de la comunicación OF N° 108 del 4 de mayo de 1999, suscrita por la Directora Jurídica del Seguro Social, Seccional Guajira, “... la tutelante fue atendida en 1997 y hasta ese año cotizó la Alcaldía de Riohacha al Sistema en Salud y Seguridad Social al Instituto y hasta la fecha no ha vuelto a cotizar para ninguno de sus funcionarios y empleados”.

Como si esto fuera poco, sin la menor consideración por la circunstancia y los derechos de una trabajadora que quedó totalmente incapacitada para laborar estando precisamente al servicio del Municipio, y desconociendo los postulados básicos del Estado Social de Derecho, la Alcaldesa de Riohacha la despide sin solucionarle el problema de atención en salud, urgentemente requerido por ella, y sin cancelarle lo correspondiente a salarios y prestaciones.

La Sala considera que la conducta negligente y omisiva del Municipio vulnera en forma protuberante varios derechos fundamentales de la peticionaria, toda vez que pone en riesgo su subsistencia, afecta su vida digna y lesiona su salud y su seguridad social.

De otro lado, la actora, en virtud de su derecho a la seguridad social podría obtener una pensión de invalidez que le permitiera la subsistencia propia y la de sus hijos ante la imposibilidad de seguir laborando.

Además, carece la peticionaria totalmente de la mínima asistencia para su salud y la de los suyos, pese a la incapacidad declarada y a los diagnósticos médicos sobre requerimientos urgentes que hoy, por la indicada causa, no pueden ser atendidos.

Por eso deberá concederse la tutela y condenarse al Municipio, aunque no fue demandado, pues fue llamado al proceso y tuvo oportunidad de defenderse y la ocasión de exponer sus razones. Cosa diferente es que haya preferido guardar silencio.

En efecto, con el fin de garantizar el derecho de defensa de la entidad territorial, se ordenó al juzgado de instancia notificarlas para que dentro del término allí establecido, rindiera informe acerca de las afirmaciones de la peticionaria, sin que se hubiese obtenido respuesta alguna. Al haberse enterado al Municipio y en cuanto gozó de la oportunidad de dar sus explicaciones, en sede de revisión, la Sala concederá la tutela en su contra, ordenándole el cubrimiento de la totalidad de los gastos médicos que requiera Lidia Redondo González y los que necesiten sus

familiares -beneficiarios de la seguridad social que debe cobijarlos por la vinculación de aquélla, debiendo el Municipio proceder a la evaluación médica que determine el reconocimiento de una posible pensión de invalidez. Mientras ello ocurre, deberá seguir cancelando a la solicitante los salarios y prestaciones sociales que le correspondían en el cargo de aseadora que venía desempeñando.

En cuanto al Seguro Social, dado que en este caso están de por medio derechos fundamentales y de manera ostensible, la Corte reitera:

“Por conducto del sistema General de Seguridad Social en Salud, el Estado garantiza que todas las personas tendrán acceso a la atención de salud bien sea mediante el régimen contributivo a cargo de quienes están vinculados por contratos de trabajo, son servidores públicos, pensionados, y jubilados y trabajadores independientes con capacidad de pago, o bien en el régimen subsidiado, cuando se trata de personas de escasos recursos.

El artículo 210 de la Ley 100 de 1993 consagra la obligación de todos los empleadores, del sector público o privado, de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social, y establece sanciones para quienes no cumplan con este deber. Ellos, en todo caso, están obligados a asumir en forma directa los costos de la atención de salud que requieran sus trabajadores, si no los han incorporado al sistema institucional de protección.

Esta Corporación ha señalado en múltiples oportunidades que el derecho a la seguridad social es fundamental cuando está íntimamente relacionado con un derecho como la vida y ha sido enfática en exigir a los empleadores el cumplimiento de su obligación de afiliar a sus trabajadores y pagar oportunamente los aportes que les corresponda”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala quinta de Revisión. Sentencia T-295 del 17 de junio de 1997).

Es decir, la EPS no podía negar a la accionante el servicio indispensable para la efectiva protección de su vida, integridad y salud, aun sobre la base expuesta, por tratarse de tratamiento urgente y de enfermedad grave. Si de inmediato la situación presupuestal del Municipio le impide en la práctica asumir, como debe, su obligación respecto de la peticionaria y su familia, personas que no pueden quedar desprotegidas y, en consecuencia, prestados que les sean los servicios requeridos, el Seguro podrá repetir contra la entidad territorial. El Alcalde, por su parte, deberá en tal evento iniciar de inmediato los trámites presupuestales indispensables para el cumplimiento de este fallo.

DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, proferido el veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), al resolver sobre la acción de tutela incoada por Lidia Redondo González contra el Seguro Social y, en consecuencia, conceder la protección solicitada.

Segundo. **ORDENAR** al Municipio de Riohacha el pago de las cotizaciones que adeuda por seguridad social y el cubrimiento total de la atención de salud que requiera Lidia Redondo González para el tratamiento de su afección lumbar e igualmente proceder a la inmediata evaluación de su situación para el reconocimiento, a su cargo, de una eventual indemnización o pensión de invalidez, según el caso.

T-848/99

De todas formas, el Municipio deberá seguir pagando, de manera ininterrumpida a la citada señora el valor de los salarios y prestaciones sociales que le correspondían hasta el reconocimiento de esta pensión.

En caso de que no existan partidas presupuestales suficientes para asumir la atención médica de la paciente, el Seguro prestará el servicio y podrá repetir contra el Municipio. En tal evento, se concede cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este Fallo, para que el alcalde inicie los trámites y gestiones pertinentes para cumplir lo ordenado.

Tercero. El Seguro Social no podrá interrumpir la prestación de los servicios de salud a la accionante ni negarla a sus beneficiarios, pero podrá repetir contra el patrono.

Cuarto. El incumplimiento de lo aquí dispuesto acarreará la imposición de las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto. Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-849

octubre 27 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia aunque exista mecanismo de defensa por inexistencia de medidas de protección inmediata eficaces/**DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES**- Suspensión irregular de cuota alimentaria a menores/**DERECHO DE PETICION**- Remisión a la autoridad competente/**DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES**- Actuación que dio lugar a falla en el servicio/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**- Expedición de acto motivado y resolución de fondo sobre petición/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**- Incompetencia para suspender provisionalmente reconocimiento de cuota alimentaria/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**- Revocación directa de acto expedido/**DEBIDO PROCESO POR DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES**- Revocación directa de reconocimiento de cuota alimentaria a menores/**PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO**- Función ineludible del juez de tutela/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**- Revocación directa de derecho subjetivo sin la aquiescencia escrita del titular

Referencia: Expediente T-226.355

Acción de tutela contra la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Nación por una presunta violación de los derechos de los niños.

Temas:

El mecanismo alterno de defensa y la protección inmediata que se debe a los derechos de los niños.

Violación del derecho al debido proceso y de los derechos de los menores.

Actor: Claudia Patricia Nasser Arana

Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Alvaro Tafur Galvis, y Carlos Gaviria Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Trece de Familia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Claudia Patricia Nasser Arana contra la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Julio César Nasser David, Sheila Arana María, Carlos Alberto Nasser Arana, Jorge Nasser Arana, Claudia Patricia Nasser Arana y José David Hasbun Lombana, están siendo investigados penalmente por un presunto enriquecimiento ilícito de particulares; se encuentran bajo detención preventiva, y en su contra se dictó resolución de acusación. Durante el curso de ese proceso, la Fiscalía también inició en contra de esas personas dos acciones de extinción de dominio.

Con la aplicación de esas medidas a sus padres, quedaban en riesgo de desprotección los menores Sheila María, José David, David José y Aisha María, hijos de Claudia Patricia Nasser y José David Hasbun Lombana, así como Julio Mario, hijo de Jorge Nasser Arana; sin embargo, en 1997 la Dirección Nacional de Estupefacientes reconoció una cuota alimentaria a nombre de esos menores, y en enero de 1998 la reajustó de acuerdo con el incremento en el costo de vida.

“La Dirección Nacional de Estupefacientes a través de una de sus dependencias había asignado la suma de \$6'000.000.00 para los cuatro menores Hasbun Nasser y \$2'000.000.00 para el menor Julio Mario Nasser Palma, hijo de Jorge Nasser Arana, cuota alimentaria que deducían de las utilidades de las empresas de sus progenitores. Tal asignación fue revocada con ocasión de petición de aumento de la cuota, acorde con el actual costo de vida, sobre el presupuesto de que quien debe decidir ese aspecto es la Fiscalía” (folio 2 del segundo cuaderno, solicitud de tutela).

Claudia Patricia Nasser Arana, quien incoó esta tutela como representante de esos menores -sus hijos y sobrino-, acudió entonces a la Fiscalía, pero esa entidad la remitió nuevamente ante la Dirección Nacional de Estupefacientes, y ésta decidió mantener la suspensión de la cuota alimentaria.

2. Pruebas

Los hechos que se acaban de referir aparecen acreditados en el expediente, y no fueron controvertidos por la parte demandada.

3. Solicitud de tutela

Se puede exponer de manera resumida con la transcripción del siguiente párrafo: *“Con fundamento en lo expresado solicito muy respetuosamente tutele a los referidos menores el derecho a una vida digna, desarrollo integral, educación, y demás consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, y el derecho a que el Estado los asista y proteja, ordenando a las demandadas el restablecimiento de la cuota de manutención mensual para los menores, acorde con el entorno social y cultural en que hasta el momento se han desenvuelto, tomando en consideración la relación de gastos que se adjunta a la presente, toda vez que la omisión en que han incurrido los demandados causa a los menores desvalidos un perjuicio irremediable que sólo puede ser corregido o reparado a través del amparo constitucional de los derechos vulnerados”* (folio 4 del segundo cuaderno).

4. Sentencias objeto de revisión

A) Juzgado Trece de Familia de Santa Fe de Bogotá

Ese Despacho conoció de la primera instancia y, el 23 de marzo de 1999, decidió tutelar los derechos de los menores a cuyo nombre se incoó la acción, en los siguientes términos:

“Frente a la situación de desamparo en que se encuentran los menores Hasbun Nasser, la cual resulta evidente en razón a la detención preventiva de que fueron objeto sus padres, quienes por lo mismo, por fuerza mayor se encuentran imposibilitados de cumplir con las obligaciones que en carácter de tales les corresponde según la ley, y en aras de salvaguardar el interés superior de los referidos consanguíneos bajo el precepto constitucional aquí invocado, por consiguiente se hace necesario acceder a la presente acción de tutela como mecanismo transitorio, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991...” (folio 85 del segundo cuaderno).

Para restablecer los derechos vulnerados, ordenó a las entidades demandadas reanudar el pago de la cuota alimentaria de los niños, pero otorgó el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y lo condicionó a que, durante los cuatro (4) meses siguientes, los representantes legales de esos menores acudieran ante el juez de familia para solicitar la fijación de la correspondiente cuota alimentaria.

B) Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala de Familia-

Esa Corporación conoció de la impugnación interpuesta por la Fiscalía General en contra de la sentencia del juez *a quo* y, el 14 de mayo de 1999, decidió revocar el fallo recurrido y denegar el amparo de los derechos de los menores, pues consideró que existía un mecanismo judicial alternativo tanto o más eficaz que la tutela y, por tanto, esta acción era improcedente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política; corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas adoptar la decisión respectiva, según el reglamento interno, y el auto de la Sala de Selección Número Ocho del 11 de agosto de 1999.

2. Asuntos a considerar.

Los fallos de instancia coinciden en afirmar que para la defensa de los derechos de los niños implicados en este proceso, los actores cuentan con otro mecanismo judicial: el proceso de alimentos ante la jurisdicción de familia; difieren en que, para el primero de los falladores, el mecanismo alternativo no es tan eficaz como la tutela y, en consecuencia, procedía conceder el amparo como mecanismo transitorio; para el segundo en cambio, éste es un mecanismo eficaz de defensa que inhibe la procedencia de la presente acción, aun como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable. Tal es el primer asunto a considerar.

A pesar de que no fue objeto de análisis por parte de los jueces de instancia, y tampoco en la solicitud de tutela se hace referencia al asunto, esta Sala encuentra que la actuación de las entidades demandadas constituye violación de los derechos fundamentales de petición y debido proceso de la actora; este es el segundo tema para estudio.

El tercer problema que esta Sala debe analizar, es si efectivamente fueron violados los derechos fundamentales de los niños a cuyo nombre se solicitó el amparo y, de ser así, qué autoridad incurrió en tal vulneración.

3. El mecanismo alternativo de defensa y la protección inmediata de los derechos fundamentales de los niños.

A) Otro mecanismo judicial de defensa

El juez *a quo* tuteló los derechos de los hijos y sobrino de la actora sólo como mecanismo transitorio, y el *ad quem* denegó la tutela; ambos afirman que la demandante cuenta con otro mecanismo judicial de defensa: el proceso de alimentos, y la diferente conclusión a la que arribaron, se explica porque ambos valoraron de manera distinta la eficacia de ese mecanismo alternativo, comparándola con la de la tutela.

Sin embargo, estima la Corte que el proceso de alimentos no es el adecuado para solucionar el conflicto que se presenta en este caso, porque entre las entidades demandadas y los menores a cuyo nombre se demandó no pueden existir las relaciones de las que, según la ley¹, surge la obligación alimentaria. La improcedencia del proceso de alimentos en este caso, resalta al enfatizar que no fue un hecho u omisión de un particular lo que originó la acción de tutela que se revisa, sino la actuación de una entidad pública, la Dirección Nacional de Estupefacientes (la otra autoridad demandada, la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía General, no es competente para decidir el asunto materia de este proceso, y no está facultada para administrar los bienes cuya extinción de dominio se encuentra en trámite). Resulta entonces que para los efectos que persigue la actora, el proceso de alimentos no constituye otro mecanismo judicial de defensa; ella sí cuenta, a más de la tutela, con un mecanismo alternativo para la defensa de los derechos de sus hijos y sobrino, pero no es el proceso mencionado, sino la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho.

B) Procedencia de la tutela aunque la actora cuenta con otro mecanismo judicial de defensa, por la inexistencia de medidas de protección inmediata eficaces

Sin embargo, no todo mecanismo alternativo para la defensa de sus derechos, hace que la tutela, orientada a obtener la protección inmediata de los derechos de los menores que ella representa, resulte improcedente.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho ofrece al afectado por una actuación irregular de la administración, la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que ocasiona un daño injusto al accionante, mientras se tramita el proceso y se decide sobre el fondo de la controversia; por tal razón, si esta acción contenciosa procede, en la mayoría de los casos no lo hace la tutela. Pero no en todos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho cabe la suspensión provisional; en el que ocupa la atención de esta Sala, no ha lugar respecto del acto que revocó la asignación de alimentos, porque en el marco del proceso contencioso sólo podría considerarse la violación de los derechos fundamentales de los menores, como una consecuencia no necesaria de la actuación del ente administrador, es decir, como un eventual efecto dañino de tal decisión de la Dirección Nacional de Estupefacientes, no sobre los intereses de los

¹ Código Civil, Libro Primero, Título XXI. De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, Titulares del derecho de alimentos, "Artículo 411.- Se deben alimentos: 1. Al cónyuge; 2. A los descendientes; 3. A los ascendientes; 4. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa; 5. A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales; 6. A los ascendientes naturales; 7. A los hijos adoptivos; 8. A los padres adoptantes; 9. A los hermanos legítimos; 10. Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada..."

particulares cuyos bienes está administrando, sino sobre los derechos fundamentales de quienes resultan ser terceros afectados, y no partes de tal relación.

Así, en uno y otro caso, denegar el amparo y remitir a la actora a la vía ordinaria o a la contenciosa, sería tanto como dejar a los menores, hasta que el juez ordinario resuelva, sufriendo una situación de desamparo que ni la Dirección Nacional de Estupefacientes, ni otra autoridad de la República puede constitucionalmente imponerles. En consecuencia, es claro que la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, no impide que en este caso proceda la acción de tutela.

4. Violación de los derechos de petición y debido proceso.

En su solicitud de amparo, la actora no reclamó tutela judicial para sus derechos fundamentales, y esa puede ser razón suficiente para que el juez de tutela se abstenga de estudiar si fueron o no efectivamente violados. Sin embargo, como se pasa a explicar, la misma actuación con la que las autoridades demandadas afectaron los derechos fundamentales de los menores en cuyo nombre se demandó, constituye una grave violación de los derechos de petición y debido proceso de la accionante; y debe ser considerada en la revisión, para aclarar a las entidades demandadas las razones por las que se les prevendrá en la parte resolutive de esta providencia, y los comportamientos que deberán evitar en el futuro. Además, se justifica esta consideración por la confusión que mostró durante sus intervenciones la Dirección Nacional de Estupefacientes respecto de la función que le corresponde cumplir, y los límites constitucionales y legales dentro de los cuales debe hacerlo para no incurrir en nuevas violaciones a los derechos fundamentales de los menores Nasser o de otros que se llegaron a encontrar en la situación de éstos.

Así, esta consideración no está orientada a tutelar los derechos que efectivamente le fueron violados a la actora, sino a evitar que con actuaciones similares, la Dirección Nacional de Estupefacientes afecte de manera injusta los derechos fundamentales de los niños, so pretexto del trámite de actuaciones administrativas y procesos penales en contra de sus progenitores.

Analizando la situación de los padres de los menores Nasser, y la forma en que resultó alterada por las actuaciones de las entidades demandadas, se aclararán las razones que permiten afirmar que, en este caso, la Dirección Nacional de Estupefacientes violó los derechos de petición y debido proceso de la actora: la salida temporal del mercado de todos los bienes de propiedad de los padres, y la entrega de la administración de los mismos a la Dirección Nacional de Estupefacientes (efecto legal del inicio del proceso de extinción de dominio), dejaron a sus dueños sin posibilidad de cumplir con la obligación alimentaria y sin posibilidad de procurarse los medios requeridos para ello, por lo que los menores habrían quedado desamparados si la citada Dirección Nacional no les hubiera reconocido y pagado, con los rendimientos de las empresas embargadas a sus padres, una cuota alimentaria con la cual atender a su congrua subsistencia.

La tercera etapa en la situación de los padres de los niños Nasser, es la que dio origen a la tutela bajo revisión, y se empezó a configurar con la petición de la actora orientada a lograr que la Dirección Nacional de Estupefacientes reajustara la cuota alimentaria asignada a los menores. Tal petición ocasionó los comportamientos de las entidades demandadas, con los que resultaron vulnerados los derechos de petición y debido proceso de la actora; a continuación, y para lograr mayor claridad en la exposición, se considerarán separadamente:

A) Derecho de petición

La petición de la actora en procura de un reajuste de la cuota alimentaria de sus hijos y sobrino, ocasionó que la Dirección Nacional de Estupefacientes afirmara no ser competente para resolver sobre el fondo del asunto, y que esa entidad indicara a la demandante que debía dirigir esa solicitud a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Extinción de Dominio, de manera tal que la Dirección mencionada incumplió con el deber que le impone el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo a los funcionarios incompetentes para resolver la petición que han recibido, de remitirla inmediatamente al que sí es competente.

No obstante, la accionante atendió esa indicación, y dirigió su solicitud a la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía, pero esta entidad también afirmó -con razón-, ser incompetente para resolverla. Así, paradójicamente encontró la solicitante que ninguna de las dos agencias del Estado reconocía ser competente para decidir el asunto objeto de su petición.

Como la Dirección Nacional de Estupefacientes es un organismo administrativo, y fue su actuación la que colocó a la petente en la situación referida, ha de concluirse que se dio una falla en el servicio y, con su comportamiento, ese ente estatal incurrió en una vía de hecho con la que vulneró el derecho de petición de la actora; en consecuencia, se debe remitir copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, pues a ella corresponde investigar los hechos, y valorar si a alguno de los funcionarios que actuaron como quedó expuesto, se le debe exigir responsabilidad disciplinaria.

B) Derecho al debido proceso

Desde que entró en vigencia la Carta Política colombiana de 1991, la regulación de la actuación administrativa consagrada en el Código Contencioso -“*Título I Actuaciones Administrativas*”-, así como la de la revocación directa- “*Título V De la revocación directa de los actos administrativos*”-, dejaron de ser meras salvaguardas legales para el particular enfrentado a la administración del Estado, y pasaron a ser el desarrollo legal del artículo 29 de la Constitución, en el que quedó plasmado el derecho fundamental al debido proceso en “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”

Así, las normas referidas contienen las formas propias de la actuación que debió adelantar la Dirección Nacional de Estupefacientes una vez recibió la petición de reajustar la cuota alimentaria que había reconocido y venía pagando a los menores Nasser; sin embargo, lo que aparece establecido en el expediente de la tutela que se revisa, es que tales formas no fueron observadas por la entidad mencionada.

En lugar de una actuación administrativa en la que se observaran las formas previstas en el Código Contencioso y, por tanto, a la que se pusiera término con la expedición de un acto debidamente motivado, y en el que se resolviera sobre el fondo de la petición, la Dirección Nacional de Estupefacientes prefirió arrogarse la competencia -privativa de la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con el artículo 238 de la Carta Política y su desarrollo legal-, de suspender provisionalmente el reconocimiento de la cuota alimentaria, y comunicar tal decisión al apoderado de los señores Nasser Arana por medio de una carta (folio 49 del segundo cuaderno), en la que no se menciona el acto en el que se decidió tal suspensión, ni los recursos que procedían en contra de esa determinación.

Ahora bien: está establecido que la Dirección Nacional de Estupefacientes, por medio de varios actos, reconoció, ordenó pagar y reajustó la cuota alimentaria de los niños Nasser, hasta que ella misma decidió suspender sus propias decisiones (folios 29-53 del segundo cuaderno);

por tanto, el primero de esos actos revocados irregularmente, precisamente en el que esa entidad reconoció, tasó y ordenó pagar tal cuota con los rendimientos de las empresas de los padres de los menores, es un acto administrativo por medio del cual se les reconoció un derecho subjetivo a los alimentarios, y se definió la situación jurídica particular de los alimentantes en forma que les es claramente favorable.

Esto fue posible gracias a la interpretación que de la ley hizo la Dirección Nacional de Estupefacientes en ese momento: aunque el artículo 4 de la Ley 333 de 1996 establece que también se puede declarar la extinción de dominio sobre el producto de los bienes respecto de los cuales el Estado persigue tal declaración, esto no impide que parte de esos frutos se usen para atender los costos de la administración del cúmulo de bienes y empresas embargadas y en proceso de extinción. De acuerdo con los actos suspendidos, sin que efectivamente se declare la extinción del dominio de los particulares sobre esos bienes, sus propietarios sólo han sido privados por ministerio de la ley de su administración, mas no del derecho de atender sus obligaciones alimentarias con el producto de lo que aún les pertenece.

Pero esa Dirección revocó el reconocimiento, y adujo en este proceso que sus decisiones no son inmutables, que ellas deben adecuarse a la legislación vigente, y responder a cambios como la mengua o desaparición de los bienes. Al respecto, debe manifestar esta Sala que: 1) en el caso bajo consideración, no se produjo un cambio de legislación que sirva de base a esa entidad para afirmar que devino incompetente casi dos años después de establecidas las cuotas; 2) tampoco se disminuyeron sustancialmente los bienes bajo la administración de la Dirección demandada, ni sus rendimientos, ni colapsaron las actividades económicas a cuya explotación se dedican las empresas intervenidas; y 3) si esa Dirección incurrió en un presunto error de derecho al creerse inicialmente competente, y ahora aclara que no lo es, debió iniciar de oficio la actuación orientada a la revocatoria directa de los actos irregularmente expedidos, o demandar ante la jurisdicción contenciosa la legalidad de sus propios actos, a fin de permitir a los afectados defender sus derechos; como no lo hizo así, privó a los particulares -cuya situación subjetiva como alimentantes y alimentarios estaba resuelta favorablemente-, de la oportunidad de defensa que en su favor consagra el artículo 29 Superior, y violó el derecho fundamental de éstos al debido proceso.

C) Procedencia de la tutela como mecanismo definitivo

Esta Sala encuentra que asiste razón a la actora para demandar de la jurisdicción constitucional y no de la contencioso administrativa un pronunciamiento de fondo sobre los hechos que originaron este proceso, pues si bien frente a la protección de su derecho, la vía ordinaria desplaza a la tutela, para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los menores prima el amparo. Lo que está en juego no es sólo la supervivencia congrua de cuatro menores, sino el riesgo grave e inminente de exponerlos a una situación de peligro, por lo que es claro que en este caso está comprometido el interés general. Lograr que los derechos de los niños prevalezcan sobre los de los demás, es función ineludible del juez de tutela en situaciones como la que se examina, y está estrechamente ligada a la obligación que la Carta Política asignó a la familia, la sociedad y el Estado, *“de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”* (C.P. art. 42). Así, como la actuación de la Dirección demandada violó el derecho al debido proceso de la actora y de los menores que ella representa, debe concederse el amparo de manera definitiva, porque no hay otra forma de restablecer ese derecho fundamental y de garantizarles, al tiempo, el pleno ejercicio de sus derechos alimentarios.

5. Violación de los derechos de los menores e imputación de la misma

A) Imputación de la vulneración del derecho al debido proceso

La actuación de la Dirección Nacional de Estupefacientes que originó la presente tutela, violó el derecho al debido proceso de la representante de los niños Nasser, y vulneró igual derecho fundamental a éstos, pues ellos también conformaban la parte enfrentada a la administración. Frente a ella, el juez de tutela no puede posponer el restablecimiento de ese derecho de los niños hasta que el juez contencioso decida, porque el acto irregularmente producido por una de las autoridades demandadas privó a los menores de su sustento, cuando ellos aún cumplen con los requisitos previstos en la ley para reconocerles como titulares del derecho a alimentos congruos: la relación filial, la no indignidad, y la capacidad económica del alimentante.²

Está establecido en el expediente que la Dirección Nacional de Estupefacientes suspendió el pago de los alimentos congruos a los que tienen derecho los niños Nasser, y que además los privó de la oportunidad prevista en la ley para que se defendieran, acudiendo a suspender el reconocimiento de su cuota alimentaria en lugar de seguir el procedimiento pertinente y tramitar la revocatoria directa del acto presuntamente viciado, o demandar ante la jurisdicción contenciosa la legalidad de sus propios actos; por tanto, en la parte resolutive de esta sentencia se revocará la proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá y, en su lugar, se tutelaré el derecho al debido proceso de los niños Nasser.

B) Derechos de los niños y derecho a la igualdad

El orden justo organizado por el Constituyente de 1991, incluye el principio fundamental de que las autoridades fueron instituidas para garantizar a todos la vida y demás derechos (C.P. art. 2); de él se sigue que sólo en los casos expresa y previamente contemplados en la Constitución y la ley, podrá la autoridad competente, con observancia de las formas propias de cada procedimiento, restringir, suspender, o revocar un derecho del que se hizo titular a un particular de acuerdo con las normas vigentes (C.P. art. 58). En ese orden constitucional justo, la autoridad administrativa que ha reconocido un derecho subjetivo a un particular, sólo en casos excepcionales y distintos al que se revisa, puede revocar ese acto sin la aquiescencia escrita del titular del derecho reconocido en él, y viola los derechos fundamentales de ese administrado si omite acudir ante la jurisdicción contenciosa para obtener que se decrete la suspensión provisional de los efectos del acto presuntamente viciado, y se arroga, como lo hizo la Dirección Nacional de Estupefacientes, la competencia para hacerlo por sí y ante sí.

En consecuencia, si como se desprende del expediente, esa autoridad demandada efectivamente incurrió en tal vía de hecho, y a sabiendas expuso a cuatro menores a una situación de peligro y desamparo, tal entidad estaba en la obligación, impuesta por la Constitución y el Código del Menor, de remediar tal condición, asegurando la intervención supletiva del Estado, para que la formación y protección integrales a las que tiene derecho todo niño, no se vieran afectadas en este caso, por la persecución penal que el mismo Estado adelanta en contra de sus progenitores, pero no de ellos. Como consta que esa entidad omitió cumplir con tal deber, es claro que violó a esos menores los derechos consagrados en el artículo 44 de la Carta Política, y el derecho a la igualdad (C.P. art. 13), pues no les puso bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como era su obligación; por tanto, también éstos se tutelarán.

² Código Civil, artículos 411 y 414.

6. De las órdenes que se impartirán para restablecer los derechos vulnerados

En contraste, resulta claro para esta Sala que la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Nación actuó en este caso ateniéndose a derecho, pues se limitó a señalar que no era competente para resolver sobre lo que era y continúa siendo función de la Dirección Nacional de Estupefacientes; por tanto, es del caso declarar, atendiendo la solicitud que esa agencia fiscal planteó en su impugnación del fallo de primera instancia, que la violación de los derechos fundamentales en la que incurrió esa Dirección no le es imputable a la Unidad de Extinción de Dominio y, por tanto, ninguna orden se le dará en la parte resolutive de esta providencia.

La Dirección Nacional de Estupefacientes violó el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), los derechos de los niños (C.P. art. 44), y el derecho a la igualdad (C.P. art. 13) de los menores Nasser y, en consecuencia, procede que se le ordene tener como inaplicable para todos los efectos la suspensión del reconocimiento de su cuota alimentaria, pues fue decretada de manera irregular y sin razón legal sustantiva que la justificara; deberá entonces restablecer la cuota alimentaria reajustándola de acuerdo con el incremento de la inflación, y cancelar las mensualidades insolutas en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia. En caso de que esa Dirección considere aún que el reconocimiento de la cuota alimentaria está viciado, debe acudir ante la jurisdicción contenciosa para demandar la legalidad de su propio acto, sin violentar los derechos fundamentales de los particulares.

Como quedó establecido que esa Dirección, a más de incurrir en la vía de hecho reseñada, omitió cumplir con el deber de proteger especialmente a los menores desvalidos, y con el deber de tramitar debidamente la petición de la actora, resulta procedente ordenar que se remita copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, pues si bien no hay evidencia en el expediente de que en este caso se haya llegado a configurar la inasistencia alimentaria, sí se reemplazó el ordenamiento vigente con el criterio de un funcionario que se arrogó competencias propias del juez contencioso y del de familia, y ocasionó un perjuicio injustificado a los niños en cuyo nombre se solicitó el amparo.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá y, en su lugar, tutelar los derechos de igualdad, debido proceso y la protección de los menores Sheila María, José David, David José y Aisha María Hasbun Nasser y Julio Mario Nasser, pues fueron violados por la actuación irregular de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Segundo. **ORDENAR** a la Dirección Nacional de Estupefacientes que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a restablecer la cuota alimentaria de los hijos y sobrino de la actora, debidamente reajustada de acuerdo con el incremento anual del índice de precios al consumidor, y a cancelar las mesadas insolutas. Esta orden debe ser acatada hasta que el funcionario judicial competente resuelva si declara la extinción del dominio.

En caso de que esa Dirección considere aún que el reconocimiento de la cuota alimentaria está viciado, debe acudir ante la jurisdicción contenciosa para demandar la legalidad de su propio acto, sin violentar los derechos fundamentales de los particulares.

T-849/99

Tercero. Ordenar que, por medio de la Secretaría General, se remita copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se sirva investigar la actuación irregular que originó esta acción.

Cuarto. Prevenir a la Dirección Nacional de Estupefacientes para que se abstenga de comportamientos como los que se acaban de juzgar como constitutivos de vía de hecho, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-850

octubre 27 de 1999

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ- Nombramiento oportuno de persona que conforma la lista de elegibles/ **CONCURSO PUBLICO**- Actos y hechos administrativos que lo conforman/**CONCURSO PUBLICO**-Culminación

Reiteró la Corte en su oportunidad, que la actuación administrativa denominada concurso o proceso de selección no culmina hasta que se alcanza el objeto de la convocatoria; es decir, la persona que alcanzó el primer lugar en la puntuación es nombrada y cumple a satisfacción con el período de prueba, o no logra hacerlo y la entidad nominadora se ve precisada a nombrar en su reemplazo a quien le sigue en la lista de elegibles, hasta que la vacante quede debidamente proveída.

CONCURSO PUBLICO- Improcedencia de congelación de nombramiento por encontrarse en curso proceso de selección/ **CONCURSO PUBLICO**- Proceso de selección no termina antes de iniciarse período de prueba/ **CARRERA ADMINISTRATIVA**- Situación de quienes no encabezan la lista de elegibles/ **CARRERA ADMINISTRATIVA**- Provisión de vacantes atendiendo lista de elegibles/ **CARRERA ADMINISTRATIVA**- Alcance de la discrecionalidad del nominador

Referencia: Expediente T-239.036

Acción de tutela contra el Ministerio de Justicia y del Derecho por una presunta violación de los derechos a la igualdad, al trabajo y al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

Temas:

Carrera Administrativa.

Procedencia de la acción de tutela aún cuando existe otro mecanismo judicial de defensa Decreto 2505 de 1998 y debido proceso.

Actor: Carlos Felipe Manuel Remolina Botía

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Alvaro Tafur Galvis, y Carlos Gaviria Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Carlos Felipe Manuel Remolina Botía contra el Ministerio de Justicia y del Derecho.

ANTECEDENTES

1. Hechos

El actor, Carlos Felipe Manuel Remolina Botía participó en el proceso de selección para proveer el cargo de Profesional Universitario Código 3020 grado 06 de la Dirección General de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo del Ministerio de Justicia y del Derecho, concurso iniciado con la Convocatoria No. 102-0304 del 26 de mayo de 1998.

Mediante la Resolución No. 01049 del 9 de octubre de 1998, se conformó la correspondiente lista de elegibles, en la que los tres primeros puestos fueron asignados así: primero, Fernando Iregui Camelo; segundo, Carlos Felipe Manuel Remolina Botía, y tercero Iván Darío Guerra Mieles.

El 23 de octubre de 1998, por medio de la Resolución No. 01102, el Ministerio de Justicia y del Derecho nombró en período de prueba al abogado Fernando Iregui Camelo, pero éste no aceptó el nombramiento.

Después de esperar por algún tiempo que se le nombrara, Remolina Botía pidió al Ministerio de Justicia -19 de abril de 1999-, que le informara sobre las razones para no nombrarlo luego de la no aceptación del único elegible que lo precedía en la lista, y el 5 de mayo de 1999, esa entidad le respondió que en virtud del Decreto 2505 del 10 de diciembre de 1998, no se pueden proveer los cargos vacantes en los ministerios.

2. Solicitud de tutela

El actor y el Ministerio de Justicia concuerdan en los hechos referidos, pero difieren en cuanto a su valoración: el Ministerio aduce que actuó de manera legítima, pues se limitó a acatar la orden del Gobierno Nacional contenida en el Decreto 2505 de 1998; el actor por su parte, incoó la tutela bajo revisión, y solicitó al juez que amparara sus derechos a la igualdad, el trabajo y el desempeño de funciones y cargos públicos, porque en su opinión el citado decreto no es aplicable a su caso.

3. Sentencias objeto de revisión

A. Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

El 25 de mayo de 1999, ese Despacho otorgó la tutela solicitada por Remolina Botía, y ordenó al Ministerio de Justicia nombrarlo en el cargo para el cual concursó.

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito consideró que no era aceptable la razón aducida por el Ministerio demandado, pues el nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el concurso y su no aceptación, ocurrieron en octubre de 1998, y el Decreto 2505 fue publicado en diciembre de ese año. Añadió ese despacho que las bases de un concurso para proveer vacantes obligan a la administración, y en este caso fueron variadas después del concurso de manera unilateral, por lo que es claro que el Ministerio de Justicia y del Derecho violó los derechos fundamentales reclamados por el actor.

B. Impugnación.

A través de apoderado especial, el Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó su inconformidad con la decisión del juez *a quo*, y fundó su impugnación en tres argumentos; según esa entidad: 1. El actor quedó en segundo lugar en el concurso de méritos, y sólo quien ocupa el primer lugar adquiere el derecho a ser nombrado; 2. La posición adoptada por el Ministerio resulta avalada por un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública, según el cual, el Decreto 2505 de 1998, por medio del cual el Gobierno Nacional congeló la planta de cargos de todos los ministerios, únicamente se debe inaplicar en los procesos de selección que se encontraban en concurso cuando esa norma entró en vigencia; y como el concurso en que participó el actor ya había concluido para entonces, debe aplicársele; y 3. El actor cuenta con las acciones contenciosas para atender a la defensa de sus derechos, por lo que la tutela resulta improcedente.

C. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

El 15 de julio de 1999, la Sala Laboral de esa corporación decidió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, negar el amparo, pues consideró que el Ministerio de Justicia y del Derecho no había violado los derechos reclamados por el actor; a su juicio, sólo si la entidad demandada nombra a alguien que no figura en la lista de elegibles, resultarían vulnerados los derechos fundamentales del accionante y, en consecuencia, procedería su amparo judicial.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política; corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas adoptar la decisión respectiva, según el reglamento interno, y el auto de la Sala de Selección Número Ocho del 20 de agosto de 1999.

2. Problemas jurídicos a resolver.

Para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, se deben analizar los asuntos aducidos por el Ministerio de Justicia en la impugnación, que sirvieron de base al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá para revocar el amparo que otorgó el juez *a quo*:

En primer lugar, examinará esta Sala si la tutela resulta improcedente en este caso, pues es un mecanismo subsidiario y, según adujo el Ministerio de Justicia, el actor cuenta con las acciones contenciosas para atender a la defensa de los derechos que le pudieron haber sido conculcados.

El segundo asunto a tratar es la aseveración de la entidad demandada y del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con la cual, el Decreto 2505 de 1998, por medio del cual el Gobierno Nacional congeló la planta de cargos de todos los ministerios, únicamente se debe inaplicar en los procesos de selección que se encontraban en concurso cuando esa norma entró en vigencia, pues a partir de ella, esas entidades concluyeron: como el proceso de selección en que participó el actor ya había concluido para entonces, el decreto mencionado debe aplicarse en su caso.

En tercer lugar, se considerará la afirmación del Ministerio demandado según la cual, el candidato que ocupa el primer lugar en el concurso adquiere derecho a ser nombrado, más no

así el que -como el actor-, ocupa el segundo lugar en la lista de elegibles, quien sólo tiene una expectativa.

Finalmente, debe analizarse si, como lo consideró el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, la realización del concurso para proveer una vacante no ata al ente administrativo, pues éste válidamente podría, después de conformada la lista de elegibles, usar su facultad discrecional para no proveer la plaza cuando el primero de los nombrados no acepta la designación.

3. Procedencia de la tutela aún cuando existe otro mecanismo judicial de defensa.

Si a más de la tutela, el actor cuenta con un mecanismo judicial ordinario para la defensa de los derechos que le han sido violados, la regla general de procedencia indica que se debe rechazar el amparo, en todos los casos en los que el mecanismo alterno de defensa resulte más eficaz que la acción de tutela para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales violados o gravemente amenazados. Sin embargo, en los casos en los que la actuación de las autoridades administradoras del concurso, o de las nominadoras, vulneran los derechos de los concursantes o de los elegibles, la Corte Constitucional ha reiterado, y lo hace también en este fallo, que las acciones contencioso administrativas no inhiben la procedencia de la tutela, porque ésta permite que se evite un perjuicio irremediable a quien tenía derecho a ser nombrado e indebidamente no lo fue, y porque *“la decisión tardía del asunto, deja mientras tanto, intactas violaciones a los derechos a la igualdad y al trabajo”*; así se juzgó en un caso similar, mediante la Sentencia T-298/95:¹

“La acción de tutela es un mecanismo protector de los derechos constitucionales fundamentales, de carácter subsidiario, por lo cual su procedencia se hace depender de que no existan otros medios de defensa a los que pueda acudir el interesado. Empero, esos otros medios judiciales deben tener, por lo menos, la misma eficacia de la tutela, para la protección del derecho de que se trate. Analizadas las circunstancias del caso concreto, se concluye que tales acciones no se revelan más eficaces que la tutela, ya que, la decisión tardía del asunto, deja mientras tanto, intactas violaciones a los derechos a la igualdad y al trabajo...” (Sentencia No. T-298 de 1995). Estas apreciaciones coinciden con las vertidas por la Sala Segunda de Revisión en la Sentencia No. T-256 de 1995, conforme a las cuales mediante el ejercicio de las acciones que pueden impetrarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se obtiene ‘el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente’”

Por tanto, en casos como el presente procede la acción de tutela, así el accionante cuente con un mecanismo alterno para la defensa judicial de sus derechos.

4. El Decreto 2505 de 1998 y el derecho al debido proceso.

Por medio del Decreto 2505 de 1998, el Gobierno Nacional ordenó suspender hasta nueva orden los nombramientos en los ministerios y otras dependencias de la administración; exceptuó de tal medida, la provisión de empleos mediante nombramientos en período de prueba,

¹ Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

² “Artículo 2.- Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior, las siguientes situaciones:
(...)

5. La provisión de empleos mediante nombramientos en período de prueba, como resultado de procesos de selección que se encuentren en curso”.

como resultados de los procesos de selección que se encontraban en curso al entrar en vigencia esa medida (art. 2, numeral 5)². El Ministerio de Justicia y del Derecho, respaldado en un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública, sostiene que el concurso en que participó el actor culminó antes de entrar en vigencia ese decreto y, por tanto, debe aplicarse esa norma y mantener suspendido el nombramiento hasta nueva orden del Gobierno Nacional; en cambio, el afectado sostiene que el proceso de selección no había concluido, y “*por disposición expresa del artículo 164 del Decreto 1572 de 1998, las normas aplicables a los procesos de selección convocados antes de la entrada en vigencia de la Ley 443 de 1998, son las que regían a la fecha de dichas convocatorias*” (folio 15).

Así, debe aclararse, si el proceso de selección en el que participó el actor había o no culminado cuando se publicó la orden de congelar la planta de cargos; si en efecto el proceso de selección estaba en curso para entonces, esa norma era inaplicable al caso del actor, y esta Sala debe revocar la decisión de segunda instancia, en la que, a su vez, se revocó el amparo inicialmente otorgado, pues, la entidad demandada habría incurrido en una vía de hecho.

Para el estudio de este asunto, deben tenerse en cuenta las Sentencias C-040/95³ y C-041/95,⁴ en las cuales se consideró el artículo 4 del Decreto-ley 1222 de 1993; de la primera de ellas, se transcribe:

“El concurso ha sido instituido por la ley como un procedimiento idóneo para proveer cargos de carrera administrativa, y se conforma por una serie de actos y hechos administrativos, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba. (art. 4º Dec. 1222/93)”

Precisamente el artículo 4º del Decreto 1222 de 1993,⁵ fue la norma acusada en el proceso que terminó con la mencionada sentencia C-041/95, en la que se declaró exequible la expresión: “...*la conformación de lista de elegibles...*”; reiteró la Corte en esa oportunidad, que la actuación administrativa denominada concurso o proceso de selección no culmina hasta que se alcanza el objeto de la convocatoria; es decir, la persona que alcanzó el primer lugar en la puntuación es nombrada y cumple a satisfacción con el período de prueba, o no logra hacerlo y la entidad nominadora se ve precisada a nombrar en su reemplazo a quien le sigue en la lista de elegibles, hasta que la vacante quede debidamente proveída. Sobre el contenido del interés general en materia de concursos, y su relación con la discrecionalidad del nominador, precisó esta Corporación:

³ Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ “DECRETO NUMERO 1222 DE 1993, por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992.

El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992, y oído el concepto de los asesores designados para el efecto,

DECRETA:

(...)

ARTICULO 4º. *El proceso de selección o concurso comprende la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de lista de elegibles y el período de prueba” (subraya fuera del texto).*

“El concurso público como modalidad ordinaria de vinculación a la función pública prevista en la Constitución, especialmente predicable del ingreso y ascenso dentro de los cargos de carrera, arriesga disolverse -situados en la perspectiva del actor-, si el criterio objetivo del mérito es sustituido por el discrecional y subjetivo de la libre designación. Desde este ángulo el interés general propio del servicio público se satisface nombrando al mejor, esto es, al vencedor del concurso público. De otro lado, el derecho a la igualdad y el principio democrático, en los que se inspira en idéntica medida el sistema del concurso público, serían desconocidos si la designación no respeta el orden riguroso de mérito que arroja el concurso ya realizado”

La jurisprudencia constitucional y la norma legal permiten entonces concluir en el estudio de este punto, que para diciembre de 1998 el proceso de selección iniciado por el Ministerio de Justicia y del Derecho con la convocatoria No. 102-0304 se encontraba en curso, pues es claro que apenas estaba conformada la lista de elegibles, y el primer nombramiento había fracasado porque el primero en esa lista no aceptó la designación; por tanto, a ese concurso no le era aplicable la orden de congelar los nombramientos. De esta conclusión, se siguen efectos completamente distintos a los que extrajeron de una opuesta, ese Ministerio y el Departamento Administrativo de la Función Pública:

A. Departamento Administrativo de la Función Pública:

Su director respondió al Ministerio demandado una consulta sobre si era procedente utilizar las listas de elegibles conformadas antes de entrar en vigencia el Decreto 2505 de 1998 para proveer empleos vacantes: *“al respecto, me permito manifestarle que el Decreto 2505 de 1998, como usted lo manifiesta, exceptúa de la congelación ‘la provisión de empleos mediante nombramientos en el período de prueba, como resultados del proceso de selección que se encuentre en concurso’ en razón a que los procesos de selección que se menciona en la consulta culminaron con anterioridad a la vigencia del Decreto de congelación, para efectuar los nombramientos en período de prueba utilizando estas listas, necesita de la autorización de que trata el artículo 2, numeral 13 del Decreto 2505 de 1998, para su provisión. La solicitud de autorización deberá estar sustentada, acompañada de indicadores de gestión que señalen la necesidad de proveer los cargos”* (folio 57).

Tal concepto no es de recibo para esta Sala porque, como se concluyó, el proceso de selección no puede terminar antes de iniciarse el período de prueba, que es el último de los actos y hechos administrativos que lo conforman. Además, el Decreto-ley 1222 de 1993 establece una competencia reglada para la realización de los procesos de selección propios de la carrera administrativa, que fue reglamentada por el Decreto 2329 de 1995, y esta Sala no puede aceptar que el ejecutivo pueda cambiarla por una competencia discrecional, a cargo de autoridad diferente a la que esas normas asignan la reglada, y en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos que concursaron para ejercer cargos públicos de carrera. Se ordenará entonces en la parte resolutive de esta providencia, que ésta sea comunicada al director del Departamento Administrativo de la Función Pública, para que introduzca y promueva las enmiendas procedentes.

B. Ministerio de Justicia y del Derecho.

Tanto en el informe que ese Ministerio rindió ante la Jueza de Primera Instancia (folios 39-40), como en respuesta a una solicitud del actor (folios 9-10), esa entidad transcribió

completamente el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública al que se acaba de hacer referencia, pero en el segundo de esos documentos, anotó a continuación: “*en consecuencia, y teniendo en cuenta lo anterior, al estar en este momento las plantas de personal congeladas por el Decreto 2505 de 1998, no se han efectuado los nombramientos de acuerdo a las listas de elegibles establecidas con vigencia anterior al citado decreto*”

Al respecto, debe anotarse que en desarrollo de la convocatoria en que participó el actor, se nombró a quien ocupó el primer lugar en el concurso: Fernando Iregui Camelo, y éste manifestó su no aceptación el 23 de octubre del mismo año. Desde esa fecha, el actor pasó a ocupar el primer puesto en la lista de elegibles, y la prohibición contenida en el Decreto 2505 de 1998, sólo entró a regir a partir de su publicación, el 10 de diciembre; sin embargo, el Ministerio de Justicia y del Derecho no procedió a nombrar a Remolina Botía como debió hacerlo. En el informe que ese Ministerio presentó a la Jueza Catorce Laboral del Circuito sobre los hechos que originaron la tutela (folios 37 y ss), la entidad demandada omitió cualquier explicación referente al asunto y, sin una justificación para haber omitido su nombramiento, ha de concluir esta Sala que asiste razón al actor cuando reclama que ese Ministerio le dio trato diferente al que recibió, de la misma autoridad, quien le precedió en el primer lugar de la lista de elegibles; por tanto, resultó violado el derecho a la igualdad del accionante, y debe ser tutelado en la parte resolutive de esta providencia.

Como ya se expuso, del Decreto 2505 de 1998 no se sigue que esté prohibido al Ministerio de Justicia y del Derecho nombrar al actor, y tampoco puede extraerse tal conclusión del concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública aducido por el ente demandado; tal prohibición, no corresponde al concepto que el Ministerio demandado aduce acatar, y resulta mucho más restrictivo de los derechos fundamentales del actor. Tal concepto no concluyó -como pretende el Ministerio-, que fuera improcedente hacer el nombramiento del actor. Aún si se acepta, en gracia de discusión, que sea viable tal mutación y traspaso de la competencia reglada para administrar el concurso y decidir sobre la provisión de una vacante, lo que al Ministerio demandado hubiera correspondido hacer para no vulnerar los derechos del actor, era tramitar la solicitud de autorización para nombrarlo en período de prueba. Sin embargo, el Ministerio de Justicia y del Derecho se abstuvo de solicitar tal autorización al mencionado Departamento Administrativo, y tampoco explicó a los jueces de instancia la razón que le pudo haber asistido para omitir ese trámite extra, contemplado en el Decreto 2505 de 1998.

De esta manera, resulta que tanto si se acepta que al proceso de selección que originó esta acción se le debía aplicar el Decreto 2505 de 1998, como si no, el Ministerio de Justicia y del Derecho reemplazó el comportamiento que le exigían las normas vigentes, con una actuación arbitraria que constituye vía de hecho, y con la que efectivamente violó los derechos fundamentales que el actor reclama; por tanto, se debe revocar la sentencia de segunda instancia, en la que se privó al accionante del amparo que le había concedido el juez *a quo*.

5. Situación de quienes no encabezan la lista de elegibles.

La situación jurídica de quienes conforman la lista de elegibles pero no obtuvieron el mayor puntaje, es el tercer punto a considerar. Al respecto, debe señalarse que también son múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que abordó el asunto; de ellos, baste citar apartes de la sentencia T-719/98:⁶

⁶ Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa al definir que los mencionados principios y derechos sólo se ven satisfechos cuando con fundamento en los resultados del concurso, la provisión de los cargos se hace con observancia estricta de éstos. Es decir, siempre debe ser nombrado el ganador del concurso y, en orden descendente, quienes le sigan a éste, acorde con el número de vacantes que deban ser provistas (Sentencias C-041/95, T-046/95, T-256/95, T-325/95, T-326/95, T-389/95, T-433/95, T-455/96, T-459/96, T-475/95 T-164/96; T-170/96, SU-133/98, SU-134/98, SU-135/98, SU-136/98, T-380/98, entre otras).

...

“Así las cosas, es claro que en el caso en estudio, la Contraloría General de la República, Seccional Atlántico, estaba obligada a proveer las vacantes que se hubiesen presentado durante septiembre de 1997 y septiembre de 1998, en el nivel profesional grado 9 y 10, con las listas de elegibles contenidas en las Resoluciones 05840 y 05843 de septiembre 19 de 1997. Sin embargo, no se obró así, pues las vacantes fueron ocupadas con personas ajenas al concurso que para el efecto se realizó, desconociéndose no sólo los derechos fundamentales que tenían los integrantes de las respectivas listas, sino los principios y reglas constitucionales que rigen el acceso a los cargos públicos.

“En consecuencia, y teniendo en cuenta que las acciones de tutela de la referencia fueron interpuestas con anterioridad al vencimiento de las mencionadas listas -septiembre 19 de 1998-, se ordenará a la entidad acusada que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, disponga lo necesario para que las vacantes que se produjeron durante el período comprendido entre el 19 de septiembre de 1997 y 19 de septiembre de 1998, en el nivel profesional grado 9 y 10, sean provistas con las personas que hacían parte de las listas de elegibles para esos cargos, contenidas en las resoluciones 05840 y 05843 de 1997, respetando el orden en que éstas fueron elaboradas”

La Corte Constitucional ha reiterado entonces que el primer llamado a ocupar el cargo para el cual se convocó a concurso abierto o cerrado, es quien logró el mayor puntaje y, en consecuencia, ocupa el primer lugar en la lista de elegibles; con igual claridad ha repetido esta Corporación -en contra de lo que adujo por el Ministerio de Justicia y del Derecho-, que si esa persona no acepta el nombramiento -como ocurrió en el caso sometido a revisión-, o no alcanza a cumplir con el período de prueba, o por cualquier razón deja vacante el cargo antes de que termine la vigencia de la lista de elegibles, la persona que obtuvo el segundo puntaje, y pasa a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles después del nombramiento fallido de su predecesor, le sucede en idéntico derecho a ser nombrado en el cargo para el que concursó.

6. Carrera administrativa y discrecionalidad del nominador.

Finalmente, debe esta Sala aclarar uno de los asertos en los que se basó la sentencia de segunda instancia: la administración no sólo cuenta con una facultad discrecional para proveer las vacantes que se presenten, sino que la conserva inalterada, aún después de haber publicado la convocatoria para proveerla, aplicando las pruebas, conformado la lista de elegibles, y nombrado en forma fallida al primero de esa lista. Tal afirmación, como se pasa a exponer, es contraria a la Carta Política e ignora la doctrina constitucional.

Tal afirmación contradice lo establecido en la Carta Política vigente, pues en la Constitución de 1991 culmina una tendencia jurídico-política que estuvo presente en los acuerdos bipartidistas en los que se basó el Plebiscito de 1958, y luego fue desarrollada a nivel legal a partir del Acto legislativo de 1968: había que terminar con la práctica de hacer depender la estabilidad laboral

de los empleados públicos de su filiación partidista; el interés general reclama que el acceso al desempeño de funciones públicas y la permanencia en el cargo respondan a los méritos de las personas y no a sus lealtades personales o de partido. Así, en la Carta Política vigente no sólo se proscribió toda discriminación basada en las opiniones políticas de las personas (C.P. art. 13), sino que se estableció como regla general para el logro de ese objetivo, en lo que hace a los empleados públicos, el mecanismo de la carrera administrativa y judicial; y como excepción, que debe estar previa y expresamente consagrada en la Constitución y la ley: *“los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley”* (C.P. art. 125).

Así, en casos como el que originó la tutela que en esta oportunidad se revisa, debe acudirse al concurso para proveer la vacante, y la discrecionalidad de la administración se agota en la evaluación de si se requiere o no proveer el cargo. Esa decisión, por lo demás, tampoco es completamente discrecional, ya que sólo se debe adoptar cuando la necesidad objetiva de la prestación del servicio lo justifique; es decir, no se debe llenar la vacante sólo porque ella se produjo; es necesario que para la adecuada prestación del servicio se requiera el efectivo desempeño de ese cargo. Pero una vez establecida la objetiva necesidad de proveer la vacante, y publicada la convocatoria a concurso, las reglas vigentes atan a la entidad convocante hasta culminar la actuación administrativa, salvo cuando la convocatoria deba declararse desierta o sea anulada, casos en los que debe iniciarse de nuevo y, desde la definición de los términos en los que se va a convocar, deben introducirse los cambios legislativos que se hayan producido en el intervalo.

Si se examinan los artículos 1º y 2º del Decreto 2505 de 1998, antes citados en esta providencia, se puede ver que ellos son acordes con lo previsto en el artículo 164 transitorio del Decreto 1572 de 1998,⁷ en el que se reiteró esa fuerza obligatoria de la normatividad vigente al iniciarse el proceso de selección, tanto para la administración como para los concursantes; ese desarrollo legal del principio de la buena fe que debe presidir las relaciones entre los particulares y las autoridades (C.P. art. 83), es aplicable en el caso que se revisa, ya que la convocatoria al concurso en que participó el actor se hizo el 26 de mayo de 1998, y la Ley 443 del mismo año fue publicada en el Diario Oficial No. 43320 del 12 de junio. De esta manera, resulta establecido que la actuación del Ministerio demandado es contraria a la norma constitucional, y al mismo Decreto 2505 de 1998 que adujo como justificación.

La omisión oficial que originó esta tutela también contraría la doctrina constitucional al respecto, pues sobre el alcance de la discrecionalidad de la autoridad nominadora una vez conformada la lista de elegibles, se ha pronunciado repetidamente la Corte Constitucional; por ejemplo, en la sentencia T-071/99,⁸ se reiteró el contenido de los fallos T-719 y T-783 de 1998 en los siguientes términos:

“Por ende, si en la Contraloría se convocó para proveer vacantes en los cargos del nivel operativo grado 1, en el nivel profesional grado 9 y en el nivel ejecutivo grado 17, que se

⁷ “Art. 164 Trans.- Los procesos de selección que hayan sido convocados antes de entrar en vigencia la Ley 443 de 1998, continuarán desarrollándose hasta su culminación con sujeción a las disposiciones que regían a la fecha de las respectivas convocatorias”.

⁸ Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

*llenaron en su totalidad, y además se elaboraron unas listas de elegibles para estos niveles -Resoluciones 05606, 05853 y 05804 1997-, las vacantes que durante el año de vigencia de estas listas se hubiesen presentado en éstos, **han debido** ser provistas con las personas que integraban las pluricitadas listas. Afirmar que sólo podía hacerse uso de éstas, cuando una de las plazas ocupada por un ganador fuese dejada, es desconocer la finalidad misma del concurso público y la de la elaboración de las listas de elegibles. Concurso que implica para la administración unos costos y tiempo valioso, que no justifica que una vez realizado éste e integradas las listas de elegibles correspondientes, éstas no se tengan en cuenta ni se respeten, pues con ello se desconocen los principios que rigen la función pública, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, etc.”*

Carece entonces de fundamento legislativo y jurisprudencial la consideración del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, y no solo debe ser revocado, sino que, en su lugar, debe esta Sala tutelar los derechos fundamentales reclamados por el actor.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala Laboral-, el 15 de julio de 1999 y, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia adoptada por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá -25 de mayo de 1999-, en el que se tutelaron los derechos a la igualdad, el trabajo y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de Carlos Felipe Manuel Remolina Botía.

Segundo. Comunicar esta providencia al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, a fin de que esa dependencia no vuelva a incurrir en comportamientos contrarios a la Carta Política y la ley como los que originaron esta tutela, ni a inducir a otras dependencia en esa clase de irregularidades contrarias a los derechos fundamentales de las personas que concursan para ingresar a la carrera administrativa.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-851

octubre 28 de 1999

DERECHO A LA VIDA DIGNA DEL ENFERMO MENTAL- Deficiente apoyo familiar debido a avanzada edad de progenitores y carencia de recursos económicos / **DERECHO A LA SALUD-** Fundamental por conexidad

En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la salud como un derecho prestacional de “segunda generación”, que adquiere el carácter de fundamental, y en consecuencia objeto de protección por vía de tutela, cuando por su intermedio se afectan principios y derechos consubstanciales al ser humano como la dignidad humana, la vida, la integridad personal o la igualdad. Ello se explica, si se tiene en cuenta que la salud constituye un estado variable del orden físico y psíquico del individuo, que puede llegar a afectar gravemente tanto su normalidad orgánica funcional, como sus condiciones mínimas de existencia digna. Atendiendo a lo dicho por esta Corporación en anterior pronunciamiento, “La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.”

DERECHO A LA SALUD DEL DISMINUIDO FÍSICO Y PSÍQUICO- Procura de rehabilitación e integración social por el Estado en mayor medida cuando la familia no está en condiciones de hacerlo/ **DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO MENTAL-** Asunción de internación por el Estado ante incapacidad física y económica comprobada de los padres/ **BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA-** Internación de persona con enfermedad mental ante incapacidad física y económica comprobada de los padres/
BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA- Función pública asistencial

Referencia: Expediente T-214.388

Peticionario: José Ismael Contreras Martínez.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Penal.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Alfredo Beltrán Sierra y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-214.388, adelantado por el ciudadano José Ismael Contreras Martínez contra la Beneficencia de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional, mediante auto del 15 de Febrero de 1999, escogió para efectos de su revisión la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede entonces a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud.

El demandante, José Ismael Contreras Martínez, actuando en nombre y representación de su hijo mayor de edad, Jorge Enrique Contreras Contreras, quien sufre de trastornos mentales, solicita la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, solidaridad y salud por conexidad con la vida, presuntamente vulnerado por la Beneficencia de Cundinamarca, División de Salud Mental.

2. Hechos.

Relata el actor que su hijo Jorge Enrique Contreras Contreras, quien en la actualidad cuenta con 40 años de edad, desde su primer año de vida sufre de retardo mental severo que ha venido aumentando con el paso del tiempo.

Sostiene que en el año de 1977, su hijo fue internado por cuenta de la Beneficencia de Cundinamarca en el albergue de Sibaté, donde permaneció por espacio de año y medio, luego de lo cual fue retirado pues según la institución éste ya contaba con la mayoría de edad (21 años).

A pesar de que la institución periódicamente le ha prestado atención médica, el demandante afirma no haber logrado que su hijo sea recibido nuevamente por ésta, en cualquiera de los albergues destinados para enfermos mentales.

Considera que su avanzada edad y la de su esposa (81 y 78 años respectivamente), sumado a la agresividad desarrollada por su hijo, le impiden permanecer por más tiempo con éste. Anota que su situación económica es precaria y que en la actualidad sobreviven con la poca ayuda proporcionada por dos de sus hijas, hecho que, además, le impide proporcionarle al enfermo el tratamiento médico y clínico que requiere para controlar la enfermedad.

Finalmente, manifiesta que en octubre de 1997 se dirigió a la Beneficencia de Cundinamarca -Subgerencia de Programas Sociales-, con el propósito de enterarlos de la difícil situación por la que estaba pasando “y como respuesta obtuve que le prestaran atención psiquiátrica ambulatoria, siguiendo sin solución lo relacionado con el cupo, a pesar de que reconocen la magnitud del problema, pues no tenemos calidad de vida, escasamente vida.”

3. Pretensiones.

Con fundamento en los hechos relacionados, el actor solicita que se le ordene a la Beneficencia de Cundinamarca -División de Salud Mental- disponer de un cupo en uno de sus

albergues para internar a su hijo Jorge Enrique Contreras Contreras, y proporcionarle a éste el tratamiento que requiere en aras de lograr su recuperación.

II. ACTUACION JUDICIAL

Unica instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante providencia del 15 de marzo de 1999, denegó el amparo de tutela solicitado por considerar que la reclusión del hijo del actor por cuenta de la Beneficencia de Cundinamarca, debe estar precedida de una minuciosa valoración psiquiátrica y psicológica que determine su real estado de salud, evento en el cual también es necesario escatimar en las disponibilidades de la institución para atender a todas las personas que, en similares condiciones o incluso más graves, requieran de su atención.

También anoto el fallador de única instancia que:

“Se trata en realidad de una situación problemática en la que cabe buscar el auxilio de diversas dependencias públicas que puedan colaborar, insular o coordinadamente en una solución que redunde satisfactoriamente para los padres del enfermo, tales como, aparte de la Beneficencia, los servicios de asistencia del Distrito Capital y del Instituto de Bienestar Familiar; en que la jurisdicción de familia también puede ser requerida para que ofrezca una protección adecuada frente al peligro que para los ancianos padres representan los episodios de exacerbación psicótica de Jorge Enrique, y en que las autoridades de Policía eventualmente, en caso de comportamiento de él que obligue a la intervención de ellas, pueden disponer la medida de internamiento que resulte necesaria.”

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo preceptuado en los artículos 86 y 241-9º de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. Lo que se debate

Invocando la presunta violación de los derechos a la vida y a la salud de su hijo Jorge Enrique Contreras Contreras, el actor acude a la acción de amparo para que el juez constitucional ordene a la Beneficencia de Cundinamarca la internación del primero en uno de sus albergues y, al mismo tiempo, le proporcione la atención médica y psiquiátrica que necesita. La entidad accionada, en respuesta al petitorio indicado, se limitó a manifestarle al juez de única instancia la necesidad de practicar una evaluación completa al paciente para efectos de *“determinar la pertinencia del manejo institucional permanente o de su manejo ambulatorio como ha sido hasta la fecha.”* (folio 26)

En consecuencia, lo que corresponde a la Sala es determinar si, en realidad, la condición física y mental del señor Jorge Enrique Contreras Contreras exige su internación en una clínica psiquiátrica, y si la familia de éste se encuentra en condiciones de garantizarle la atención que requiere.

2.1. Análisis probatorio.

Para efectos de dilucidar el asunto en cuestión, resulta relevante referirse a las pruebas que aparecen en el plenario y aquellas que, para mejor proveer, fueron ordenadas por esta Sala de Revisión.

A) A folio 4 del expediente, aparece certificación suscrita el 19 de febrero de 1999 por el Jefe de Estadística de la Unidad de Valoración y Observación de la Beneficencia de Cundinamarca, donde hace constar lo siguiente:

- Que el señor Jorge Enrique Contreras Contreras asiste a dicha institución “desde el año de 1967” y que se le abrió la historia clínica N° 02619.

- Que el 29 de noviembre de 1977, dicho señor fue internado en el albergue la Colonia de Sibaté, donde permaneció hasta el 23 de marzo de 1979.

- Que el paciente asiste regularmente a control médico y que el último tuvo lugar el 14 de diciembre de 1998.

B) A folio 6, está el oficio N° 1900 del 15 de octubre de 1997, firmado por el Subgerente de la Beneficencia, donde informa al señor José Ismael Contreras Contreras, la imposibilidad de internación de su hijo Jorge Enrique por falta de recursos humanos y cupos disponibles en los albergues de salud mental de la entidad.

C) A folio 8, se encuentra la comunicación fechada el 22 de septiembre de 1997, suscrita por la Junta de Acción Comunal de la “Urbanización Lagos de Suba” y dirigida al asistente social de la zona 11 de Suba, en la que, destacando la precaria situación económica de la familia Contreras, solicitan su colaboración para lograr la internación psiquiátrica de Jorge Enrique Contreras Contreras.

D) A folio 9, aparece el certificado de bautismo de Jorge Enrique Contreras donde se deja constancia que él mismo nació el “veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho” y que sus padres son José Ismael Contreras y Rosa Elena Contreras.

E) En los folios 26 a 44, se encuentra fotocopia de la historia clínica N° 02619, de la que se puede extraer que el paciente Jorge Enrique Contreras sufre de “*Epilepsia TCG de difícil manejo...*” y “*T. Psicótico asociado...*”.

F) A folio 45, está el oficio 19419-A suscrito por la Comisaria 11 de Familia de Santa Fe de Bogotá, donde informa al Tribunal que el 4 de marzo de los corrientes, el señor Jorge Enrique Contreras fue atendido en esa dependencia y remitido por una de sus trabajadoras sociales a la Beneficencia de Cundinamarca para que fuera internado en uno de sus albergues, aduciendo la necesidad de un tratamiento adecuado y destacando los bajos recursos económicos con que cuenta la familia.

Igualmente, por autos del 11 de agosto, 8 de septiembre y 13 de octubre de 1999, esta Sala de Revisión le ordenó a la Beneficencia de Cundinamarca “*Someter al paciente Jorge Enrique Contreras Contreras a una valoración integral por parte del grupo de profesionales de la institución, con el fin de determinar sus condiciones físicas, mental y sociológica, la clase de tratamiento que requiere y el manejo que debe dársele*”.

Mediante oficio del 15 de octubre del presente año, el Subgerente de Desarrollo Social de la mencionada entidad remitió a esta Sala de Revisión el resumen de la valoración integral practicada al paciente Jorge Enrique Contreras Contreras, en la que se destaca lo siguiente:

“**Valoración psicológica:** Soltero, sin escolaridad. Viene acompañado de su padre de 81 años. Vive con los padres de precario estado de salud y dos hermanas casadas. Es el 5° de siete hermanos, el paciente presenta DX: Retardo mental y sufre de ataques de epilepsia desde el año

de edad, al año sufrió fuerte golpe en la cabeza. El padre refiere que el paciente se autoagrede y que es agresivo con él, especialmente en los cambios de luna. Necesita supervisión constante, por lo cual él no puede trabajar, depende económicamente de los hijos. El paciente nunca ha trabajado. Estuvo interno en un ancianato pero perdió el cupo, el paciente atiende órdenes sencillas y posee conductas de autocuidado”.

“...”

“Valoración psiquiátrica: Paciente con antecedentes de retardo del desarrollo psicomotor, no tuvo educación formal por incapacidad para aprender. Tiene convulsiones tónico - clónicas, generalizadas de difícil control desde los 10 años de edad, de frecuencia diaria, hasta 4 convulsiones al día. Ha recibido tratamientos con múltiples anticonvulsivos, con pobre respuesta en parte debido a administración irregular por razones económicas. Tiene episodios de agresividad física e impulsividad que han puesto en peligro la vida de sus familiares. En el último control le formularon Neuleptil para la agresividad pero no las está tomando, según el papá por falta de plata. **Ex. Mental:** con deterioro cognoscitivo global, afecto plano, inquieto, con estereotipias, sin riesgo inminente de agresividad. **Plan:** Por el riesgo crónico de heteroagresión y las condiciones socioeconómicas familiares que no permiten garantizar un tratamiento estable, se recomienda ubicación en institución para pacientes crónicos, donde siga recibiendo manejo por neurología y psiquiatría.”

“Valoración social: Paciente que llega acompañado de su padre perteneciente a una familia nuclear activa, padres de avanzada edad. Padre de 81 años, padece artritis, madre de 78 años. El paciente 5º de 7 hermanos, todos independizados. El paciente no ha conformado núcleo familiar, sin hijos. El paciente tiene un DX retardo mental y sufre de ataques de epilepsia desde su primer año de vida, según recibió a esa edad un golpe muy fuerte en la cabeza, fue atendido en el Hospital San Rafael. El paciente se autoagrede por lo cual requiere supervisión constante, es agresivo con su padre con los cambios en la luna. Independiente en ABC, tolera órdenes, lenguaje pobre e incoherente, no realiza ninguna actividad productiva. Hace 15 años estuvo interno en un ancianato de Sibaté con una estancia de 1 año.”

“Valoración Ocupacional: Paciente semifuncional en desempeño ocupacional, puesto que nunca ha laborado y en ocasiones obedece y realiza órdenes sencillas como barrer, lavar losa, continuamente agrede a su padre. En cuanto a comportamiento ocupacional presenta déficit en habilidades preceptiva motoras de manejo de objetos y de procesamiento y elaboración. El usuario nunca ha recibido tratamiento en centro de educación. Actualmente vive con el padre quien manifiesta problemas económicos y difícil manejo del paciente. Es independiente en autocuidado. Aunque se observa un poco alterado. Por su condición económica, mental y ocupacional, considero amerita asistencia, tratamiento y rehabilitación en institución psiquiátrica para favorecer sus procesos ocupacionales.

En cuanto a la impresión diagnóstica y el tratamiento que debe seguirse a Jorge Enrique Contreras Contreras, la evaluación médica concluyó:

- “Impresión diagnóstica:** 1. Retardo mental
2. Epilepsia no controlada
3. Semifuncional – Semidependiente
4. Pobre red de apoyo familiar.”

“Plan a seguir:

“Se sugiere ofrecer cupo en el centro masculino especial la Colonia.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De conformidad con las pruebas citadas y con la valoración ordenada por esta Sala de Revisión, se tiene que el señor Jorge Enrique Contreras Contreras padece retardo mental y epilepsia no controlada, enfermedades que a través del tiempo se han venido agravando con inminente peligro para su vida e integridad personal. Es evidente –y así se desprende del material probatorio citado–, que las condiciones sociales y familiares que rodean al enfermo no son óptimas y hacen prácticamente imposible su recuperación y rehabilitación, razón por la cual el cuerpo médico que practicó la evaluación sugiere, como plan de tratamiento, su **“internación en el centro masculino especial la Colonia”**, lugar que se encuentra a cargo de la propia beneficencia y en el que, cabe destacar, ya estuvo recluido Jorge Enrique, entre el 29 de noviembre de 1977 y el 23 de marzo de 1979.

Ciertamente, las distintas evaluaciones: psicológica, psiquiátrica, social y ocupacional practicadas a Jorge Enrique y las demás piezas probatorias aportadas al plenario, luego de certificar su estado de salud, coinciden en destacar el deficiente apoyo familiar que actualmente recibe en el tratamiento de su enfermedad, hecho que se atribuye, fundamentalmente, a la carencia de recursos económicos y a la imposibilidad física de sus progenitores para manejar al paciente pues su avanzada edad (padre de 81 años y madre de 78), y las enfermedades y achaques que los aquejan, descartan de plano cualquier imputación que se les pueda hacer acerca de la atención y el cuidado que su hijo demanda, en mayor medida, si el tratamiento que requiere exige ahora la internación inmediata en un centro psiquiátrico.

Así las cosas, puede inferirse, en oposición a lo sostenido por el tribunal de instancia, que el derecho a la salud de Jorge Enrique Contreras Contreras, sí se encuentra seriamente afectado, en cuanto éste no recibe el tratamiento que médica y clínicamente requiere para su recuperación y rehabilitación, sin que su familia, inicialmente comprometida en el control y tratamiento de la enfermedad, tenga la posibilidad de brindarle la ayuda adecuada para garantizar su vida en condiciones dignas.

2.2. Cuándo la salud reviste carácter de derecho fundamental tutelable.

En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la salud como un derecho prestacional de “segunda generación”, que adquiere el carácter de fundamental, y en consecuencia objeto de protección por vía de tutela, cuando por su intermedio se afectan principios y derechos consubstanciales al ser humano como la dignidad humana, la vida, la integridad personal o la igualdad.

Ello se explica, si se tiene en cuenta que la salud constituye un estado variable del orden físico y psíquico del individuo, que puede llegar a afectar gravemente tanto su normalidad orgánica funcional, como sus condiciones mínimas de existencia digna. Atendiendo a lo dicho por esta Corporación en anterior pronunciamiento, “La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.”¹

¹ Ver Sentencia T-067/94, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Esta connotación especial reconocida al derecho a la salud, derivada de su vinculación directa con el **bienestar del ser humano**, adquiere mayor relevancia entratándose de disminuidos físicos y psíquicos, pues frente a éstos, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran, el Estado adquiere un compromiso irrenunciable de servicio que lo obliga a procurar por su rehabilitación e integración social, en mayor medida, cuando la familia no se encuentra en condiciones de hacerlo.

En efecto, según lo preceptuado en los artículos 13 y 47 del ordenamiento Superior, al Estado le corresponde proteger especialmente a aquellas personas que por su situación económica, física o mental están en inferioridad de condiciones frente al común de los ciudadanos, facilitándoles la atención especializada que requieran con el fin de asegurarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. A este respecto, la Corte ha sostenido:

“No sobra advertir que una de las finalidades del Estado es el del servicio a la comunidad y la de garantizar la efectividad de los principios entre los cuales se encuentra básicamente el respeto a la dignidad humana y la obligación del Estado de proteger la vida de las personas residentes en Colombia pero con mayor razón aquellos que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13 C.P.)” (Sentencia T-046/97, M.P. Hernando Herrera Vergara).

Recientemente, la Corporación reiteró:

“...es importante recordar que nuestro Estado Social de Derecho, -y en consecuencia las instituciones e instancias que lo componen -, debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y se adopten medidas en favor de las personas marginadas. En ese sentido, es claro que el Estado tiene una obligación irrenunciable de favorecer especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como lo consagra el artículo 13 de la Constitución, y propender por su integración social, mas aún cuando el reconocimiento de la dignidad humana se refuerza y se integra al garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de las personas. (Sentencia T-762/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

2.3. El caso concreto.

Haciendo eco de la jurisprudencia antes citada, resulta de importancia destacar que el concepto de Estado Social de Derecho, introducido en nuestro constitucionalismo en la Carta de 1991, responde a esa necesidad, cada vez más sentida, de incorporar y hacer efectivos, dentro del ordenamiento jurídico político de los Estados, los principios del respeto a la dignidad humana y a la solidaridad social, cuyo objetivo no es otro que el de garantizar y proveer las condiciones mínimas de subsistencia de las personas, máxime si éstas se encuentran desvalidas y en condiciones de debilidad manifiesta. Por ello, si en el caso bajo examen, Jorge Enrique Contreras Contreras necesita de un tratamiento de internación para controlar la enfermedad mental que lo aqueja, el cual no puede ser asumido por su familia ante la incapacidad física y económica comprobada de sus padres, es justo que el Estado, a través de los organismos y entidades públicas destinados para tal efecto, como lo es la Beneficencia de Cundinamarca, se obligue a facilitar la solución al problema social y de salud que éste padece.

Precisamente, en lo que toca con la función pública asistencial que le corresponde cumplir a la Beneficencia de Cundinamarca, ya esta Corporación había tenido oportunidad de señalar que:

“En el caso de la Beneficencia de Cundinamarca, esta entidad nació durante la vigencia de la Constitución de Rionegro y desde ese entonces se caracteriza por prestar servicio asistencial a las personas menesterosas³ En el año de 1918 se concretó su función asistencial con la colonia de mendigos que años más tarde se ubicó en la localidad de Sibaté y allí se destinaron unos pabellones para atender a infantes y adolescentes. **Aunque la palabra sea “beneficencia”, en realidad se trata de una obligación del Estado, superándose el calificativo de gracia o merced y ubicándose la prestación del servicio dentro del terreno de las obligaciones sociales. Esto es tan importante que la Sala considera que la legitimidad del estado social de derecho radica en su capacidad para resolver los problemas y conflictos sociales desde la perspectiva de la justicia social, inspirada en la dignidad humana.**” (Sentencia T-049/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero). (Negrillas fuera de texto).

Aun cuando la Sala entiende que la Beneficencia de Cundinamarca, amparada en razones presupuestales y de disponibilidad de cupos, no está obligada a recibir e institucionalizar a todos los enfermos que le sean remitidos, lo cierto es que frente al caso concreto, se genera para Jorge Enrique Contreras un derecho de atención por parte de la entidad accionada, derivado de su actual estado de indefensión física y social, sumado al hecho de que su enfermedad ha venido siendo atendida por la institución desde el año de 1967 y de que los médicos de la misma, en la valoración ordenada por esta Sala de Revisión, han sugerido la internación en uno de sus albergues –la Colina de Sibaté– donde, como se dijo, ya había estado recluido el enfermo por espacio de año y medio –entre noviembre de 1977 y marzo de 1979–.

Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión procederá a revocará el fallo de única instancia dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que negó la tutela impetrada y, en su lugar, amparará los derechos a la vida y a la salud de Jorge Enrique Contreras Contreras, ordenando a la Beneficencia de Cundinamarca que, a partir de la valoración integral practicada por sus galenos a solicitud de esta Sala de Revisión, proceda a adelantar los trámites de ingreso de Jorge Enrique, dentro de la posibilidad razonable de cupos existentes, pero dando prioridad al presente caso, por tratarse de una persona que se encuentra en las circunstancias de debilidad manifiesta a que se refiere el Artículo 13 de la Carta Político, en concordancia con el artículo 47 del mismo ordenamiento.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999), que negó el amparo de tutela formulado por José Ismael Contreras Martínez, en representación de su hijo Jorge Enrique Contreras Contreras en contra de la Beneficencia de Cundinamarca y, en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida y a la salud de Jorge Enrique Contreras Contreras, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

³ En 1869 la Asamblea Legislativa de Cundinamarca reglamentó la dirección de los establecimientos de beneficencia y caridad que funcionaban con base en el lazareto. En 1974 se reorganizó la Beneficencia de Cundinamarca como establecimiento público departamental. En 1986 se modificaron sus estatutos.

Segundo. **ORDENAR** a la Beneficencia de Cundinamarca que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, y a partir de la valoración integral practicada por sus galenos a solicitud de esta Sala de Revisión, proceda a adelantar los trámites de ingreso de Jorge Enrique Contreras Contreras al centro masculino especial “la Colina” o, en su defecto, a otro centro a su cargo destinado para la atención de enfermos mentales, dentro de la posibilidad razonable de cupos existentes pero dando prioridad al presente caso, por tratarse de una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. La Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, tendrá a su cargo la vigilancia del cumplimiento de la presente Sentencia, en los términos indicados anteriormente.

Tercero. **LIBRENSE** por Secretaría General las Comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-852

octubre 28 de 1999

DERECHO DE PETICION- Pronta resolución y decisión de fondo/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**- Notificación de razón para la suspensión del pago de pensión/**PENSION DE SOBREVIVIENTES**- Hijo mayor de 18 años que se encuentra estudiando/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**- Suspensión de pensión debe efectuarse por acto administrativo expedido por funcionario competente y con resolución de fondo/**PENSION DE SOBREVIVIENTES**- Suspensión/**DERECHO A LA EDUCACION**- Suspensión de pensión por llegar hijo a los 18 años/**ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DEL DERECHO A LA EDUCACION**- Continuación pago de pensión a hijo mayor de edad por estudios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-229580. Acción de tutela instaurada por Carmen Elena Tovar Sánchez contra el Seguro Social.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado 7 Penal Municipal de Manizales, dentro de la acción de tutela instaurada por Carmen Elena Tovar Sánchez contra el Seguro Social.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

La demandante gozaba de una pensión de sobrevivientes reconocida por el Seguro Social por resolución 00911 del 20 de abril de 1988, en virtud de la muerte de su padre, sucedida mientras era beneficiario de una pensión de vejez, también otorgada por la institución demandada. Mensualmente se le venía pagando dicha pensión hasta que, en el mes de mayo de 1998 y con el argumento de que cumplió la mayoría de edad, fue retirada automáticamente de la nómina y le fue suspendido el pago de la pensión, no obstante que, dice la peticionaria, se encontraba estudiando el bachillerato.

La demandante considera violados sus derechos constitucionales de petición y a la educación porque la solicitud elevada el pasado 20 de abril, donde pidió la reanudación del pago de la pensión, no le ha sido resuelta y porque “*es el único medio que tengo para educarme y mi madre no tiene recursos para costiarne (sic) el estudio y yo tampoco he podido trabajar para ello*”, pues el horario de clases se extiende desde las siete de la mañana hasta las tres de la tarde, de lunes a viernes.

2. Sentencia objeto de revisión.

El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Manizales rechazó por improcedente el amparo solicitado, con el argumento de que la demandante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para los derechos invocados.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2. El asunto.

Reiterar la jurisprudencia constitucional existente en relación con el derecho de petición y establecer si, con la suspensión del pago de la pensión de sobrevivientes, a la demandante se le vulneró su derecho constitucional a la educación. Además, establecer si, en caso de existir violación de los derechos invocados, los otros mecanismos de defensa judicial a que se refirió el *a quo* son los suficientemente eficaces para desplazar a la acción de tutela.

De conformidad con el desarrollo que esta Corporación ha dado al derecho establecido por el Constituyente en el artículo 23 de la Carta, toda persona puede hacer solicitudes respetuosas a las autoridades de la República o a organizaciones particulares en los casos especificados por el legislador, cuando lo haga, y tiene el derecho a obtener una respuesta oportuna y material, es decir, una resolución pronta y de fondo al asunto planteado¹.

En el presente caso, a folio 4 del expediente aparece una copia simple de la solicitud elevada por la peticionaria ante el Seguro Social, recibida en esa entidad el 20 de abril de 1999, pero no una respuesta a las inquietudes allí planteadas. En su defensa, el Seguro dijo que existía un proyecto de oficio que responde la petición de la demandante y aportó tal documento al expediente también en fotocopia simple, insinuando haber cumplido con ello la obligación constitucional descrita y anotando, además, que como la suspensión de la pensión de la peticionaria procedía *ipso iure* al cumplir la mayoría de edad, no había necesidad de informarle nada al respecto, ni notificarle decisión alguna.

La Sala no comparte los argumentos esgrimidos en su defensa por el Seguro Social, pues la solicitud de la demandante debía responderse dentro de los términos de ley, fuera o no procedente lo que ella perseguía y, en realidad, la fotocopia del documento anexada a su contestación al requerimiento hecho por el juez de instancia, según la jurisprudencia de esta Corporación², no constituye una respuesta idónea a la peticionaria, pues, para ser tal, debe tratarse de un acto administrativo expedido por funcionario competente y debidamente notificado en los términos del Código Contencioso Administrativo³.

Tampoco comparte esta Sala de Revisión el criterio de la entidad demandada, según el cual a la peticionaria no era necesario informarle nada en relación con la suspensión del pago de la

¹ Cfr. Sentencias T-070, 236, 241, 265 y 287 de 1999.

² Cfr. Sentencia T-388 de 1997.

³ Cfr. entre otras, la Sentencia T-365 de 1997.

pensión. Por el contrario y teniendo en cuenta que se le iba a afectar un derecho, lo menos que debió hacer el Seguro Social fue notificarle la razón por la cual se le suspendía el pago de la pensión y más si se advierte que, en el momento de adquirir el derecho, la demandante contaba con tan solo 8 años de edad, momento en el cual no podía entender ni estaba obligada jurídicamente a entender en qué términos se le otorgaba la pensión. Sobre este punto, las respuestas verbales que recibió de los funcionarios de la entidad dedicados a atender público no son suficientes y, por este solo hecho, la Sala considera que fue vulnerado su derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo.

En cuanto al derecho a la educación de la demandante, cuya continuidad depende por entero, según ella, del pago de la pensión que ya no recibe, la Sala encuentra que existe un conflicto de normas en el tiempo, de cuya resolución también depende si la demandante tiene derecho a continuar percibiendo la pensión o no. Son ellas: el artículo 22 del acuerdo 224 de 1966 (aprobado por el decreto 3041 del mismo año), vigente a la fecha de reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la peticionaria y que dice:

“Cada uno de los hijos, legítimos o naturales reconocidos conforme a la ley, del asegurado o pensionado fallecido, que sean menores de 16 años o de cualquier edad si son inválidos, que dependan económicamente del causante, tendrán iguales derechos a la pensión de orfandad. El instituto extenderá su goce hasta que el beneficiario cumpla los 18 años de edad cuando compruebe estar asistiendo regular y satisfactoriamente a un establecimiento educativo o de formación profesional reconocido oficialmente, y demuestre que carece de otros medios de subsistencia”.

Y el literal b) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, vigente a la fecha de suspensión de la pensión de sobreviviente, según el cual son beneficiarios de tal prestación:

“Los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez”.

Entonces, no es un conflicto que pudiera resolverse con la sola suspensión del pago, sino que la administración debía tomar una determinación al respecto, pues no es del todo claro, *ipso iure* como lo pretende el Seguro Social, que la demandante ningún derecho tenga a continuar recibiendo la pensión cuyo pago fue suspendido. Según lo expuesto en precedencia, esta determinación debe adoptarse por medio de acto administrativo suscrito por funcionario competente y que resuelva de manera material, es decir, suficiente, el problema de la peticionaria, teniendo en cuenta que ella demostró que se encuentra estudiando y que esta actividad le impide trabajar⁴.

Ahora bien, la respuesta a la petición de la demandante y la vía gubernativa que ella genere no son mecanismos judiciales de defensa para su derecho a la educación, tal y como lo exige el artículo 86 de la Constitución Política para que la acción de tutela sea desplazada, y como es evidente el perjuicio irremediable al que se ha expuesto a la demandante desde que se le suspendió el pago de la pensión y al que seguiría expuesta en caso de que la respuesta a su

⁴ Certificación de estudios obra a folio 5 del expediente, emitida por el colegio filipense Nuestra Señora de Lourdes.

solicitud sea negativa, cual es la imposibilidad de continuar sus estudios ahora que está en edad de hacerlo, se tutelaré su derecho constitucional a la educación como mecanismo transitorio, pues su protección definitiva corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando ejerza control de legalidad sobre el acto que resuelva sobre si la peticionaria debe o no continuar recibiendo la pensión de sobreviviente que su padre le dejó al morir.

Los derechos de petición y al debido proceso administrativo, en cambio, serán tutelados de manera definitiva, en vista de que su protección se agota con la orden dirigida al Seguro Social para que, en el término que se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, emita un acto administrativo que resuelva de fondo la solicitud elevada por la demandante el 20 de abril de 1999; pero como la protección del derecho a la educación se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se extenderá hasta cuando la jurisdicción competente se pronuncie sobre la legalidad de dicho acto administrativo, en caso de ser contrario a las pretensiones de la demandante, siempre y cuando ésta inicie la acción correspondiente dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del mismo porque, de lo contrario, cesarán en dicho término. Esa protección consistirá en que el Seguro Social, dentro del término que se le señalará en la parte resolutive, deberá incluir nuevamente en nómina a la demandante y continuará pagándole la pensión de sobreviviente que venía percibiendo hasta el mes de mayo de 1998, mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncia sobre la legalidad del acto administrativo que expida en cumplimiento de la orden descrita en precedencia.

III.DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia expedida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Manizales el 2 de junio de 1999 y, en su lugar, tutelar los derechos constitucionales fundamentales de petición y al debido proceso administrativo que le asisten a Carmen Elena Tovar Sánchez. Así mismo, pero como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tutelar su derecho constitucional a la educación.

Segundo. **ORDENAR** al Seguro Social que incluya nuevamente en nómina a la demandante y continúe pagándole su pensión de sobreviviente en el término de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia. Además que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha notificación, emita un acto administrativo que resuelva de fondo la solicitud de la demandante sobre si tiene o no derecho a continuar percibiendo la prestación económica mencionada.

Tercero. La primera orden emitida en el numeral anterior se extiende hasta cuando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tome una determinación definitiva sobre la legalidad del acto que expida el Seguro Social en cumplimiento de la segunda orden dada en el mismo numeral, siempre y cuando la demandante inicie la acción correspondiente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto, ya que, de lo contrario, aquélla se extinguirá en este término.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

T-852/99

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-853
octubre 28 de 1999

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS- Suministro de tratamientos sin cumplir período mínimo de cotización en persona de escasos recursos/ **INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-** Suministro de tratamientos de alto costo sin cumplir período mínimo de cotización/ **SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-** Repetición de EPS por sobrecostos/ **DERECHO A LA VIDA-** Intervención quirúrgica por EPS sin cumplir período mínimo de cotización

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-229862

Acción de tutela instaurada por Mamerto García Arias contra el ISS, seccional Barranquilla.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla dentro de la acción de tutela promovida por Mamerto García Arias, contra el ISS, Seccional Atlántico.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Mamerto García Arias, está vinculado al ISS Seccional Atlántico, en calidad de beneficiario de su esposa. Cuenta la demanda, que estuvo hospitalizado en la Clínica de los Andes o unidad programática institucional, UPI, por enfermedad coronaria, arterosclerótica severa. En una sesión médico- quirúrgica, se estableció la necesidad de una cirugía de revascularización coronaria, la cual es de carácter inminente, y el ISS se niega a practicarla aduciendo que como no cumple con las 100 semanas requeridas por el Decreto 806 para este tipo de tratamientos, y tampoco puede sufragar el porcentaje de cotización por el tiempo que le hace falta, debe ser atendido, de conformidad con el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, por las instituciones

públicas prestadoras de servicios de salud. Solicita que el Seguro le practique la operación, porque su estado de salud es grave, con alto riesgo de morir. Considera vulnerados sus derechos a la salud, vida y seguridad social.

2. Decisión que se revisa.

La sentencia revisada niega la acción interpuesta por el señor García Arias, al considerar legítimo y ajustado a la ley, el proceder de la entidad demandada.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Reiteración de jurisprudencia. Inaplicación del artículo 61 del Decreto 806 de 1998.

En providencia T-691 del 19 de noviembre de 1998¹, la Sala Segunda de Revisión de esta Corte consideró el caso de una persona que, debiendo en principio asumir los costos de una enfermedad catastrófica por carecer del número de semanas exigido, logró probar que no contaba con un ingreso económico suficiente para tal efecto y que le era imposible obtener la protección por un plan complementario. La Corte decidió inaplicar por inconstitucional, para el caso concreto, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, que dice:

“Artículo 61. Períodos mínimos de cotización. Los períodos mínimos de cotización al sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 1. Un máximo de cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el plan obligatorio de salud. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.

Grupo 2. Un máximo de cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el manual de actividades, intervenciones y procedimientos, Mapipos, como del grupo ocho (8) o superiores. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagados en el último año.

Parágrafo. Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.

Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá 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. Estas instituciones cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes”.

En consecuencia, se ordenó en dicha ocasión, a la E.P.S. demandada que atendiera al paciente, de acuerdo con lo prescrito por el médico a cargo de su caso, sin exigirle el pago de porcentaje alguno en relación con el costo del tratamiento, el cual debería ser llevado a cabo y asumido económicamente en su totalidad por la E.P.S. Además agregó que ésta podría repetir por el costo del aludido tratamiento, en contra de la Subcuenta de Enfermedades Catastróficas o Ruinosas del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹ Reiterada entre otras en la T-469 de 1999 y T-756 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

En el presente caso, la Corte estima que se configuran los elementos necesarios para que, en los mismos términos descritos, se conceda el amparo constitucional: está probado que el señor Mamerto García padece una enfermedad coronaria que lo mantiene hospitalizado, y es de innegable gravedad, lo que, siguiendo la jurisprudencia, obliga al Seguro Social a brindarle de manera inmediata la atención que requiere y a prodigarle los tratamientos indispensables, en guarda de su derecho a la vida.

III. DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, en consecuencia, **CONCEDER** la protección de los derechos a la salud y a la vida del señor Mamerto García Arias.

Segundo. **INAPLICAR** por inconstitucional, para el caso concreto, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, **ORDENAR** al Seguro Social, Seccional Atlántico, que en forma inmediata practique al señor Mamerto García las intervenciones quirúrgicas necesarias y le prodigue los tratamientos indispensables, a juicio de los médicos de la institución, sin condicionar en modo alguno la prestación de tales servicios al pago de dinero.

Tercero. El Seguro Social podrá repetir lo que desembolse por concepto de este Fallo, en contra de la Subcuenta de Enfermedades Catastróficas o Ruinosas del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Cuarto. Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-854
octubre 28 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales/**DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO**- Pago de mesadas pensionales atrasadas/
MUNICIPIO- Pago de mesadas pensionales atrasadas

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-230028 y T-230030.

Acción de tutela instaurada por Leonardo Marín, Antonio José Rivera Pasos, Jesús Emilio Martínez, Eudaldo Jiménez, Juan Gabriel Barrera y otros, contra la Administración Municipal de Zaragoza, Antioquia.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Alvaro Tafur Galvis y Carlos Gaviria Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Promiscuo Municipal de Zaragoza y Juzgado Promiscuo del Circuito El Bagre Antioquia, dentro de la acción de tutela instaurada por Leonardo Marín, Antonio José Rivera Pasos, Jesús Emilio Martínez, Eudaldo Jiménez, Juan Gabriel Barrera y otros, contra la Administración Municipal de Zaragoza Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

En calidad de pensionados del Municipio de Zaragoza, los accionantes, Leonardo Marín, Antonio José Rivera Pasos, Jesús Emilio Martínez, Eudaldo Jiménez y Juan Gabriel Barrera, manifiestan que la administración municipal les adeuda las mesadas comprendidas entre los meses de diciembre - noviembre de 1997, mesadas de los meses comprendidos entre octubre y diciembre de 1998 y dos meses del año de 1999, cuyo pago ha sido requerido ante la administración municipal, quien ha hecho caso omiso de tal requerimiento y por ello interponen la acción de tutela, en cuanto estiman que el no pago cumplido de sus mesadas pensionales lesiona los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la igualdad.

2. Sentencias objeto de revisión.

Mediante sentencias del 12 y 18 de mayo de 1999, el Juzgado Promiscuo Municipal de Zaragoza deniega por improcedente la acción interpuesta por los accionantes, al considerar que el no pago de mesadas pensionales de vigencias pasadas como las que reclaman los actores, no lesiona el mínimo vital ni el derecho a la subsistencia, ya que la omisión no causa en este momento perjuicio irremediable. Además, los actores cuentan con otro medio de defensa judicial para hacer exigible los recursos que por este concepto les adeuda la administración municipal.

El Juzgado Promiscuo del Circuito del Bagre Antioquia mediante sentencias del 8 y 10 de junio del año en curso, conoce de la impugnación del anterior fallo y confirma en toda su providencia la decisión del *a quo* al considerar que no se evidencia un daño irreparable que amerite la urgencia de la tutela, como tampoco cumple con los postulados y características indispensables en el perjuicio irremediable, lo que hace viable que los actores acudan a la jurisdicción laboral para hacer valer sus pretensiones. Sin embargo, advierten a la administración que en el futuro haga la debida provisión de los recursos para evitar colocar en desamparo económico a los pensionados.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

2.1. El problema jurídico planteado.

Se reduce a determinar si con la omisión de la administración municipal al no dar cumplimiento al pago de las mesadas pensionales de vigencias anteriores, se vulnera el mínimo vital de los actores.

2.2. Afectación del mínimo vital por el incumplimiento del pago de mesadas pensionales.

La Corte Constitucional ha venido reiterando que es procedente la acción de tutela sólo en casos excepcionales, ante la comprobación de la afectación del mínimo vital de personas de la tercera edad, y ante la ausencia efectiva de otro medio de defensa judicial, consideraciones que se aplican al caso presente, donde se evidencia que aunque algunas de las mesadas corresponden a vigencias fiscales anteriores y de hecho, expiradas, su falta de pago compromete igualmente el mínimo vital de los jubilados¹ que solicitan protección a su derecho al pago oportuno y completo de sus pensiones.²

No se desestima en el presente caso la diligencia que ha tenido el Municipio para ir pagando paulatinamente su pasivo laboral. Sin embargo, la carencia de las mesadas continúa y permanece el perjuicio causado a los pensionados, con el agravante de que es una situación que persiste en el tiempo, en donde la administración acumula deudas de una vigencia fiscal y de otra, y no se pone fin a una situación a todas luces violatoria de derechos fundamentales, como son la vida, la salud y la seguridad social.

Por ello, se revocarán las decisiones de instancia, y se prevendrá a la administración municipal para que hacia el futuro prevea los mecanismos correspondientes que permitan cubrir en forma puntal y completa las obligaciones causadas por reconocimiento pensionales.

¹ Los pensionados merecen especial protección por parte del Estado, ha sido una tesis reiterada por la Corte Constitucional, Cfr. recientemente, T-525 de 1999 y T-687 de 1999.

² T-652 de 1999.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR**, las sentencias proferidas por el Juzgado Promiscuo del Circuito del Bagre contra el Alcalde Municipal de Zaragoza Antioquia.

Segundo. **ORDENAR** al Alcalde de Zaragoza, Antioquia, que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a cancelar a los demandantes lo adeudado por concepto de mesadas pensionales, siempre y cuando exista la debida disponibilidad presupuestal. Si esta fuere insuficiente, dispondrá del mismo término para iniciar las gestiones que le permitan atender con lo adeudado.

Tercero. **PREVENIR** a la administración municipal para que hacia el futuro prevea los mecanismos correspondientes que permitan cubrir en forma puntal y completa las obligaciones causadas por reconocimiento pensionales.

Cuarto. Por Secretaría librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-855

octubre 28 de 1999

EMPLEADOR- Asunción, en principio, servicio de salud por mora en aportes/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-** Responsabilidad subsidiaria por mora en aportes del empleador/ **EMPLEADOR-** Obligación de depositar aportes descontados para salud/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-** Asunción servicio de salud correspondiente al empleador ante daño irremediable

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-230610

Acción de tutela instaurada por Edna Luz Romero Romero contra Unimec S. A.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por EDNA LUZ ROMERO, contra Unimec S.A, Seccional Bolívar.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Informa la demandante que como perjudicada directa y en representación de sus hijos menores, entabló acción de tutela contra la EPS. Unimec S.A. por la supuesta violación de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 44, 45, 48 y 49 de la Constitución Nacional, los que considera lesionados por la no prestación oportuna de los servicios de salud. Manifiesta la accionante que ella y sus hijos son beneficiarios de salud en Unimec, siendo cotizante su esposo, empleado activo de la gobernación de Bolívar. Desde hace un año no reciben atención por parte de Unimec, alegando esta entidad que la Gobernación de Bolívar no está al día con los aportes.

2. Sentencias objeto de revisión.

La sentencia de primera instancia concede la tutela al considerar que la entidad de salud demandada debe continuar con la prestación de servicios, y repetir contra la Gobernación de Bolívar. Al conocer la segunda instancia, la Corte Suprema revocó la anterior decisión al considerar que la petente tiene otra vía judicial para obtener solución al conflicto que se presenta entre la Gobernación de Bolívar y la entidad de salud demandada.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La renuencia del empleador en trasladar los aportes por seguridad social da lugar a un amparo constitucional por vía de tutela.

En materia de mora en el pago de los aportes patronales a las entidades de salud o en el traslado a aquellas de lo deducido a los trabajadores por ese concepto, ha manifestado la Corte que constituye una afrenta a distintos derechos fundamentales debiendo el empleador sufragar los costos que se deduzcan de la atención de la salud de los trabajadores afiliados y de sus beneficiarios y, eventualmente, correspondiendo a la respectiva EPS asumir la atención, para luego repetir contra el patrono incumplido.¹

Así se pronunció esta Corte en la sentencia T-382 de 1998²:

“Debe decirse en primer lugar que la mora o la omisión del empleador en trasladar a las EPS y demás entidades de seguridad social los aportes correspondientes -tanto en salud como en pensiones-, y la de cancelar sus propios aportes con idéntico destino, constituye indudablemente un atentado contra varios derechos constitucionales, entre ellos la salud, la vida, el trabajo, los derechos de la persona de la tercera edad y, por supuesto, el derecho a la seguridad social, ya que el sistema requiere de recursos y sólo puede operar si los aportantes cumplen. Las deficiencias económicas de las entidades de seguridad social repercuten necesariamente, tarde o temprano, en enormes perjuicios para los afiliados y sus familias.

“Lo que pretende la cobertura en seguridad social es precisamente amparar a los trabajadores y beneficiarios en los daños o deterioros a los que está expuesta la salud y la vida, y los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y vejez.

El mencionado tema ha sido tratado por esta Corte en múltiples fallos de tutela pues, aunque están de por medio principios constitucionales como los de trabajo, solidaridad (art. 1 C.P.) y cumplimiento de los deberes, que siempre son correlativos a los derechos (art. 95 C.P.), los patronos incurren frecuentemente en la omisión que ha ocasionado la demanda en este caso (ver, por ejemplo, las sentencias T-406 y T-520 de 1993; T-83 de 1994; T-154A, T-158 y T-502A de 1995; T-72, T-103, T-171, T-202, T-334, T-364, T-398, T-451, T-606, T-669 de 1997), siendo entonces imperativo que una vez más sea reiterada la doctrina constitucional al respecto.”

Y en la sentencia C-177 de 1998³, afirmó:

“En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios

¹ Cfr. sentencia T-491 de 1999.

² Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

“Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono.”

De conformidad con la jurisprudencia al respecto, el empleador que no deposita los valores correspondientes a los aportes descontados a su trabajador, incurre en una actuación omisiva sancionable por el ordenamiento jurídico, la cual puede hacerse extensiva a la EPS respectiva, que no haya dispuesto lo necesario para lograr el pago efectivo de los mismos. En efecto:

“En las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional al dirimir este tipo de conflictos, en los cuales resulta involucrado el patrono, en especial por su desidia o incumplimiento, se ha estimado que el objetivo primordial es la protección del trabajador, pues se tiene por sabido que éste en modo alguno debe asumir las consecuencias negativas de una omisión ajena, ya sea del empleador, de la EPS o compartida entre ambos. La obligación de depositar los aportes que han sido descontados al trabajador está radicada en forma primigenia en el empleador, quien, por incumplir dicho deber, se convierte en acreedor de las sanciones legales (artículos 22, 23, 161 y 210 de la Ley 100 de 1993), según las cuales debe reconocer los intereses moratorios y asumir en su totalidad “la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP”.

“Ahora bien, como lo explica la sentencia de constitucionalidad antes citada, (C-177/98), la responsabilidad generada en ese tipo de incumplimiento no es en todos los casos exclusiva del patrono, sino que muchas veces es compartida por la EPS, cuando ésta no ha puesto en funcionamiento los mecanismos que la ley dispone para lograr el pago efectivo de los aportes dejados de realizar por aquél, entre los cuales se encuentra la acción de cobro establecida en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”⁴

Sin embargo, en el presente caso no aparece demandada la Gobernación de Bolívar, sino la entidad de salud, quien de conformidad con la ley, (artículo 57 del Decreto 806 de 1998) suspendió la afiliación por mora en el pago de las respectivas cotizaciones. A pesar de que es una actuación legítima, de conformidad con la jurisprudencia citada y teniendo presente la situación de la demandante y de sus menores, será necesario confirmar la decisión de primera instancia, en donde se declaró procedente la acción de tutela para impedir la ocurrencia de un daño irremediable en el derecho a la seguridad social en conexidad con los derechos a la salud

⁴ Cfr. Sentencia T-382 de 1998.

y a la vida, y hacer prevalecer el principio constitucional a la irrenunciabilidad a la seguridad social (C.P., arts. 11, 48 y 49), cuando el trabajador o sus beneficiarios no pueden acceder al sistema de salud debido a la falta de transferencia de los aportes obrero-patronales. Se precisó en dicha providencia que la E.P.S. preste el servicio de salud necesario quedando a salvo el derecho de repetir contra la Gobernación de Bolívar por los gastos que se causen.⁵

Así mismo, se prevendrá al Gobernador de Bolívar para que tome las medidas encaminadas a ponerse al día en el pago de las cotizaciones a las entidades de salud y evitar que se repitan situaciones que colocan en riesgo la salud y vida de los trabajadores y sus familias.

IV.DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar, **CONFIRMAR** la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, que concedió la tutela a los derechos a la salud y a la vida de la demandante y de sus hijos.

Segundo. **PREVENIR** al Gobernador de Bolívar con el fin de que tome las medidas encaminadas a ponerse al día en el pago de las cotizaciones por salud, y no vuelva a incurrir en las omisiones ilegítimas que dieron origen a esta acción, so pena de las sanciones legales correspondientes.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

⁵ En el mismo sentido se resolvió recientemente la tutela T- 491 de 1999.

SENTENCIA No. T-856

octubre 28 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales/**DERECHO A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD**- Pago oportuno de mesadas pensionales/ **MUNICIPIO**- Situación económica o presupuestal no es óbice para desconocer obligaciones laborales/**DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO**- Pago oportuno de mesadas

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-218761, T-223563, T-223564 y T-230622.

Acción de Tutela instaurada por Carmen Beatriz Sierra Pimenta, Renato Curvelo, María Casilda Gutiérrez de Romero y Gilberto Francisco Guzmán Díaz, contra el Alcalde del Municipio de Riohacha.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de las acciones de tutela instauradas por Carmen Beatriz Sierra Pimenta, Renato Curvelo, María Casilda Gutiérrez de Romero y Gilberto Francisco Guzmán Díaz, contra el Alcalde del Municipio de Riohacha.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

En calidad de pensionados del Municipio de Riohacha, los accionantes, Carmen Beatriz Sierra Pimenta, Renato Curvelo, María Casilda Gutiérrez de Romero y Gilberto Francisco Guzmán Díaz manifiestan que la administración municipal les adeuda hasta doce (12) mesadas pensionales, correspondientes a un año, razón por la cual interponen la acción de tutela, por cuanto estiman

que la omisión del pago cumplido de sus mesadas pensionales lesiona los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y pago oportuno de sus mesadas e impiden a sus familias y a ellos el disfrutar de una vida digna, además de poner en peligro los derechos a la subsistencia, igualdad y salud.

2. Sentencias objeto de revisión.

Mediante sentencia del 12 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo de La Guajira, concede la tutela interpuesta por la accionante Carmen Beatriz Sierra Pimenta, considerando que el concepto del mínimo vital es afectado no sólo con la falta de pago, sino con el injustificado retraso de la mesada pensional. Así mismo existe carencia probatoria para el incumplimiento de la administración municipal que no puede excusarse en la difícil situación presupuestal para no cancelar sus compromisos.

El anterior fallo es impugnado y conoce en segunda instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien según pronunciamiento del 16 de abril de 1999, rechaza la tutela y la niega por improcedente al estimar que para el pago de las mesadas pensionales debe existir la debida disponibilidad presupuestal, que no se han dado, no por negligencia del municipio, sino por demora del gobierno en trasladar los respectivos recursos, a pesar de las gestiones realizadas por el Alcalde Municipal de Riohacha.

Con sentencia del 28 y 22 de abril del año en curso, el Tribunal Superior de Riohacha, deniega por improcedente las tutelas interpuestas por los accionantes Renato Curvelo, María Casilda Gutiérrez de Romero y Gilberto Guzmán Díaz, por considerar que no se evidencia el peligro inminente de vida y por existir otros medios de defensa judicial.

El actor Gilberto Francisco Guzmán Díaz, impugna el fallo y conoce de éste la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien mediante providencia del 3 de junio de 1999, confirma la sentencia del Tribunal Superior de Riohacha, basado en el hecho de no demostrarse los supuestos indispensables para que se consolide el perjuicio irremediable, e igualmente considera que el accionante puede acudir a la jurisdicción del trabajo para hacer valer sus pretensiones.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Reiteración de jurisprudencia en relación con la afectación del mínimo vital en personas de tercera edad.

La Corte Constitucional ha venido reiterando que si bien la tutela no es el medio idóneo para dirimir conflictos de carácter laboral, excepcionalmente se acepta su viabilidad, cuando el pago oportuno y completo de las mesadas constituye la única fuente de ingresos que brinda condiciones de vida digna y justa para las personas de la tercera edad¹; de la misma manera que ha determinado al referirse a las condiciones de debilidad manifiesta en que generalmente se encuentran los pensionados, que estos ya agotaron su vida activa como trabajadores, lo que hace que se encuentren excluidos del mercado laboral y frente a una gran dificultad para sustituir el único ingreso que constituye, sin lugar a dudas, su mínimo vital,² es decir que el ingreso de estos recursos se convierte en el medio esencial para subsistir en un ritmo normal de vida.

¹ Sentencia Corte Constitucional T-286/99 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Sentencias Corte Constitucional, T-323 de 1996 y T-299 de 1997 y T-397/99 entre otras.

Para terminar, al referirse a la difícil situación financiera que atraviesan los entes territoriales, la Corte insiste en que no es ésta una excusa válida para justificar la falta de pago, pues en casos similares³ *la Corte ha considerado que la situación económica no es obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones laborales, ya que éstas tienen prioridad sobre cualquier otra acreencia, y más aún, tratándose de pensionados que gozan de especial protección por parte del Estado*⁴.

Con base en las razones expuestas anteriormente, la Corte procederá a revocar las sentencias proferidas por los jueces de instancia que negaron las tutelas bajo la consideración de la existencia de otro medio judicial de defensa y la no evidencia de la afectación del mínimo vital ocasionado por la omisión del pago de la administración municipal.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, expediente T-218761; Sala Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, expedientes T-223563 y T-223564; y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expediente T-230622.

En su lugar **CONCEDER** la tutela para la protección de los derechos al trabajo y a la seguridad social, en condiciones dignas y justas, al mínimo vital y a la subsistencia de los mismos.

Segundo. **ORDENAR** al Alcalde Municipal de Riohacha, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si no lo hubiere hecho ya, proceda a efectuar la cancelación de las mesadas pensionales dejadas de pagar. En caso de no existir los recursos presupuestales suficientes, se concede un lapso de 30 días máximo para que lleven a cabo los trámites presupuestales correspondientes.

Tercero. **PREVENIR** al Alcalde Municipal de Riohacha, para que asuma de manera permanente los correctivos para evitar que la falta de disponibilidad de recursos impida el futuro cumplimiento de sus obligaciones salariales y pensionales, y para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que comprometen el mínimo vital por el no pago oportuno de los salarios, so pena de las sanciones legalmente establecidas.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

³ Cfr. Sentencias T-020 y T-146 de 1999.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T-286/99 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

SENTENCIA No. T-857
octubre 28 de 1999

HABEAS DATA- Alcance/**HABEAS DATA-** Solicitud previa de rectificación de información

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-230672

Acción de tutela instaurada por César Humberto Díaz Gómez, Elvira Forero de Suárez y María Cristina Malagón Wiesner contra las empresas Luque Medina y Cía. Ltda., Aseguradora El Libertador S.A., y Computec S.A. - Datacrédito.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en uso de sus facultades constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Veinte Civil del Circuito de la misma ciudad dentro de la acción de tutela instaurada por César Humberto Díaz Gómez, Elvira Forero de Suárez y María Cristina Malagón Wiesner contra las empresas Aseguradora El Libertador S.A., y Computec S.A. - Datacrédito.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Los hechos de la presente acción de tutela se pueden sintetizar en los siguiente puntos:

1. Manifiestan los actores que celebraron un contrato de arrendamiento de un local comercial con la sociedad Luque Medina y Cía Ltda, en el cual instalaron un establecimiento comercial denominado “Licorera de la 114”.

2. Posteriormente, los arrendatarios vendieron el establecimiento comercial a los señores Martha Lucía Carvajal Malaver y Gustavo Adolfo Nieto Huertas, cumpliendo para ello con todos los requerimientos señalados por el Código de Comercio.

3. Sin embargo, en razón a la mora de los nuevos arrendatarios en el pago del correspondiente canon de arrendamiento, la sociedad Luque Medina y Cía Ltda., y la Aseguradora El Libertador S.A. les exigieron a los tutelantes el pago de los dineros adeudados por dicho concepto.

4. Ante la negativa de los actores en cubrir una deuda que no les correspondía, las empresas ya mencionadas procedieron a reportarlos al banco de datos que para tal efecto maneja la empresa Computec S.A. -Datacrédito. Señalan los demandantes se han visto gravemente afectados, pues su buen nombre y su credibilidad, han sido puestas en duda.

Consideran violado su derecho fundamental al buen nombre y *habeas data*. Solicitan se ordene a la sociedad Luque Medina y Cía Ltda., a la Aseguradora El Libertador S.A. y Computec S.A. - Datacrédito, para que en el término de 48 horas rectifique la información vertida en bancos de datos públicos o privados en relación con los nombres de los actores. Así mismo, ordenar a Computec S.A. -Datacrédito la cancelación del nombre de los peticionarios de sus listas de deudores morosos, y se condene a las entidades demandadas a la indemnización de los perjuicios ocasionados.

2. Decisiones de instancia.

Mediante sentencia del 24 de marzo del presente año, el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá negó la tutela. Consideró que respecto de Computec S.A., y particularmente su unidad administrativa Datacrédito, no es viable la acción de tutela pues en virtud el numeral 6° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, los demandantes no han elevado petición alguna en el sentido de rectificar la información allí contenida.

Impugnada la decisión, conoció en segunda instancia el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, que confirmó la decisión. Consideró que no les asiste la razón al solicitar ser excluidos de las listas de deudores morosos contenida en el mencionado banco de datos. Por el contrario, deberán, dentro del proceso que se cursa, demostrar que cumplieron con todos los requerimientos y formalismos establecidos por la ley, según los cuales ya no son parte de la relación contractual que los vinculó inicialmente con las entidades aquí demandadas.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Reiteración de jurisprudencia. El derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre y a la información.

El denominado derecho al *habeas data* contenido en el artículo 15 de nuestra Carta Política, además de su carácter de fundamental presenta una segunda connotación como es la de servir de medio de defensa a los particulares en relación con la divulgación de informaciones que tengan relación con su buen nombre, su intimidad personal, familiar y su honra. De esta manera, la información que se encuentre vertida en bancos de datos, debe obedecer de manera estricta a la verdad, ser completos y dinámicos en la información que contengan, es decir, permitir su actualización. Al respecto la sentencia SU-082 de 1995, Magistrado ponente Jorge Arango Mejía, señaló los elementos básicos de este derecho:

*“¿Cuál es el núcleo esencial del **habeas data**? A juicio de la Corte, está integrado por el derecho a la autodeterminación informática y por la libertad, en general, y en especial económica.*

“La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.

“Y se habla de la libertad económica, en especial, porque ésta podría ser vulnerada al restringirse indebidamente en virtud de la circulación de datos que no sean veraces, o que no haya sido autorizada por la persona concernida o por la ley.

“El sujeto activo del derecho a la autodeterminación informática es toda persona, física o jurídica, cuyos datos personales sean susceptibles de tratamiento automatizado.

“El sujeto pasivo es toda persona física o jurídica que utilice sistemas informáticos para la conservación, uso y circulación de datos personales. En la materia de que trata esta sentencia, tales datos deberán referirse a la capacidad económica de la persona, y, concretamente, a la manera como ella atiende sus obligaciones económicas para con las instituciones de crédito.

*“El contenido del **habeas data** se manifiesta por tres facultades concretas que el citado artículo 15 reconoce a la persona a la cual se refieren los datos recogidos o almacenados:*

“a) El derecho a conocer las informaciones que a ella se refieren;

“b) El derecho a actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día, agregándoles los hechos nuevos;

“c) El derecho a rectificar las informaciones que no correspondan a la verdad.

“(…).

“Hay que aclarar que la actualización, y la rectificación de los datos contrarios a la verdad, son, en principio, obligaciones de quien maneja el banco de datos; y que si él no las cumple, la persona concernida puede exigir su cumplimiento.

“(…).

“Igualmente, si un banco de datos, abusando de sus funciones, incluye entre la información sobre un deudor, datos que por su contenido pertenecen a la esfera íntima del individuo, podrá la persona cuya intimidad se vulnera exigir la exclusión de tales datos. Y si tal exclusión no se hace voluntariamente, acudir a la acción de tutela para proteger su derecho fundamental.

“(…).

“El conflicto entre el derecho al buen nombre y el derecho a la información, se presenta cuando aquél se vulnera por la divulgación de ésta.

“Hay que partir de la base de que la información debe corresponder a la verdad, ser veraz, pues no existe derecho a divulgar información que no sea cierta.”¹

De esta manera, la información que se almacena y se encuentra a disposición del público, debe atender a una información veraz, que se corresponda con los hechos que la originan, que sea dinámica, es decir, que se encuentre en permanente actualización, pues de esta manera refleja su veracidad implícita y finalmente, es susceptible de ser rectificadas, cada vez que así se requiera.

En el caso concreto, los demandantes señalan que no son los responsables de la mora en que han incurrido los nuevos arrendatarios al no cancelar los correspondientes cánones de arrenda-

¹ Reiterada en las sentencias T- 131 de 1998, T- 303 de 1998 y T- 455 de 1998, entre otras.

miento. Sin embargo, tampoco expresan o aportan prueba documental alguna en la cual quede efectivamente demostrado que elevaron ante la entidad Computec S.A. - Datacrédito, petición alguna en donde soliciten la rectificación de la información que administra dicha entidad. Por el contrario, en escritos bastante explicativos, la empresa Computec S.A. -Datacredito, señala las funciones y la razón de ser del banco de datos que maneja, así como la finalidad del mismo. Además, en la información que reposa en el banco de datos de Datacrédito respecto de cada uno de los accionantes, se constata que estos se encuentran reportados por diferentes razones, (tarjetas de crédito, y otros créditos, ver folios 52 a 57 del expediente), motivo por el cual no resulta viable que sean retirados de las listas de deudores morosos a que hacen referencia.

Es claro que son los propios particulares quienes con su comportamiento generan una información negativa o positiva, la cual se ve reflejada en los bancos de datos a los cuales se reporta permanentemente y a los que recurren las entidades financieras y de otra índole. Por ello, la información no puede ser modificada al capricho del afectado, pues ésta sólo se actualizará en tanto el particular genere con su comportamiento una nueva información que modifique la anterior. De esta manera, y analizado el expediente en cuestión, no se acreditó que los demandantes hubiesen solicitado a los accionados el retiro de su nombre en la lista de deudores morosos, por lo que sin la existencia de ese requisito, ha dicho la jurisprudencia² siguiendo los términos contemplados en el numeral 6° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la tutela no es procedente. Sin embargo, de haberse hecho la solicitud de rectificación, y ésta no se hubiere atendido por la entidad demandada, la acción de tutela surgiría entonces, como el mecanismo judicial idóneo.

Vistas las anteriores consideraciones, esta Sala de Revisión, conformará la decisión proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, pero por las consideraciones aquí expuestas.

III.DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión, de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, pero por las consideraciones aquí expuestas.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

² Sentencia T-096A, T-131 de 1998.

SENTENCIA T-858

octubre 28 de 1999

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NIÑO- Protección por tutela/**DERECHO A LA VIDA DIGNA**- Pago oportuno de salarios/**DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR**- Pago oportuno de salarios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-230896

Acción de tutela instaurada por José Eduardo Valencia, contra el Municipio del Líbano, Tolima.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Segundo Civil Municipal del Líbano, Tolima, dentro de la acción de tutela instaurada por José Eduardo Valencia contra el Municipio del Líbano, Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Informa el demandante que es empleado del Municipio del Líbano, Tolima, y que a la época de presentar la tutela, se le adeuda un total de 18 meses por concepto del subsidio familiar, y dos (2) meses de salario. Ha tenido que prestar dinero para vivir y poder mantener a su familia, por cuanto la administración municipal no ha tenido en cuenta su situación y siempre argumenta la falta de recursos para cumplir con las deudas pendientes. Considera vulnerados los derechos al trabajo, y a la salud y educación de los niños.

2. Sentencia objeto de revisión.

La sentencia de instancia concede la tutela al considerar que la administración municipal atenta contra la protección a la familia y a los menores negando el pago del subsidio familiar

con el que el actor mantiene y subsidia parte de los gastos de sus hijos. Ordenó, en consecuencia, el pago de las mesadas adeudadas por tal concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es oportuno esta vez reiterar la jurisprudencia que ha sentado la Corte en relación con la procedencia de la tutela para obtener, no sólo el pago del subsidio familiar cuando los beneficiarios del mismo son menores de edad, sino el pago oportuno de los salarios de los trabajadores, cuando tal omisión afecta el mínimo vital requerido por éstos para garantizar su digna subsistencia.

Ha dicho la Corte sobre el pago oportuno del subsidio familiar a menores de edad:

“...en la Constitución ha sido señalado de manera expresa el caso de los niños, cuyo derecho a la seguridad social es fundamental y susceptible, por tanto, de ser reclamado, mediante el ejercicio de la acción de tutela, de manera inmediata aunque no incondicional.

“Ello es así por cuanto el artículo 44 de la Carta enuncia este derecho entre los que se reconocen a los niños con carácter prevalente, a la par que el 48 supedita la prestación del correspondiente servicio público a los términos y forma que determine la ley.

“La Sala Plena de la Corte..., dejó en claro que el trato especial otorgado por el Ordenamiento a los menores tiene el alcance de una preeminencia o primacía, que debe su razón de ser, como esta Sala lo ha advertido reiteradamente, a las condiciones de debilidad e indefensión que los caracteriza, dada la crucial etapa de formación física y mental por la que atraviesan, y a la promesa que su sana supervivencia representa para la sociedad del futuro.

“Es evidente que las obligaciones radicadas en las entidades y organismos públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual tratándose de ellos, aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución ... (Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

“De lo dicho con anterioridad puede colegirse que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.”¹ (Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

En cuanto a la tutela como mecanismo para obtener el pago de salarios y prestaciones sociales, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte ha sido contundente en señalar que la tutela, como mecanismo judicial de carácter excepcional, no es el mecanismo judicial idóneo para solucionar conflictos de carácter laboral en los cuales se busque el pago de alguna acreencia. Esta regla general se sustenta en la existencia de varios mecanismos judiciales de carácter ordinario dentro de nuestro sistema jurídico, que resultan idóneos y eficaces para solucionar dichas controversias. Obviamente, y sólo en casos muy excepcionales, la tutela resulta procedente aún en presencia de otros mecanismos judiciales. Al respecto la Corte mediante

¹ Corte Constitucional, Sentencias T-703 de 1996 y T-202 de 1997.

sentencia T-001 de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

“Así, ha encontrado la Corte que puede tutelarse el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital ...”

“... la situación en la que se coloca a los actores al no percibir éstos su salario, atenta contra el derecho al pago oportuno del mismo, el cual les permite suplir sus necesidades básicas para poder llevar una vida en condiciones dignas y justas. Por este motivo, el no pago de sus salarios atenta contra su derecho fundamental al mínimo vital, y coloca a los demandantes en una de las situaciones excepcionales [que hacen procedente la tutela]...” (Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

En el proceso de la referencia, es claro que el retraso de más de dos meses en el pago del salario, aunado a la deuda acumulada por concepto de subsidio familiar, a un trabajador del Estado, cabeza de familia y responsable de sus hijos, cuya remuneración apenas supera el salario mínimo, afecta de manera significativa su mínimo vital, por lo que encuentra la Sala ajustada a derecho la decisión del *a quo*, al conceder la tutela en lo referente al pago del subsidio familiar y la consiguiente protección a los menores. El fallo en esos términos se confirmará, pero se adicionará para conceder la tutela igualmente por el derecho al trabajo y al pago oportuno del salario.

II. DECISION

En virtud de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** parcialmente el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal del Líbano, Tolima. Conceder la tutela por el derecho al trabajo y ordenar que en el término de un mes, siguiente a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, el Alcalde Municipal de Montelíbano cancele al trabajador los meses que se le adeudan por concepto de salarios.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-859
octubre 28 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales/**INFORME EN TUTELA**- Presunción de veracidad sobre los hechos/**DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS**- Pago oportuno de salarios/**MUNICIPIO**- Situación económica o presupuestal no es óbice para desconocer obligaciones laborales

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-230907

Acción de tutela instaurada por Marfa Arismedy Racero, Lina Marmol González, Libia Genes Castro, Fabiola Soto Galeano, Marbel López Fuentes, Elvira Sánchez Díaz y Xenia E. Almentero Anaya contra el municipio de Chimá, Córdoba.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Promiscuo Municipal y por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chimá, dentro de la acción de tutela instaurada por Marfa Arismedy Racero, Lina Marmol González, Libia Genes Castro, Fabiola Soto Galeano, Marbel López Fuentes, Elvira Sánchez Díaz y Xenia E Almentero Anaya contra el municipio de Chimá, Córdoba.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Manifiestan los actores que desde el 25 de enero del presente año se desempeñan como docentes en diferentes escuelas rurales del municipio de Chimá, Córdoba. Sin embargo, de forma discriminatoria, el señor alcalde municipal canceló dos (2) meses de salarios a unos profesores y a ellos no. Señalan, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizó los giros de los recursos correspondientes al bimestre de enero y febrero del presente año, de los cuales el 30% correspondía al sector educativo. Ante tal situación, consideran violado su derecho a

la igualdad y solicitan se ordene al señor alcalde del Municipio de Chimá, proceda a pagarles los salarios de los meses de enero y febrero de 1999, los cuales no han sido cancelados.

2. Decisiones que se revisan.

Mediante sentencia del 19 de abril del presente año, el Juzgado Promiscuo Municipal de Chimá, negó la tutela. Consideró que la acción de tutela resulta improcedente en razón a que el tipo de vínculo laboral que tiene los demandantes frente a los demás docentes a quienes se les canceló efectivamente los salarios ya mencionados es diferente, razón por la cual las situaciones fácticas difieren y por lo tanto resulta aceptable un trato diferente. Finalmente, a los actores les asiste otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria.

Impugnada la anterior decisión, conoció en segunda instancia, el Juzgado Promiscuo del Circuito del mismo municipio, el cual mediante sentencia del 1° de junio de este año, confirmó la decisión del *a quo*. Señala que evidentemente lo buscado por los demandantes no es la obtención de un trato igualitario, sino el efectivo pago de los dos meses de salarios.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Reiteración de jurisprudencia. Procedencia excepcional de la tutela para el pago de acreencias laborales.

La Sala Cuarta de Revisión, aplica en este caso la presunción de veracidad de los hechos expuestos en la presente tutela, por cuanto el Alcalde del Municipio accionado, no respondió a lo solicitado por el Magistrado Sustanciador, en relación a las deudas laborales que se tienen con los docentes del Municipio de Chimá, en el Departamento de Córdoba.

Nuevamente la Corte se mantiene en la protección que merece el salario¹ en condiciones dignas y justas, y en la procedencia excepcional de la tutela en aquellos eventos en los cuales, los accionantes se ven afectados en sus condiciones mínimas de vida, ante la negligencia de quienes tienen la obligación de atender la nómina de los docentes en los municipios.²

Por ello, la Corte ha sostenido que no obstante las crisis administrativas y financieras que atraviesan los Municipios, con la mora en los pagos de los salarios, las autoridades municipales no sólo vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores, a quienes abandonan a su suerte, sino que resultan también inaplicados principios constitucionales de primer orden como los del artículo 209 de la Carta, que deberían haber guiado la gestión de quienes tienen el manejo presupuestal y administrativo del Municipio³. Por ello, se accederá a la protección solicitada, y se ordenará al señor Alcalde del Municipio de Chimá (Córdoba) que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, pague los salarios adeudados a los demandantes Marfa Arismey Racero, Lina Marmol González, Libia Genes Castro, Fabiola Soto Galeano, Marbel López Fuentes, Elvira Sánchez Díaz y Xenia E. Almentero Anaya. Si no existieren los recursos presupuestales suficientes para su pago, se concederá un plazo máximo de treinta (30) días, para que lleve a cabo los trámites presupuestales necesarios para cancelar lo aquí ordenando.

¹ Cfr. Sentencias T-259, T-351, T-433, T-438, T-439, T-606 y T-810 de 1999 entre muchas otras.

² Cfr. sentencias T-259 y T-606 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

³ Cfr. T-089 de 1999.

III. DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión, de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por los Juzgados Promiscuo Municipal y Promiscuo del Circuito de Chimá (Córdoba), y en su lugar, **TUTELAR** los derechos al trabajo y al mínimo vital.

Segundo. **ORDENAR** al señor Alcalde del Municipio de Chimá (Córdoba) que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, pague los salarios adeudados a los demandantes Marfa Arismedy Racero, Lina Marmol González, Libia Genes Castro, Fabiola Soto Galeano, Marbel López Fuentes, Elvira Sánchez Díaz y Xenia E. Almentero Anaya. Si no existieren los recursos presupuestales suficientes para su pago, se concederá un plazo máximo de treinta (30) días, para que lleve a cabo los trámites presupuestales necesarios para cancelar lo aquí ordenando.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-860

octubre 28 de 1999

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Contenido

La Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el Constituyente en el artículo 11 de la Carta, no comprende solamente la posibilidad de que el individuo exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que esa existencia debe entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, también reconocido por el Constituyente en el artículo 1 de la Carta y de carácter fundamental en este Estado Social de Derecho, lo cual implica “tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu”. Y ha considerado esta Corporación que no es la muerte la única circunstancia contraria al derecho constitucional fundamental a la vida, sino también todo aquello que la haga insostenible y hasta indeseable. El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Práctica de determinados tratamientos e intervenciones pueden condicionarse a un mínimo de semanas de cotización/**INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-** Período mínimo de cotización para acceder a tratamientos e intervenciones/**DERECHO A LA VIDA DIGNA-** Práctica de examen y cirugía de cataratas sin cumplir período mínimo de cotización señalado por el POS/**SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-** Repetición de EPS por cubrimiento de tratamiento sometido a período mínimo de cotización

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-230909.

Acción de tutela instaurada por Saúl Gallego Vargas contra la EPS Salud Total.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Saúl Gallego Vargas contra la EPS. Salud Total.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

El demandante cotiza al sistema general de seguridad social en salud, por intermedio de la entidad demandada, desde el 29 de enero de 1999. El 6 de abril de 1999, un oftalmólogo de la EPS. le ordenó una serie de exámenes y cirugía para remover la catarata que afecta su ojo derecho, razón por la cual solicitó a Salud Total el cubrimiento económico de tales procedimientos, recibiendo respuesta negativa, con el argumento de que no había cotizado las 52 semanas que, como mínimo, se requieren para que la EPS asuma su costo con cargo al plan obligatorio de salud.

Entonces, Salud Total inició gestiones para que el peticionario fuera inscrito en el SISBEN, única y exclusivamente para efectos de la cirugía señalada, pues inicialmente le propuso que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998, asumiera el costo de la cirugía equivalente al número de semanas que le faltaban para completar las 52 mínimas, encargándose Salud Total del costo equivalente a las semanas que el demandante hubiera cotizado efectivamente al sistema, propuesta que él rechazó por incapacidad económica para cumplirla.

2. Pretensión.

El actor considera que tiene derecho al cubrimiento total de los exámenes y cirugía por parte de Salud Total y, en consecuencia, solicita la tutela de sus derechos constitucionales a *“la salud y la seguridad social fundamentos a su vez del derecho a la vida en condiciones dignas”*.

3. Decisiones de instancia.

Los Juzgados 27 Penal Municipal y 25 Penal del Circuito de Medellín consideraron que no había lugar a amparar los derechos invocados, con dos argumentos: primero, el peticionario no ha cumplido los requisitos establecidos por la ley para acceder a los servicios de salud que requiere, como es haber completado las 52 semanas mínimas de cotización al sistema; y, segundo, que *“no estamos ante un cuadro clínico en el que se encuentre comprometida la vida del mismo [del paciente], [aunque] su dolencia le puede causar riesgos por cuanto está mermada su visión de acuerdo con el diagnóstico de los médicos legistas”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El asunto.

Reiterar la jurisprudencia constitucional frente al tema de las semanas mínimas de cotización al sistema de seguridad social en salud, como requisito indispensable para recibir los servicios propios del plan obligatorio de salud. Para ello, la Sala considerará el concepto del derecho a la vida expuesto por los juzgadores de instancia, para adecuarlo a la jurisprudencia constitucional.

2. El derecho a la vida a la luz de la jurisprudencia constitucional.

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el Constituyente en el artículo 11 de la Carta, no comprende solamente la posibilidad de que el individuo exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que esa existencia debe entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, también reconocido por el Constituyente en el artículo 1 de la Carta y de carácter fundamental en este Estado Social de Derecho, lo cual implica “*tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu*”¹.

Y ha considerado esta Corporación que no es la muerte la única circunstancia contraria al derecho constitucional fundamental a la vida, sino también todo aquello que la haga insopor- table y hasta indeseable. El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia².

La jurisprudencia constitucional, así mismo, ha condenado enfáticamente la resistencia a proteger el referido derecho cuando el demandante en acción de tutela, como lo sostuvieron los jueces de instancia en este proceso, no ve comprometida su vida, es decir, no se halla al borde de la muerte. También en reiteradas ocasiones, la Corte ha manifestado que no tiene sentido esperar tan indeseable límite para hacer efectiva una garantía constitucional, pues ello significa, además, una falta al deber de solidaridad dispuesto en el artículo 95 de la Constitución Política³.

La negativa a proteger el derecho a la vida, el más fundamental de todos, solamente puede resultar de un examen riguroso de todas las circunstancias planteadas en el proceso y de que el juez de tutela tenga la seguridad absoluta de que el mismo, con todas sus implicaciones, no se encuentra amenazado o violado; más cuando la discusión al respecto surge de falta de atención en salud, pues, en estos casos, los demandantes generalmente se encuentran en estado de debilidad manifiesta y, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución, deben recibir un trato especial por parte de las autoridades de la República.

3. Este caso.

Como lo sostuvo la entidad demandada en su defensa y los jueces de instancia, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993, dispone que la práctica de determinados tratamientos e intervenciones cubiertas por el plan obligatorio de salud, puede condicionarse a un mínimo de semanas de cotización al sistema. La operación ordenada al demandante, extracción extracapsular de catarata o.d. y lente intraocular, es una de ellas y, para la fecha en que le fue prescrita por el oftalmólogo que lo examinó, tan solo había completado nueve semanas de cotización al sistema, de manera que la cobertura económica del procedimiento fue negada por parte de Salud Total EPS, mientras el demandante no completara el precio equivalente a las semanas que le faltaban para llegar a las 52 mínimas.

¹ Sentencia T-645 de 1996.

² Sentencia T-283 de 1998.

³ Sentencia T-560 de 1998.

No pudo aceptar el peticionario dicha solución, con el argumento de que gana como comerciante algo más de cuatrocientos mil pesos mensuales, los cuales debe invertir en la manutención de su familia compuesta de cinco miembros: tres hijas, su esposa y él. Entonces, la EPS demandada trató de que le fuera practicada la encuesta del SISBEN para que, una vez afiliado al régimen subsidiado, obtuviera la operación que por el régimen contributivo aún no podía.

En casos similares a este, la jurisprudencia constitucional ha establecido criterios en presencia de los cuales la reglamentación que somete al cumplimiento de ciertos requisitos la posibilidad de acceder a servicios de salud, se torna inconstitucional para el caso concreto y, por ende, debe inaplicarse para hacer efectivas garantías de rango superior. La inaplicación debe hacerse, ha dicho la Corte, cuando del tratamiento, procedimiento o medicamento sometido a semanas mínimas de cotización depende el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental; cuando ellos no pueden sustituirse por otros no sometidos a dicha condición; cuando la persona que los necesita no tiene capacidad económica o servicios de salud adicionales al POS que le permitan acceder a ellos y, finalmente, que el medicamento, tratamiento o procedimiento haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS de quien se reclama⁴.

La Sala considera que, en el asunto sujeto a revisión, los anteriores criterios se cumplen y procede la inaplicación del artículo 61 del Decreto 806 de 1998, por inconstitucional para el caso concreto, en tanto que le impide al demandante ejercer plenamente el derecho a la vida, según lo expuesto en el numeral tercero de estas consideraciones.

En efecto, la demora en la práctica de la cirugía tiene al peticionario con pérdida de visión unilateral y, porque esto le impide desarrollarse en sociedad de manera normal, encuentra la Sala en esta circunstancia un principio de aplicación del primer criterio anotado en precedencia. Sin embargo, es necesario atender al dictamen de medicina legal practicado al demandante, según el cual:

“Se trata de un paciente de 49 años, con catarata en ojo derecho que ocluye totalmente el paso de la luz. Requiere que se le realice tratamiento quirúrgico que es el de elección en esta patología...Los pacientes con cataratas y pérdida de visión unilateral tienen afectados sus campos visuales y pueden ser más propensos a sufrir caídas y/o accidentes de tránsito, lo cual puede poner en serio riesgo su vida”.

Con esto sí que queda satisfecho, a juicio de la Sala, el primer criterio de inaplicación de la reglamentación, pues ya no solamente existe prueba suficiente de que el demandante no puede desempeñarse como un individuo normal frente a la sociedad, lo cual es contrario a una vida en condiciones dignas, se repite, sino que su simple existencia también se encuentra amenazada, en tanto que, como lo dijo el perito, la disminución de la visión puede conducir a la muerte al peticionario.

Los demás criterios también se encuentran satisfechos, pues la operación es la única solución al problema de visión que padece el demandante, él no puede costársela por su cuenta ni tiene

⁴ Sentencia T-535 de 1999.

planes adicionales al POS que la cubran y, finalmente, el oftalmólogo que se la ordenó es de aquellos que trabajan para Salud Total EPS.

Como se ha dicho en los pronunciamientos reiterados, a la EPS. Salud Total le asiste el derecho de repetir lo que le cueste la cirugía del peticionario, a cuya práctica no estaba legalmente obligada, ante la cuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia expedida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín, el 11 de junio de 1999.

Segundo. **INAPLICAR** el artículo 61 del Decreto 806 de 1998 para este caso concreto; **ORDENAR** a Salud Total EPS que, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la notificación de esta providencia, practique todos los exámenes prequirúrgicos necesarios para llevar a cabo la cirugía de catarata en el ojo derecho del demandante y que, dentro del mismo término, programe el procedimiento, el cual deberá practicarse, a más tardar, dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia.

Tercero. **SEÑALAR** que a Salud Total EPS le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento de la orden emitida en el numeral anterior, ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

⁵ *Ibidem*.

SENTENCIA No. T-861

octubre 28 de 1999

DERECHO A LA IGUALDAD- Implica un concepto relacional

El derecho establecido por el Constituyente en el artículo 13 de la Carta implica, atendiendo la jurisprudencia de esta Corte, un concepto relacional, es decir, que su aplicación supone la comparación de por lo menos dos situaciones para determinar si, en un caso concreto, ambas se encuentran en un mismo plano y, por ende, merecen el mismo tratamiento o si, por el contrario, al ser distintas un trato diferente ameritan. La aplicación del principio de igualdad en los términos referidos, tiene como finalidad determinar, en cada caso concreto, si existe discriminación en relación con una de las situaciones o personas puestas en plano de comparación, entendida la discriminación como el trato diferente a situaciones iguales o simplemente el trato diferente que no tiene justificación.

TEST DE IGUALDAD- Aplicación/ **PRIMA TECNICA-** No concesión mientras se expide reglamentación que establezca requisitos/ **DERECHO A LA IGUALDAD EN PAGO DE PRIMA TECNICA-** Trato diferente/ **DERECHO A LA IGUALDAD EN PAGO DE PRIMA TECNICA-** Origen constitucional con categoría de fundamental

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-231236.

Acción de tutela instaurada por Marleny Acosta Ramírez y otros contra la Universidad Nacional de Colombia.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro de la acción de tutela instaurada por Marleny Acosta Ramírez y otros contra la Universidad Nacional de Colombia.

LANTECEDENTES

1. Hechos.

Marleny Acosta Ramírez y otros 166 trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia con sede en Manizales, demandaron en acción de tutela a su empleadora porque, a su juicio, ha vulnerado el derecho constitucional fundamental a la igualdad que les asiste, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, pues les ha negado el reconocimiento y pago de una prima técnica que ellos consideran haber devengado desde la expedición del Decreto 1661 de 1991, esto es, desde el 27 de junio de ese año. Por dicha razón, el 11 de diciembre de 1998 todos y cada uno de los trabajadores solicitaron por escrito a la universidad el reconocimiento y pago aludidos en precedencia, la reglamentación del artículo 34 del acuerdo número 67 de 1996 -que estableció la prima técnica para los trabajadores de la universidad de cualquier nivel- y una certificación sobre si ella había solicitado desde 1991 al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *“apropiación de partidas presupuestales para el pago de primas técnicas”*.

A tales solicitudes, la Directora Nacional de Personal y el Jefe de la Oficina de Personal Administrativo de la universidad respondieron que los Decretos 1661 y 1624 de 1991, que establecen la prima técnica perseguida por los trabajadores, no son aplicables a dicho establecimiento educativo, en vista de que esa prestación fue creada para los servidores de la Rama Ejecutiva del Poder Público y la universidad no pertenece a ella, sino que, de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-220 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, ella es un ente autónomo. Además, dichas autoridades de la universidad dijeron que la prima técnica solamente podía reconocerse y pagarse a partir de la expedición de la reglamentación del artículo 34 del acuerdo 67 de 1996, lo cual, hasta la fecha, aún no ha ocurrido.

Ante esta respuesta, los trabajadores interpusieron el recurso de reposición en busca de agotar la vía gubernativa, pero él les fue despachado en forma desfavorable reiterando la universidad los argumentos antes reseñados y esgrimiendo uno adicional: *“que aunque en estricto sentido jurídico contra dicho acto no son procedentes recursos por la vía gubernativa, una vez analizados sus razonamientos, esta Dirección [la de Personal] no los considera admisibles”*.

2. Pretensiones.

Los demandantes aseguran tener derecho al pago de la prima técnica, así como la Corte ordenó reconocérselo a los trabajadores de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia en la sentencia T-346 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, pues se sienten discriminados frente al Director Administrativo de la sede Manizales, a quien cada mes se le paga dicha prestación con base en los Decretos 1624 y 1661 de 1991, normas que, según los argumentos esgrimidos por la universidad, tampoco deben aplicársele a este funcionario.

3. Primera instancia.

En primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales concedió el amparo solicitado y ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público -también demandado- *“que en un término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, apropie y transfiera a la Universidad Nacional de Colombia los fondos requeridos para el pago de la prima técnica a los servidores públicos vinculados a dicho establecimiento educativo en Manizales”* y al Rector de la universidad que *“dentro de los diez (10) días siguientes al recibo*

de la transferencia de los fondos...proceda a cumplir con la obligación que le adscribió el Decreto 1661, respecto de los titulares del derecho a prima técnica”, por considerar que los demandantes habían sido discriminados frente a los directivos de la universidad, a quienes se les paga la prima técnica mensualmente de acuerdo con el decreto citado, mientras que su reglamentación para los demás trabajadores de la universidad y, por lo tanto, su pago, se ha prolongado injustificadamente en el tiempo.

4. Impugnación.

Tanto la universidad como el Ministerio de Hacienda impugnaron la decisión del *a quo*. El ministerio hizo énfasis en la imposibilidad de cumplir en el término de 10 días con la orden emitida por el juez de tutela, pues las apropiaciones presupuestales, dijo, solamente pueden hacerse por ley de la República y no por orden de las autoridades judiciales. Además, anotó, a los funcionarios señalados en el artículo primero del Decreto 1624 de 1991, dentro de los cuales se encuentra el Director Administrativo, se les paga la prima técnica porque esa disposición da la viabilidad presupuestal necesaria para ello, la cual no puede extenderse a niveles no señalados allí. Finalmente, considera el ministerio que la orden del juez de tutela no puede vincularlo, en vista de que la universidad es un ente autónomo que tiene personería y patrimonio propios, razón por la cual debe asumir sus obligaciones con cargo al presupuesto que le ha sido asignado.

La universidad, por su parte, limitó su impugnación a tres puntos:

1. El *a quo* consideró el presente caso como igual al decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-346 de 1998 sin ser igual a él, en vista de que en esa situación sí hubo discriminación de aquellos trabajadores a quienes no se les reconoció ni pagó la prima técnica, a pesar de que habían cumplido con todos los requisitos para ello, con el argumento simple de que no existía disponibilidad presupuestal, mientras que a otros se les reconoció y pagó puntualmente. En este asunto, dijo la universidad, a ningún trabajador se le ha reconocido esa prestación porque ella no está reglamentada, de manera que, por esa falta de reglamentación, ninguno de ellos puede haber cumplido los requisitos para obtenerla, mientras que estos, en el caso con el que se quiere comparar el presente, habían sido reglamentados por la UPTC.

2. A los trabajadores de la universidad no se les pueden aplicar los Decretos 1624 y 1661 de 1991, pues este último en su artículo 1, limita el derecho al pago de la prima técnica a “*los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público*”, a la cual no pertenece la Universidad Nacional de Colombia, de acuerdo con el artículo 67 de la Constitución Política y la Ley 30 de 1992 que la erigen como ente autónomo e independiente de dicha rama.

3. El Director Administrativo de la universidad tiene derecho al pago de la prima técnica y ésta se le viene reconociendo mensualmente no por disposición del Decreto 1661 de 1991, sino porque el artículo 1 del Decreto 1624 de ese año estableció una prima técnica especial “*para empleos específicos de la rama ejecutiva, de los organismos de control y de la Registraduría, y concretamente para los cargos de Rectores, Vicerrectores y Directores Administrativos de Universidad*”, sin que cumplieran más requisitos que ocupar dichos cargos, de manera que no deben acreditar condiciones relativas a experiencia, formación o evaluación de desempeño. Por esta razón, dijo el apoderado de la universidad, no hay discriminación cuando se le paga un emolumento a un funcionario que tiene derecho a él y se les niega a quienes no lo tienen.

5. Segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales revocó el fallo impugnado, por considerar que, efectivamente, el *a quo* se equivocó al dar igual trato a dos

asuntos diferentes, haciendo énfasis en que la sentencia T-346 de 1998 protegió el derecho a la igualdad de quienes sí eran discriminados por la razón esgrimida por la universidad en su impugnación, consideraciones que no podían extrapolarse al caso *sub examine* por no ser aplicables a él. Además, para el *ad quem*, no hay discriminación de la universidad hacia los demandantes cuando les niega una prima que reconoce a quienes ocupan cargos en niveles diferentes de la estructura de personal, pues solamente es discriminatorio el trato diferente a situaciones iguales o el trato diferente injustificado, circunstancias que no ocurren en el presente caso.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El asunto.

Determinar si en el presente caso hubo discriminación en contra de los demandantes por haberseles negado el reconocimiento y pago de la prima técnica a la que consideran tener derecho, teniendo en cuenta que a un funcionario de la universidad -el Director Administrativo-, aunque de un nivel diferente al que ellos ocupan en la planta de personal de la entidad, se le ha venido pagando mes a mes dicha prestación, para reiterar la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho reconocido en el artículo 13 de la Constitución Política.

2. La jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la igualdad¹.

Como acertadamente lo sostuvo el *ad quem* en su decisión, invocando la jurisprudencia de esta Corte, el derecho establecido por el Constituyente en el artículo 13 de la Carta implica un concepto relacional, es decir, que su aplicación supone la comparación de por lo menos dos situaciones para determinar si, en un caso concreto, ambas se encuentran en un mismo plano y, por ende, merecen el mismo tratamiento o si, por el contrario, al ser distintas un trato diferente ameritan.

La aplicación del principio de igualdad en los términos referidos, tiene como finalidad determinar, en cada caso concreto, si existe discriminación en relación con una de las situaciones o personas puestas en plano de comparación, entendida la discriminación como el trato diferente a situaciones iguales o simplemente el trato diferente que no tiene justificación.

Así, no basta con establecer que hay diferencia en la consideración que las autoridades de la República dan a una persona o situación, sino que, además de eso, quien practica el test de igualdad debe determinar claramente las razones a que obedece esa diferencia y si se justifica o no a la luz del Preámbulo y del artículo 13 de la Constitución. En cuanto corresponde al juez de tutela, si encuentra que el tratamiento diferente dado a una persona en una determinada situación carece de respaldo constitucional, deberá poner fin a la discriminación que de tal circunstancia se deriva adoptando las medidas inmediatas que la Constitución y la ley le permiten, siempre y cuando esa protección no esté reservada a otra autoridad de carácter judicial, es decir, que el derecho vulnerado en este caso, el derecho a la igualdad, no tenga otro mecanismo de defensa judicial o éste no sea tan eficaz como la tutela para ampararlo, situación en la cual debe considerar la posibilidad de aplicarla como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

¹ Cfr., entre otras, las sentencias SU-086, T-012, 178, 307 y 394 de 1999.

3. El asunto objeto de revisión.

Los demandantes consideran que deben estar en uno de los extremos del test de igualdad que debe hacerse en este caso, frente al Director Administrativo de la universidad, sede Manizales, a quien mensualmente se le viene cancelando la prima técnica que ellos persiguen y con quien se comparan.

Para la Sala es evidente la diferencia que existe entre una y otra situación, pues la prima técnica que se le paga mensualmente al Director Administrativo se deriva, como lo sostuvo la universidad en sus diferentes intervenciones dentro del proceso, del artículo primero del Decreto 1624 de 1991 que, al adicionar el Decreto 1016 del mismo año, benefició con dicha prestación a algunos funcionarios pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público y a otros extraños a ella, tales como *“los Rectores de Universidad, Vicerrectores o Directores Administrativos de Universidad”* (literal a). De manera que, actualmente y teniendo en cuenta que los rectores y vicerrectores tienen un régimen de prestaciones laborales especial, en la Universidad Nacional de Colombia solamente reciben prima técnica, según la información suministrada por el apoderado y el rector de la institución, sendos directores administrativos de las sedes Medellín, Manizales y Palmira.

Los cargos que ocupan actualmente los demandantes, en cambio, no fueron señalados por el legislador como remunerados con la prima técnica a que se ha hecho referencia, pues están sometidos al régimen de personal administrativo dispuesto por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, mediante acuerdo 67 de 1996, en cuyo artículo 34 se dispone:

“Prima técnica. La universidad otorgará Prima Técnica a funcionarios de cualquier nivel, con sujeción a las disponibilidades presupuestales y condicionada a los méritos académicos, la experiencia calificada y la evaluación del desempeño, según el procedimiento que determine el reglamento. Esta prima no constituye factor salarial ni prestacional”.

De manera que, mientras no se expida la reglamentación que permita establecer qué requisitos deben cumplir los trabajadores para acceder a la prima técnica, como lo hacen los Decretos 1624 y 1661 de 1991 para el Director Administrativo, ella no puede concedérseles y, hasta aquí, legalmente tiene razón la universidad demandada.

Sin embargo, ¿cómo se explica que a un asesor de la universidad que también se encuentra sometido al régimen del acuerdo 67 que no ha sido reglamentado en la parte de la prima técnica, se le haya pagado este emolumento?

En efecto, a folios 7 y 8 del segundo cuaderno del expediente aparece una fotocopia simple de una certificación expedida el 21 de julio de 1997 por la Directora de Asuntos de Personal Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, aportada por el apoderado de los demandantes, donde consta que *“el doctor Luis Augusto Posada Villa, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.326.866 expedida en Manizales, laboró en esta institución docente a partir del 20 de abril de 1993 hasta el 3 de marzo de 1997”*; que a la fecha de retiro desempeñaba el cargo de Asesor 10205 LNR en la oficina jurídica y que se le pagó una prima técnica equivalente a 596.916,00 pesos durante los meses de junio a diciembre de 1996, enero y febrero de 1997.

El cargo de asesor no tiene prima técnica asignada por ninguna norma especial, de manera que él también se encuentra sometido, en esta parte, al jamás reglamentado artículo 34 del

acuerdo 67 de 1996. Entonces, ¿por qué no es posible reconocerles tal derecho a los demandantes si ya antes se había hecho a pesar de la falta de reglamentación? La Sala encuentra aquí un trato diferente que no tiene justificación, pues el caso del asesor es exactamente igual al de los que componen el grupo de choferes, secretarias, ayudantes, aseadoras y demás demandantes en la presente acción de tutela, si no en el nivel de la planta de personal que ocupan, sí en cuanto al régimen legal aplicable para efectos de reconocimiento de la prima técnica. Ese trato diferente deriva en discriminatorio, de conformidad con lo expuesto en el numeral tercero de estas consideraciones, pues consta en el expediente que alguien que ocupó el cargo recibió la prima durante varios meses, no obstante la falta de señalamiento de los factores y requisitos que daban lugar a ello. ¿Cómo se le liquidó? Solo la universidad lo sabe.

Establecida claramente la discriminación en el presente caso, falta determinar si los peticionarios cuentan con otro mecanismo de defensa judicial que les permita conseguir una protección efectiva para su derecho a la igualdad. Para ello, es necesario acudir a las consideraciones hechas por esta misma Sala de Revisión en la sentencia T-346 de 1998, pues son aplicables al asunto de la referencia, en tanto que si bien el derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica es de origen legal, “*el derecho de todos sus titulares a ser tratados de forma igual en la cancelación de la obligación, es de origen constitucional y tiene la categoría de fundamental*”.

Así, como también sucedió en la sentencia que ahora se reitera, la universidad no negó las solicitudes por medio de un acto que pudiera ser atacado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues fue ella misma la que sostuvo que la negativa, “*en estricto sentido jurídico*”, no admitía los recursos de la vía gubernativa, con lo cual estaba afirmando, ni más ni menos, que no se trataba de un acto administrativo. Esto demuestra suficientemente que la presente tutela no solo es procedente, sino que es procedente como mecanismo único y definitivo de protección del derecho inculcado, que no como un simple mecanismo transitorio, pues el derecho invocado solamente podría ser protegido a través de las acciones contencioso administrativas, si apareciera vulnerado en un acto administrativo apto para ser controlado por dicha jurisdicción.

En síntesis, se revocará la sentencia de segunda instancia y se confirmará solamente el numeral primero de la sentencia del *a quo*, pues éste, aunque tuteló el derecho a la igualdad de los demandantes, encontró discriminación donde realmente no existía, ya que su caso no se encontraba en igualdad de condiciones frente a la situación del Director Administrativo de la universidad, como se demostró en precedencia, sino en relación con el asesor, circunstancia que ni el *a quo* ni el *ad quem* analizaron en sus pronunciamientos.

Para proteger el derecho invocado y extinguir la discriminación de que han sido objeto los demandantes, se ordenará a la Universidad Nacional de Colombia que estudie las solicitudes de reconocimiento y pago de la prima técnica por ellos elevadas, a la luz de los mismos criterios que tuvo para reconocérsela a quien fuera Asesor 10205 LNR desde el 1 de junio de 1996 hasta el 3 de marzo de 1997, y expida los correspondientes actos administrativos reconociendo o negando tal prestación económica, en el término de veinte días calendario contados a partir de la notificación de la presente providencia. El pago de la prima técnica a quienes tengan derecho se hará previa disponibilidad presupuestal² que deberá seguir el trámite señalado en las normas

² Sentencia C-018 de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

presupuestales pertinentes, teniendo en cuenta que las sumas deben ser actualizadas si no fueron canceladas oportunamente³.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia expedida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 17 de junio de 1999, y, en su lugar, *confirmar* el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia expedida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, el 11 de mayo de 1999, pero única y exclusivamente por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. **ORDENAR** a la Universidad Nacional de Colombia que, dentro de los veinte días calendario siguientes a la notificación de esta providencia, estudie las solicitudes de reconocimiento y pago de la prima técnica elevadas por los demandantes, a la luz de los mismos criterios que tuvo para reconocérsela a quien fuera Asesor 10205 LNR en la Oficina Jurídica, desde el 1 de junio de 1996 hasta el 3 de marzo de 1997, y expida los correspondientes actos administrativos reconociendo o negando tal prestación económica.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

³ Corte Constitucional, sentencias SU-400 y SU-448 de 1996; T-499 de 1997; T-435, 609, y 780 de 1998; T-006, 039, 072 y 348 de 1999.

SENTENCIA No.T-862

octubre 28 de 1999

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA- Demora injustificada en diagnóstico/
DERECHO A LA VIDA DIGNA- Demora injustificada en diagnóstico

El aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad. En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución, atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-229815

Acción de tutela instaurada por José Alirio Correa, contra el ISS. Seccional de Cali.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, a los veintiocho (28) días del mes de octubre mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por José Alirio Correa contra el ISS., Seccional de Cali.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Cuenta el accionante, que a principios del mes de mayo de 1999, solicitó atención de urgencias, en la Clínica Rafael Uribe Uribe, de la ciudad de Cali, al sentirse atragantada una espina de pescado. Al ser atendido por uno de los médicos de turno, se le manifestó que era imposible extraerle la espina porque no había xilocaína en spray. Al conducirse a otro consultorio le practicaron una radiografía, en donde le informaron que no mostraba ningún cuerpo extraño, siendo necesario la práctica de una endoscopia como procedimiento de diagnóstico. El día del examen le comunicaron, que la práctica de la endoscopia no podía

llevarse a cabo porque el ISS no tiene contrato con ninguna entidad para realizar dicho procedimiento y por lo tanto debía correr con los gastos del mismo. Considera vulnerado el derecho a la salud, desconociendo su calidad de afiliado ya que desde el mes de febrero hasta la fecha, su patrono ha cancelado los aportes correspondientes.

2. Decisión que se revisa.

Negada la presente tutela por el Tribunal Superior de Cali, se expuso en el fallo que de los datos fácticos del presente caso, no se deduce que el accionante se encuentre en situación grave, además el ISS le prestó la atención de urgencia, no vulnerando el derecho a la salud del paciente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Caso concreto.

En relación con la solicitud concreta del peticionario, en el sentido de que se obligue al Instituto de Seguros Sociales a autorizar la práctica de una endoscopia, como procedimiento de diagnóstico, la cual se requiere para determinar la presencia de cuerpos extraños en el organismo, la Sala observa, como lo ha hecho la Corte en oportunidades anteriores, que el aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana establecido en el artículo 1º de la Constitución Política y el derecho fundamental garantizado en el artículo 11 del mismo estatuto, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad.¹ En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución², atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida.

Es posible que en el presente caso, ya la dolencia haya cedido y no esté el actor ante una peligro para su salud y su vida, sin embargo, la Sala ordenará al ISS, realizar los exámenes médicos que aún se requieran como consecuencia de la dolencia inicial que motivó la presente tutela.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, por medio del cual negó el amparo solicitado.

¹ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-499 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sala Séptima de Revisión, sentencia T-645 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-322 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sala Octava de Revisión, sentencia T-236 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz y Sala Novena de Revisión, sentencia T-489 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras. Sala Novena de Revisión, sentencia T-489 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sala Octava de Revisión, sentencia T-732 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz y Sala Segunda de Revisión, sentencia T-096 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

² Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, sentencia T-489 de 1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

T-862/99

Segundo. **CONCEDER** el amparo solicitado y, en consecuencia, ordenar al ISS Seccional Valle del Cauca, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si no lo ha hecho ya, realice al señor José Alirio Correa, los exámenes que sean necesarios como procedimiento de diagnóstico de la afección que dio origen a la presente tutela.

Tercero. Por Secretaría, librese la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General.

**SENTENCIAS DE
UNIFICACION DE TUTELA
OCTUBRE DE 1999**

SENTENCIA SU-786

octubre 13 de 1999

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia excepcional

Ha sostenido la Corte, a partir de la Sentencia C-543 de 1992, que la acción de tutela no cabe en principio contra las providencias judiciales, salvo que, no existiendo otro medio de defensa en procedimientos ordinarios y dándose la circunstancias de un perjuicio irremediable, pueda establecerse sin duda que se ha incurrido en una vía de hecho, esto es, en un comportamiento ostensiblemente arbitrario, opuesto al ordenamiento jurídico, que ha vulnerado, en la misma actuación judicial, los derechos fundamentales de una o varias personas.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia por existencia de mecanismo de defensa judicial/**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-** Improcedencia por no ejercicio oportuno de mecanismo de defensa judicial/**VIA DE HECHO-** Clases de defectos en la actuación/**INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA-** Finalidad en una democracia constitucional/**INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA-** Características y alcance en una democracia constitucional/**INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA-** Protección siempre que se cumplan dos condiciones

En sentencia de la Corte Constitucional se puso de presente que la actuación de un Senador o de un Representante se encuentra cubierta por la inviolabilidad “sólo si cumple con las siguientes dos condiciones: de un lado, que se trate de una opinión o de un voto, por lo cual no quedan amparadas las otras actuaciones de los senadores y representantes, incluso si las desarrollan dentro del propio recinto parlamentario. De otro lado, la opinión debe ser emitida en el ejercicio de sus funciones como congresista, por lo cual no son inviolables aquellas opiniones que un senador o representante formule por fuera de los debates parlamentarios, cuando actúe como un simple ciudadano”.

INVOLABILIDAD DE OPINIONES Y VOTOS DEL CONGRESISTA- Aspectos que no comprende

El campo objeto de la inviolabilidad está nítidamente definido en la propia Constitución, de modo que no comprende las actuaciones, decisiones o actos de los congresistas cuando no se trate de opiniones o votos, o cuando no se hayan pronunciado las unas o emitidos los otros por fuera del ejercicio de su cargo. No todo lo que hace un miembro del Congreso, aun dentro

del ámbito propio de su función, está amparado por la inviolabilidad, y que, en esa medida, la actividad que desarrolla puede ser materia de indagación y proceso penal, aunque dentro del fuero constitucional que radica la competencia respectiva en la Corte Suprema de Justicia.

SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-
Competencia sobre actuaciones de congresistas no constitutivas de votos y opiniones en ejercicio de funciones

No excede el campo de sus atribuciones la Corte Suprema cuando inicia el trámite correspondiente a denuncias formuladas contra congresistas cuando ellas recaen sobre actuaciones que, en sí mismas, no son constitutivas de votos emitidos o de opiniones manifestadas en ejercicio de sus funciones.

SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-
Investigación de congresista por acto de impulsión de proceso en etapas iniciales

Referencia: Expediente T- 212590

Acción de tutela instaurada por Jairo José Ruiz Medina contra la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241-9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda.

En este caso, dando aplicación al artículo 53 del Reglamento de la Corporación, el Pleno de la Corte ha asumido la competencia, teniendo en cuenta que en la ponencia original se ha propuesto introducir modificaciones a la jurisprudencia constitucional.

I. ANTECEDENTES

Jairo José Ruiz Medina, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que, en su criterio, incurrió en vía de hecho al asumir competencia e iniciar proceso penal en su contra por el delito de prevaricato por acción, violando sus derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre, a la honra, a circular libremente por todo el territorio y a salir del país, así como el derecho a la libertad.

Los hechos en que fundamenta su pretensión son los siguientes:

-Siendo miembro de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, en ejercicio de sus funciones y con fundamento en los artículos 329 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, abrió investigación, practicó pruebas y llamó a indagatoria a algunos consejeros de Estado, por el posible punible de prevaricato, en razón de haber sentenciado favorablemente la

pérdida de investidura del Congresista Samuel Escrucería Manzi el 8 de septiembre de 1992 (Proceso AC-175, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo).

Su actuación tuvo origen en una denuncia presentada ante la Comisión de Acusaciones por Plutarco Godín, el 20 de abril de 1993, la cual le fue repartida el 22 del mismo mes.

Por auto del 21 de julio de 1993 dispuso citar a indagatoria a los consejeros de Estado, a partir del 27 de julio, con el fin de esclarecer las razones que llevaron a que la mayoría de ellos hubiese votado la señalada pérdida de investidura.

-Practicada la indagatoria al Consejero de Estado Guillermo Chahín Lizcano y aceptando la recusación interpuesta por el Dr. Carlos Betancur Jaramillo el 28 de julio de 1993, Ruiz Medina renunció a seguir siendo ponente del caso. Posteriormente fue denunciado penalmente ante la Corte Suprema de Justicia por Saúl Flórez Enciso.

-La Corte Suprema de Justicia inició indagación preliminar y posteriormente le abrió investigación penal por el supuesto delito de prevaricato por acción (Expediente 8664, única instancia).

-Tramitada la causa, el 19 de marzo de 1998 la Sala de Casación Penal profirió sentencia condenatoria contra Jairo José Ruiz Medina por 42 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y pago de indemnizaciones por daños morales causados a dos consejeros de Estado. La condena impuesta fue de tal severidad, afirma el accionante, que para imponerla no se partió del mínimo contemplado en la normatividad vigente para la época del supuesto hecho punible, sino que se le aplicó el mínimo del art. 28 de la Ley 190 de 1995, norma vigente y expedida dos años después de los hechos.

Contra la decisión de la Corte Suprema de Justicia se interpusieron los siguientes recursos:

1. Recurso Extraordinario de Casación Excepcional, en abril 17 de 1998, que fue inadmitido en providencia de mayo 18 de 1998.

2. Acción de Revisión de la sentencia, con base en las siguientes causales:

a) Haberse dictado la sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por invalidez de la petición formulada.

b) Prueba nueva no conocida y no controvertida en el debate procesal.

Esta acción fue rechazada de plano por la Sala de conjuces de la Corte Suprema el 6 de noviembre de 1998, con el argumento de que no reunía los requisitos del art. 234 del Código de Procedimiento Penal.

Esta decisión fue recurrida pero la Sala no repuso la decisión inicial.

Para el afectado, esta posición de la Corte Suprema de Justicia resulta desconcertante, pues olvida que el Estatuto Superior en su artículo 228 ordena que en las actuaciones judiciales prevalecerá el Derecho Sustancial.

Señala el peticionario que el denunciante olvidó que el denunciado por esa época era Representante a la Cámara y como tal inviolable por las opiniones y votos que pudiera emitir en el ejercicio del cargo. Según el actor, la Corte Suprema de Justicia carecía por esa época, como en la actualidad, de competencia para conocer de un proceso que ni siquiera podía iniciarse, toda vez que no existe norma penal que faculte a esa Corporación para investigar y

juzgar a los miembros del Congreso por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus funciones. Y al no existir dichas normas -concluye- se viola flagrantemente el debido proceso contemplado en el art. 29 de la Carta.

Para el accionante, todo el trámite consignado en el Expediente 8664 única instancia, constituyó una auténtica vía de hecho judicial. Considera que se le ha vulnerado su derecho al debido proceso, pues nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes y no existe en Colombia norma penal que tipifique como hecho punible el cumplir con las funciones de Representante Investigador de la H. Cámara de Representantes.

Se pide, mediante la tutela, que se anule la sentencia condenatoria de única instancia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el día 19 de marzo de 1998 y que se ordene en forma inmediata al INPEC y a la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, poner en libertad a Jairo José Ruiz Medina.

II. LA DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISION

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, mediante sentencia del dieciocho (18) de marzo de 1999, denegó la tutela por cuanto no es procedente contra providencias judiciales, y porque la actuación atacada no constituyó una vía de hecho de la Corte Suprema de Justicia.

Respecto de la posible violación del debido proceso, a partir de lo consignado por esta Corte en la Sentencia SU-047 de 1999, el Tribunal anotó que allí se dejó muy en claro y en forma reiterada que la citada inviolabilidad de los congresistas, al tenor del artículo 185 de la Carta, es perpetua, es pacífica y absoluta, lo cual significa que cubre exclusivamente los votos y opiniones emitidos en ejercicio del cargo. La inviolabilidad citada busca proteger de manera general la libertad e independencia del Congreso, la integridad de la formación de la voluntad colectiva del Congreso y por eso los representantes y senadores actúan consultando la justicia y el bien común, conforme manda el artículo 133 de la Constitución.

Agregó que la inviolabilidad no significa que los congresistas no puedan nunca cometer delitos en el ejercicio de sus funciones, y por ello el artículo 186 de la Constitución consagra que de los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención.

La decisión no fue impugnada.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. Reiteración de jurisprudencia sobre el carácter excepcional de la vía de hecho

Ha sostenido la Corte, a partir de la Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, que la acción de tutela no cabe en principio contra las providencias judiciales, salvo que, no existiendo otro medio de defensa en procedimientos ordinarios y dándose la circunstancias de un perjuicio irremediable, pueda establecerse sin duda que se ha incurrido en una *vía de hecho*, esto es, en un comportamiento ostensiblemente arbitrario, opuesto al ordenamiento jurídico, que ha vulnerado, en la misma actuación judicial, los derechos fundamentales de una o varias personas.

La Corte reitera:

“Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aun, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, 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 de protección, aun sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el *proceso*, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción. Sobre el tema ha declarado la Corte

(...)

Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones *de hecho* imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Respecto de la *vía de hecho* esta Corte ha señalado:

“En el ámbito reservado a su función, dentro de las normas y criterios legales, el juez competente dispone de la facultad inalienable de resolver sobre el asunto sometido a su análisis, sea propiamente en el curso de una controversia litigiosa o en el campo de la definición o constatación del Derecho por la vía de la jurisdicción voluntaria, sin que en principio deba actuar por el impulso, la decisión o la dirección de otro juez.

Por lo tanto, a menos que la actuación del fallador se aparte de manera ostensible e indudable de la ley, en abierta imposición de su personal interés o voluntad, es decir que resuelva el conflicto planteado por fuera del orden jurídico, no tiene justificación una tutela enderezada a constreñir la libertad de que dispone el juez, investido de la autoridad del Estado, dentro de las reglas de la jurisdicción y la competencia, para proferir los actos mediante los cuales administra justicia.

La valoración del caso en sus elementos fácticos y jurídicos, a la luz de la normatividad aplicable, está reservada al juez competente, quien goza del poder que le otorga la ley para interpretarla y aplicarla, sin que necesariamente deba coincidir con la apreciación de otros jueces, pues repugna a la autonomía funcional que el criterio del juzgador, mientras no se evidencie una flagrante transgresión del ordenamiento, pueda ser revocado sin sujeción a los procedimientos, recursos e instancias que él mismo contempla.

Entonces, la vía judicial de hecho -que ha sido materia de abundante jurisprudencia- no es una regla general sino una excepción, una anomalía, un comportamiento que, por constituir burdo desconocimiento de las normas legales, vulnera la Constitución y quebranta los derechos de quienes acceden a la administración de justicia. Es una circunstancia extraordinaria que exige, por razón de la prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.), la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el vicio que ha comprometido o mancillado los postulados superiores de la Constitución por un abuso de la investidura.

Naturalmente, ese carácter excepcional de la vía de hecho implica el reconocimiento de que, para llegar a ella, es indispensable la configuración de una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso concreto”.(Subrayado fuera de texto. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-492 del 7 de noviembre de 1995).

En la Sentencia T-118 del 16 de marzo de 1995, la Corte había indicado:

“La vía de hecho consiste en una transgresión protuberante y grave de la normatividad que regía el proceso dentro del cual se profirió la providencia objeto de acción, a tal punto que, por el desconocimiento flagrante del debido proceso o de otras garantías constitucionales, hayan sido vulnerados materialmente -por la providencia misma- los derechos fundamentales del accionante.

Esto significa que la vía de hecho es en realidad el ejercicio arbitrario de la función judicial, en términos tales que el fallador haya resuelto, no según la ley -que, por tanto, ha sido francamente violada- sino de acuerdo con sus personales designios.

No cualquier error cometido por el juez en el curso del proceso tiene el carácter de vía de hecho, pues entenderlo así implicaría retroceder al ritualismo que sacrifica a la forma los valores de fondo que deben realizarse en todo trámite judicial y, por otra parte, quedaría desvirtuada por una decisión de tutela la inexequibilidad declarada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, que, se repite, ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional. Si, con arreglo al artículo 243 de la Constitución, en tal evento “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, tampoco los jueces, ni la propia Corte Constitucional en sus fallos de revisión, pueden revivir el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, con las salvedades que se hicieron explícitas en la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992.

Así las cosas, para que pueda llegarse a entender que, de manera excepcional, procede la acción de tutela contra providencias judiciales -y con mayor razón contra sentencias que han alcanzado el valor de la cosa juzgada-, es indispensable que se configure y acredite una situación verdaderamente *extraordinaria*, que implique no solamente el incumplimiento de una norma jurídica que el juez estaba obligado a aplicar sino una equivocación de dimensiones tan graves que haya sido sustituido el ordenamiento jurídico por la voluntad del fallador”.

En reciente fallo la Corte insistió, al precisar el concepto de *vía de hecho*:

“...únicamente se configura sobre la base de una ostensible transgresión del ordenamiento jurídico, lo cual repercute en que, distorsionado el sentido del proceso, las garantías constitucionales de quienes son afectados por la determinación judicial -que entonces pierde de la intangibilidad que le es propia- encuentren en el amparo la única fórmula orientada a realizar, en su caso, el concepto material de la justicia.

Por supuesto, tal posibilidad de tutela no es regla general sino excepción, y los jueces ante quienes se solicita están obligados a examinar de manera rigurosa el caso para no desvirtuar los principios de autonomía funcional de la jurisdicción y de la cosa juzgada, a los que de modo extenso se refirió la aludida Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992.

De allí que la Corte haya consolidado criterios que deben ser tenidos en cuenta, en sede de tutela, al efectuar el análisis constitucional de una providencia judicial.

Entre las pautas que la jurisprudencia constitucional ha trazado cabe recalcar las siguientes:

“La Corte ha considerado que una providencia judicial constituye una *vía de hecho* cuando (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante *defecto fáctico*, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un *defecto orgánico* protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente *defecto procedimental*, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una *vía de hecho* se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.

La Sala no duda en reiterar que la intervención del juez de tutela en una sentencia judicial, calificándola como una *vía de hecho*, sólo puede producirse en aquellos casos en que el vicio alegado sea *constatable a simple vista*. Adicionalmente, el defecto cuya remoción se persigue por vía de la acción de tutela debe conllevar, en forma inmediata, la violación de uno o múltiples derechos fundamentales, lo cual determina que sólo las decisiones judiciales cuyos efectos trasciendan el campo de los anotados derechos, en detrimento de éstos, pueden ser atacadas mediante la acción de tutela” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-567 del 7 de octubre de 1998. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“En relación con el análisis de las pruebas por parte de los jueces, debe decirse que, si bien en principio habrá de ser respetada la autonomía funcional en la valoración probatoria efectuada -garantía que permite al fallador arribar, libre de apremios y según su propio criterio, a las conclusiones con apoyo en las cuales debe estructurar y proferir su decisión-, el absoluto desconocimiento de las pruebas aportadas constituye omisión grave que configura sin duda una *vía de hecho*, como lo expresó esta Sala en Sentencia T-329 del 25 de julio de 1996”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-555 del 2 de agosto de 1999).

En el presente caso, el peticionario aduce la configuración de una *vía de hecho* por parte de la Corte Suprema de Justicia al investigarlo y juzgarlo por el delito de prevaricato, desconociendo la inviolabilidad que como Congresista le protegía en sus votos y opiniones, a la luz del artículo 185 de la Constitución Política.

La Corte debe analizar, por tanto, si tal inviolabilidad existía respecto de la actuación de la que se trata y establecer, en relación con ello, si la Corte Suprema pudo, en efecto, a partir de una falta de competencia suya, vulnerar el derecho del actor al debido proceso.

2. No es aplicable el artículo 185 de la Constitución, sobre inviolabilidad, cuando el Congresista no está emitiendo un voto ni expresando una opinión en ejercicio de sus funciones.

La garantía de inviolabilidad consagrada en favor de los miembros del Congreso tiene el alcance institucional que esta Corte señaló en su Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999 (Ms.Ps.: Drs. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero):

“Alcance y funciones de la inviolabilidad parlamentaria en una democracia constitucional.

7- El artículo 185 de la Carta establece que los congresistas son “inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo”. Esta disposición constitucional consagra entonces la inviolabilidad de los senadores y representantes, conocida en otros ordenamientos como la irresponsabilidad parlamentaria. Así la denomina por ejemplo el constitucionalismo francés, que ha reconocido esa garantía en todas sus constituciones republicanas; igualmente, algunas de nuestras constituciones del siglo XIX, que previeron todas la figura, solían denominarla “irresponsabilidad” en vez de “inviolabilidad”. Sin embargo, el sentido de la institución en todos los casos es básicamente el mismo: un congresista no puede ser investigado, ni detenido, ni juzgado, ni condenado, por los votos u opiniones que haya formulado en el ejercicio de sus funciones.

8- La totalidad de los ordenamientos de las democracias constitucionales prevén, con un alcance similar, esta figura. Y es razonable que sea así, ya que la inviolabilidad de los parlamentarios y de los congresistas juega un papel esencial en la dinámica de los Estados democráticos de derecho. En efecto, el fin de la irresponsabilidad de los congresistas es que los representantes del pueblo puedan emitir de la manera más libre sus votos y opiniones, sin temor a que éstos puedan ocasionar persecuciones judiciales o de otra índole, con lo cual se garantiza una plena libertad e independencia en la formación de la voluntad colectiva del parlamento o congreso. Así, sólo por medio de la figura de la inviolabilidad, es posible que se cumpla el mandato constitucional según el cual los senadores y representantes deben actuar “consultando la justicia y el bien común” (CP art. 133), y no movidos por el temor a eventuales represalias jurídicas.

La irresponsabilidad de los congresistas es entonces consustancial a la democracia constitucional ya que es la expresión necesaria de dos de sus principios esenciales: la separación de los poderes y la soberanía popular. Así, la inviolabilidad asegura la independencia del Congreso, puesto que evita las injerencias de las otras ramas del poder cuando los senadores y representantes ejercen sus funciones. Esto explica que históricamente la irresponsabilidad de los representantes del pueblo por sus votos y opiniones se encuentre ligada a la lucha de los parlamentos por conquistar su independencia frente al Rey y a los otros órganos de poder. Así, en la larga lucha entre la Cámara de los Comunes y los Tudor y los Estuardo, estos monarcas utilizaron frecuentemente las persecuciones judiciales, civiles y penales, para intimidar a los parlamentarios críticos. Por ello, una de las conquistas esenciales de la “Revolución Gloriosa” en Inglaterra fue precisamente la cláusula de la inviolabilidad, recogida en el artículo 9º de la

“Bill of Rights” o Declaración de Derechos de 1689, y según la cual la “libertad de expresión, los debates y las actuaciones en el Parlamento no pueden ser juzgados ni investigados por otro Tribunal distinto del parlamento”. Esta garantía fue un paso decisivo en la independencia del Parlamento, por lo cual fue retomada, casi en idénticos términos, por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la Constitución francesa de 1791. Por ello esta Corte ha señalado que la inviolabilidad “es una institución que nace con el parlamento moderno y que busca garantizar la independencia de éste frente a los otros poderes, especialmente frente al poder Ejecutivo”.

De otro lado, esta figura estimula un debate democrático, vigoroso y libre de temores, en el foro por excelencia de la democracia, que son los parlamentos y los congresos, tanto en los regímenes presidenciales como parlamentarios. La inviolabilidad de los congresistas es pues una consecuencia natural de la soberanía popular, ya que si el pueblo es la fuente de donde emana todo el poder público del Estado colombiano (CP Preámbulo y art. 3), es natural que sus representantes, que son los congresistas (CP art. 133), gocen de las garantías necesarias para expresar libremente sus pareceres y sus votos. Al fin y al cabo, es para eso que los ciudadanos los eligen.

9- La finalidad de la inviolabilidad de los congresistas explica naturalmente sus características y alcances. Así, en cuanto a sus rasgos esenciales, en primer término, la doctrina constitucional y la práctica jurisprudencial coinciden en señalar que esta prerrogativa es primariamente una garantía institucional en favor del Congreso y de la democracia, en vez de ser un privilegio personal del senador o del representante como tal, lo cual explica que ella no pueda ser renunciada por su titular y que, en un proceso judicial, el juez deba tomarla en cuenta de oficio, por tratarse de un asunto de interés público, incluso si ésta no es alegada por el congresista.

De otro lado, la inviolabilidad es perpetua, esto es, el parlamentario o congresista escapa a cualquier persecución judicial por sus votos y opiniones, incluso después de que ha cesado en sus funciones. Y es natural que sea así, ya que si la función de la figura es asegurar la libertad de opinión del congresista, es obvio que ésta puede verse limitada por el temor a futuras investigaciones en su contra, por haber votado u opinado de determinada manera.

En tercer término, la inviolabilidad genera una irresponsabilidad jurídica general, (lo cual explica que a veces la figura sea conocida como “irresponsabilidad parlamentaria”), por cuanto el congresista escapa no sólo a las persecuciones penales sino también a cualquier eventual demanda de naturaleza civil por los votos u opiniones formulados en ejercicio de sus funciones”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-786 del 29 de enero de 1999. Ms.Ps.: Drs. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

En la misma providencia se puso de presente que la actuación de un Senador o de un Representante se encuentra cubierta por la inviolabilidad “sólo si cumple con las siguientes dos condiciones: de un lado, que se trate de una opinión o de un voto, por lo cual no quedan amparadas las otras actuaciones de los senadores y representantes, incluso si las desarrollan dentro del propio recinto parlamentario. De otro lado, la opinión debe ser emitida en el ejercicio de sus funciones como congresista, por lo cual no son inviolables aquellas opiniones que un senador o representante formule por fuera de los debates parlamentarios, cuando actúe como un simple ciudadano”.

Es indispensable subrayar, entonces, que el campo objeto de la inviolabilidad está nítidamente definido en la propia Constitución, de modo que no comprende las actuaciones, decisiones o actos de los congresistas cuando no se trate de opiniones o votos, o cuando no se hayan pronunciado las unas o emitidos los otros por fuera del ejercicio de su cargo.

Es evidente, entonces, que no todo lo que hace un miembro del Congreso, aun dentro del ámbito propio de su función, está amparado por la inviolabilidad, y que, en esa medida, la actividad que desarrolla puede ser materia de indagación y proceso penal, aunque dentro del fuero constitucional que radica la competencia respectiva en la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden de ideas, no excede el campo de sus atribuciones la Corte Suprema cuando inicia el trámite correspondiente a denuncias formuladas contra congresistas cuando ellas recaen sobre actuaciones que, en sí mismas, no son constitutivas de votos emitidos o de opiniones manifestadas en ejercicio de sus funciones.

Así, proferir una providencia y proseguir una actuación (en la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes), como la que dio lugar en el presente asunto a la investigación y posterior condena proferida contra el excongresista Jairo José Ruíz Medina, en cuanto no correspondía ni a una opinión ni a un voto suyo en ejercicio de su cargo sino a un mero acto de impulsión de un proceso en sus etapas iniciales, no era algo que pudiese ser tratado bajo la perspectiva y la protección constitucional de la inviolabilidad. Algo muy distinto de lo que esta Corte examinó en el caso resuelto mediante Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, en el que, sin duda, el proceso iniciado se refería al voto de una Representante a la Cámara en ejercicio de sus atribuciones.

Por tanto, en el presente asunto, investigar y sancionar penalmente la conducta del Congresista, en cuanto fuera constitutiva de delito, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, no comportaba una **vía de hecho**, hallándose tal Corporación facultada, como lo está, por el artículo 235, numeral 3, de la Constitución para “investigar y juzgar a los miembros del Congreso” -se entiende que por conductas no cobijadas por la inviolabilidad-. En consecuencia, con arreglo a consolidada doctrina constitucional, contra las actuaciones judiciales correspondientes ni contra la Sentencia proferida por ese alto tribunal cabía la acción de tutela.

DECISION

En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la Sentencia proferida en el asunto de la referencia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 2, Subsección C, el 18 de marzo de 1999, mediante la cual se negó la tutela impetrada por Jairo José Ruiz Medina:

Segundo. Por Secretaría, **DESE CUMPLIMIENTO** a lo previsto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Presidente
ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado
ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado
JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
- con aclaración de voto -
CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
FABIO MORON DIAZ, Magistrado
VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado
ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA SU-786/99

INVOLABILIDAD DE OPINIONES Y VOTOS DEL CONGRESISTA-Responsabilidad penal cuando actúan como fiscales y jueces (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-212590

Aclaro mi voto en el sentido de que, tal como lo proponía en la ponencia original, la Corte ha debido dejar en claro que, si los procesos que se adelantan en el Congreso contra el Presidente de la República, los magistrados de las altas corporaciones de justicia y el Fiscal General de la Nación son de naturaleza jurisdiccional -personalmente pienso que tienen un carácter fundamentalmente político (ver aclaración de voto relativa a la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996)-, para ser consecuentes deberíamos admitir que, obrando los representantes a la Cámara como fiscales y los senadores como jueces, deberían responder, inclusive penalmente, como responden los fiscales y los jueces ordinarios, sin perjuicio de la inviolabilidad garantizada a sus votos y opiniones.

Pero debo manifestar también que, aun no compartiéndola, acato la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, en cuya adopción no tuve ocasión de participar por haberme sido aceptado un impedimento.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, *ut supra*.

SENTENCIA SU-819

octubre 20 de 1999

DERECHO A LA SALUD- Carácter prestacional/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Carácter prestacional/DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES- Prestacionales y transmutación hacia un derecho subjetivo

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Adquisición carácter de fundamentales

Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección. A toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital “por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal” y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, “ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD- Alcance/ SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL- Objeto/ REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Alcance/ DERECHO A LA SALUD- Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental

Una de las hipótesis en que los derechos a la seguridad social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del afiliado a una entidad de seguridad social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la seguridad social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte: "primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto."

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO- Fundamental prevalente

Como lo ha precisado esta Corporación, el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.

SEGURIDAD SOCIAL- Servicio público esencial

La seguridad social en el ámbito de la salud como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución, representa el deber que tiene el Estado de garantizar en forma efectiva, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el acceso a los servicios de salud, con el propósito de mantener o recuperar la salud de las personas y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

SEGURIDAD SOCIAL- Servicio privado de interés público

La seguridad social como actividad privada de interés público, en desarrollo de lo previsto en el artículo 335 de la Carta, se proyecta al conjunto de beneficios opcionales y voluntarios que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad, cuya financiación se surte de manera exclusiva con los recursos de los particulares, diferentes a los aportes obligatorios que éstos deben hacer a la seguridad social.

PLANES ADICIONALES DE SALUD- Naturaleza/ SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Recursos limitados

No obstante el reconocimiento constitucional del principio de la solidaridad, es preciso manifestar que el Estado colombiano -que no es un Estado benefactor-, carece de los recursos suficientes para hacer efectivo, a plenitud, el acceso al servicio público esencial de la salud, por lo que es necesario, para garantizar la prevalencia del interés general, hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable, tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud. En cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad.

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Naturaleza/ REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Naturaleza/ FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA- Naturaleza/ FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA- Recursos son limitados/ FONDO DE

**SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Objeto/FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-
Afectación del equilibrio financiero por asunción de obligaciones excluidas**

Entiende la Corte que se alteran las reglas de juego iniciales establecidas por la ley, cuando se exige que el Fondo de Solidaridad y Garantía asuma una serie de obligaciones que están excluidas de los respectivos regímenes, o cuando igualmente se impone a las EPS su asunción, no teniendo la capacidad económica ni los recursos para cubrir prestaciones, procedimientos o tratamientos que están por fuera del Plan, pues ello incide necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio Sistema, y en especial en el cumplimiento adecuado y eficaz de las funciones a cargo del Fondo. En consecuencia, cuando ese Fondo no recibe los giros y las transferencias correspondientes con los cuales pueda cumplir su objeto, cual es garantizar la eficacia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o cuando sus recursos son utilizados para cubrir tratamientos o procedimientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se pone en grave peligro la solvencia y eficiencia del Sistema, al igual que los derechos fundamentales de todos y cada uno de los afiliados y los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Limitaciones/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Equilibrio estructural/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Características principales/ CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Funciones/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Servicios adicionales/ PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Alcance/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Límites a obligaciones/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Afiliación es al sistema y no a la EPS/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Pago de cotización es al sistema/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Períodos mínimos de cotización/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Períodos de carencia/ PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Prestación de servicios excluidos por prevalencia de derechos fundamentales/ PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Aplicación estricta de períodos mínimos de cotización afecta derechos fundamentales/INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo/ PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Exclusión de ciertas actividades, intervenciones y procedimientos /PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Remisión de pacientes al exterior/ PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES PUBLICAS- Jerarquía Superior/LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES PUBLICAS-Prevalencia sobre ley de seguridad social/LEY DE SEGURIDAD SOCIAL- Naturaleza/LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES PUBLICAS-Modificación de normas sobre prestación de servicios de salud en el exterior/ PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Tratamientos, procedimientos y medicamentos que deben prestarse en Colombia y el exterior aunque estén por fuera/ PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Prestaciones en Colombia y el exterior no incluidas cuando se afecta derecho a la vida/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Deberes de los usuarios frente a prestaciones que por excepción sean autorizadas/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Cubrimiento de prestaciones por fuera del POS lleva al Estado a titularidad del cobro al usuario

En estos casos las Entidades Promotoras de Salud actúan por cuenta integral del Estado al cubrir prestaciones por fuera de los límites legales de su operación, y por consiguiente, a juicio de la Corte, a la imposición de una responsabilidad a la Entidad Promotora de Salud que excede los límites contractuales y legales, mal se le puede agregar la carga de efectuar

el correspondiente cobro al usuario, siendo entonces el Estado el titular directo de las correspondientes acciones judiciales de cobro de las sumas que corresponde asumir al usuario.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD- Límites en cuanto condiciones financieras del sistema y tecnología existente en el país/**PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-** Responsabilidad y coordinación en prestación de servicios excluidos para remisión al exterior

Debe señalar esta Corporación en relación con las solicitudes de remisión, las siguientes conclusiones: a) Corresponde al Estado, como directamente responsable de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demanda el tratamiento que el afiliado requiere para la recuperación de su salud. b) El Estado, a través del Ministerio de Salud -o en su caso la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social-, podrá, una vez efectuada la respectiva evaluación y obtenidos los resultados de los exámenes realizados al paciente y determinada la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento, y antes de su remisión, exigir a la EPS a la que se encuentre afiliado para que ésta proporcionalmente asuma el pago de lo que costaría un tratamiento similar, si este existiere, que se hubiera podido realizar en Colombia conforme a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para la correspondiente patología. c) El Ministerio de Salud, previamente a la remisión del paciente al exterior, deberá disponer de los recursos a través del Fosyga con los cuales se cancelarán los gastos de traslado, intervenciones, procedimientos y otros a practicarle al paciente, así como la entidad que en el exterior se deberá hacer cargo del procedimiento; recursos que se adicionarán a los que la EPS proporcionalmente deberá asumir en las condiciones mencionadas en el literal anterior. d) En el caso de la población vinculada, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Parámetros legales para otorgamiento excepcional de beneficios excluidos en Colombia y el exterior/**PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-** Cumplimiento de requisitos para acceder a servicios excluidos en Colombia y el exterior

No puede desconocerse que la remisión de pacientes al exterior aunque pueda convertirse en una posibilidad que les permita a éstos la recuperación de su salud o al menos la prolongación de su vida, en la medida en que los tratamientos y procedimientos que habrán de ser practicados en el exterior implican costos muy elevados, y que los recursos del Estado para responder con su obligación de proporcionar a todos los habitantes del territorio nacional los servicios de salud son limitados, pone en grave riesgo el acceso de la población a los servicios de salud, así como la garantía y la defensa de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social. Por ello, el legislador, en la Ley 508 de 1999, estableció una serie de requisitos que son de ineludible y obligatorio cumplimiento, para acceder a los servicios de salud excluidos del POS en Colombia y en el exterior cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida, que se convierten en necesarios para garantizar los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general, así como los específicos que rigen el sistema de seguridad social en salud -la eficiencia, universalidad y solidaridad-.

JUEZ DE TUTELA- Necesidad de tener en cuenta territorialidad y capacidad financiera para proteger derecho a la salud

No cabe duda para la Corporación que si los elementos de la territorialidad y de la capacidad financiera no son tomados en cuenta por el juez de tutela para adoptar órdenes dirigidas a la protección del derecho a la salud, se hace imposible que el Estado pueda cumplir con su obligación constitucional de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional su salud y seguridad social, y en conexidad, su vida, dignidad y mínimo vital.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO- Transplante de médula ósea en el exterior/**FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA**-Reembolso a EPS/**PLAN OBLIGATORIO DE SALUD**- Capacidad económica del usuario respecto de servicios no cubiertos/ **CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**-Reglamentación del régimen de copago y de cuotas moderadoras para servicios por fuera del POS

Sala Plena - Sentencia de Unificación de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-217.495

Peticionario: Alejandro Moreno Alvarez contra el Estado - Ministerio de Salud y COLMENA SALUD EPS.

Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinte (20) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Alejandro Moreno Alvarez, en nombre del menor Alejandro Moreno Parra contra el Ministerio de Salud y Colmena Salud EPS.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alejandro Moreno Alvarez, en ejercicio de su atribución constitucional, formuló acción de tutela en representación de su menor hijo Alejandro Moreno Parra contra el Estado - Ministerio de Salud y contra Colmena Salud EPS, con el objeto de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física.

1. Hechos.

Señala el peticionario como hechos que motivaron la formulación de la tutela, los siguientes:

1º Desde el primero de marzo de 1995 se encuentra afiliado a Salud Colmena EPS como cotizante y en calidad de beneficiarios incluyó a sus tres hijos (entre ellos a Alejandro), a su esposa y a la madre de ésta.

2º Que desde mediados del año pasado, su hijo Alejandro presentó quebrantos de salud, razón por la cual acudió a los médicos de la EPS para que verificaran su posible enfermedad y el tratamiento que se debía seguir. Fue así como la doctora Martha Patricia Vizcaíno, médica adscrita a la EPS Salud Colmena, diagnosticó que el niño padecía de la enfermedad denominada "Leucemia Mieloide Crónica", siendo necesario para preservar su vida, la realización de un transplante de médula ósea con donante no relacionado, igualmente denominado transplante heterólogo (en cuyo caso el donante es un tercero). Este transplante es diferente al autólogo,

pues en él se utiliza la médula del mismo paciente, el cual se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud que corresponde prestar a la EPS.

3º Que el transplante heterólogo con donante no relacionado, según certificaciones de los médicos Martha Patricia Vizcaíno y Enrique Pedraza, no se realiza en Colombia por cuanto no se cuenta con la tecnología adecuada. Es así como en la Resolución 5261 de 1994, que fija los procedimientos que deben prestar las EPS dentro del POS no se contempla este tipo de transplante, precisamente por no existir en Colombia la tecnología requerida.

4º Que mediante comunicación del 12 de marzo de 1999, Salud Colmena le informó la imposibilidad en que se encontraba para realizar el transplante heterólogo, por no contar en Colombia con la tecnología necesaria, resaltando que si se tratara de un transplante autólogo o heterólogo con donante relacionado, lo asumiría sin dilación alguna. Así mismo, precisó la normatividad en la cual se fundamentaba para negar el transplante requerido, manifestando su disponibilidad de asumir el valor correspondiente al transplante incluido en el POS, y que sería el que por ley tendría que asumir, considerando que su campo de acción se limita estrictamente al señalado en la ley, conforme delegación que el Estado le hiciera en la prestación del servicio público de salud.

5º Que tiene conocimiento que este tipo de transplante heterólogo puede ser realizado en el Hospital de la Universidad de Birmigham en Alabama, EEUU, y que su costo podría ascender a la suma de U\$371.740.00, según cotización anexa, valor que no podría conseguir ya que no cuenta ni podría contar nunca con los recursos económicos necesarios para sufragarlo.

6º Que de no efectuarse el transplante sugerido por el médico tratante a la mayor brevedad, la consecuencia inmediata sería la muerte del menor Alejandro. Teniendo en cuenta la urgencia de conservar a toda costa la vida de su hijo, y la imposibilidad de realizarle el transplante requerido en el país con cargo a los recursos del sistema de seguridad social en salud, el accionante se encuentra en la agobiante necesidad de demandar el amparo del Estado, quien debe garantizar el derecho fundamental a la salud y a la vida de los niños, conforme a los principios consignados en la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional.

7º Que obra comunicación dirigida al Presidente de Salud Colmena, en la cual le manifiesta que en la actualidad uno de los médicos tratantes de su hijo al descartar la posibilidad de que al niño se le practicara un transplante de médula ósea en Colombia por las particulares características de su enfermedad y la no existencia en el país de un banco de donantes que pueda proveer la médula, nos puso en contacto con el Hospital de la Universidad de Birmigham a donde se han enviado los estudios realizados en el país a su hijo, para que en ese centro de salud le sea practicado al niño el transplante que posiblemente garantizará su mejoría y en consecuencia le permita seguir viviendo.

En virtud de lo anterior, el actor solicita que se ordene al Estado - Ministerio de Salud, quien es el primeramente responsable de la atención del servicio esencial en salud, de acuerdo con los artículos 44 y 48 de la Constitución, la realización del tratamiento requerido por su pequeño hijo en el exterior, así como los demás gastos de estadía y desplazamiento al exterior para su hijo y para él como padre o para la madre, y así mismo, que se ordene a Salud Colmena reembolsar al Estado el valor equivalente al tratamiento contemplado en la Resolución 5261 de 1994, para transplante heterólogo de médula ósea con donante no relacionado, de manera que coadyuve en la parte correspondiente al valor del tratamiento que se realiza en Colombia y que se encuentra contemplado en el POS.

2. Pruebas.

2.1 Ordenadas por el Juzgado de Instancia.

*** Oficio remitido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud**

Afirma el funcionario que la leucemia mieloide con trasplante heterólogo sí es tratable en Colombia. Según el Jefe del Programa de Primer Nivel de Atención del Ministerio de Salud, consultada la división de registro y acreditación del Ministerio, existen varias instituciones con licencia para practicar el trasplante heterólogo de médula ósea en Colombia, entre ellas, el Instituto Nacional de Cancerología, la Clínica Marly, la Fundación Santafé y el Hospital Militar.

Por otra parte, agrega el Jefe de la Oficina Jurídica que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994 y en el Decreto 806 de 1998, los pagos de los valores que excedan el Plan Obligatorio de Salud y los medicamentos no incluidos en la lista esencial no pueden ser financiados con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía creado mediante la Ley 100 de 1993, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, con la dirección y control integral a cargo de la Dirección General de Gestión Financiera. Ahora bien, precisa que en la Nación-Ministerio de Salud no existe el Fondo de Reconocimientos de enfermedades catastróficas ni otros recursos destinados al plan obligatorio de salud. El Fosyga tiene objeto y destinaciones específicas y no es lo mismo el evento o riesgo catastrófico, que la enfermedad calificada como catastrófica o de alto costo, como en el caso en estudio. En cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad.

Es por ello, señala, que las empresas promotoras de salud están obligadas a prestar atención a sus afiliados y a garantizar el tratamiento necesario, incluyendo los medicamentos que el paciente requiera y los costos deben ser asumidos a través de mecanismos de seguro y reaseguro, que deben implementar las EPS, con el porcentaje de la unidad de pago por capitación, que tiene la finalidad de garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo.

*** Oficio del Director de Servicios Médicos de Colmena Salud EPS**

La entidad accionada le envió comunicación al señor Alejandro Moreno Alvarez, fechada 12 de marzo de 1999, donde afirmó que el país no contaba con la tecnología disponible para realizar tratamientos como el que su menor hijo requiere; los trasplantes de médula ósea que se efectúan en el país son los autólogos y los heterólogos con donante relacionado, los cuales se encuentran incluidos dentro de los contenidos del POS.

Agrega que actualmente las EPS que operan en Colombia, cualquiera sea su naturaleza jurídica, deben garantizar la prestación de los servicios en los términos de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, dentro de los cuales no se encuentran incluidos tratamientos con tecnología no disponible en el país. Por lo tanto, Colmena EPS no puede asumir el costo del tratamiento requerido por el menor y en consecuencia no autoriza la realización del trasplante de médula ósea con donante no relacionado en el exterior. No obstante, teniendo en cuenta que está de por medio el derecho a la vida, señala que la entidad está dispuesta a asumir el valor que corresponde al tratamiento previsto en la Resolución 5261 en la que se contempla el tratamiento para médula ósea con donante relacionado que es el que se efectúa en el país.

Escrito presentado por el apoderado de COLMENA SALUDEPS

Sostiene el interviniente, que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha fijado un Plan Obligatorio de Salud en el cual ha limitado el listado de medicamentos y de procedimientos. Así mismo, señala que la UPC se ha fijado para responder únicamente por el contenido del POS, y que bajo ninguna circunstancia se encontrará documento de antecedente o norma debidamente interpretada de la que se pueda concluir que la UPC debe cubrir medicamentos o prestaciones por encima del POS, excepción hecha de lo establecido en el Acuerdo 83 de 1997 cuando el valor del medicamento requerido es igual o inferior al contenido en el listado.

En consecuencia, solicita que se conceda la tutela del menor accionante por estar de por medio la vida de un niño, ordenando al Estado - Ministerio de Salud la realización del transplante heterólogo con donante no relacionado al menor Alejandro Moreno, señalando que COLMENA SALUDEPS deberá realizar el pago de \$66.000.000, con el fin de cofinanciar la atención en salud en la parte que a ella corresponde. Y además, en caso de considerar el Juez que la EPS debe suministrar el tratamiento, se le reconozca el derecho a obtener el reembolso por parte del Estado - Ministerio de Salud en aquella parte que exceda el valor de lo reconocido en el país para el transplante autólogo, de manera que no se altere el equilibrio contractual que debe existir entre el Estado y la EPS.

2.2 Ordenadas por la Corte Constitucional.

Con el objeto de determinar si en Colombia se practica el transplante heterólogo de médula ósea con donante no relacionado, así como la situación actual de salud en que se encuentra el menor accionante de tutela y de constatar la situación económica del peticionario, se ofició a la EPS Salud Colmena, para que a través del médico tratante del menor Alejandro Moreno Parra, se informe el estado de salud en que se encuentra, los procedimientos que se le han venido realizando, el tratamiento que debe practicársele, y si éste puede o no efectuarse en Colombia; igualmente, se ofició a una serie de instituciones prestadoras de salud en el país, con el objeto de conocer si el transplante que requiere el menor se realiza en Colombia, e igualmente, se ofició al peticionario con el objeto de constatar su situación económica.

Al respecto, se recibieron las siguientes pruebas:

1. Oficio remitido por el Gerente de la Clínica de Marly S.A. en el cual expresa que *“desde hace 6 años se realiza Transplante alogénico o heterólogo, trasplantes exclusivamente relacionados o familiares idénticos. No se han realizado trasplantes con donante no relacionado”*.

2. Oficio remitido por el Asesor Científico del Hospital de la Misericordia, en el cual informa que en dicho centro no se está realizando el transplante de médula ósea.

3. Oficio suscrito por el Presidente de Colmena Salud, fechado junio 18 de 1999, en el cual informa a la Sala lo siguiente:

“Le remito en original las certificaciones expedidas por los doctores Martha Patricia Vizcaíno y Enrique Pedraza Mesa, profesionales que conocieron el estado de salud del niño Alejandro Moreno Parra, durante su tratamiento en nuestro país, en las cuales se expone el tratamiento adelantado y se certifica que por las condiciones de la patología, el transplante de médula que requiere, no puede ser realizado en Colombia.”

De la misma manera remitimos la comunicación enviada por el doctor Kenneth G. Lucas, Director de Transplante Pediátrico de Médula Osea de la Universidad de Alabama, Birmingham Estados Unidos, Institución en la que se encuentra recluido el menor, a través de la cual se informa el estado de salud actual de Alejandro y los próximos procedimientos que se le realizarán” (negritas y subrayas fuera de texto).

En relación con las citadas certificaciones, indica el doctor Pedraza Mesa que:

“el niño ALEJANDRO MORENO, con diagnóstico de Síndrome Mielodisplástico tipo Leucemia Mielomonocítica tiene como única opción curativa el trasplante alogénico de células progenitoras de sangre periférica utilizando un donante HLA idéntico no aparentado; que este tipo de tratamiento no se puede realizar en el país, y por lo tanto, dado el carácter urgente de su tratamiento ha sido remitido a la Universidad de Birmingham, en Alabama y que por razones relacionadas con el buen término del proceso de Trasplante, Alejandro deberá permanecer alrededor de un año residenciado en el estado de Alabama” (negritas y subrayas fuera de texto).

4. Escrito enviado por el señor Alejandro Moreno Alvarez, accionante de tutela, fechado 6 de julio de 1999, en el cual informa a la Sala lo siguiente en relación con su situación económica:

“En la actualidad me desempeño como Gerente de la Sucursal Mercadeo Institucional de la empresa Colmena Seguros, devengando una asignación mensual equivalente a la suma de \$5.990.400.00”.

Agrega que su grupo familiar está compuesto por sus tres hijos y su esposa, y que su salario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de su familia, como son las obligaciones financieras, educativas, servicios públicos domiciliarios y canasta familiar. En consecuencia, señala que le es imposible asumir los costos que el procedimiento médico en el exterior de su hijo le demanda, toda vez que según la cotización expedida por la institución encargada de realizar el procedimiento al menor, *“el costo normal, es decir sin ningún tipo de complicación, oscila en promedio a la suma de \$644.000.000.00”.*

3. Sentencia de Instancia.

El Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 16 de abril de 1999, resolvió conceder la tutela, ya que las demandadas al negarse a cubrir los costos del tratamiento del menor Alejandro Moreno, a saber, el trasplante de médula ósea, han vulnerado flagrantemente el derecho a la salud y por conexidad el de la vida, por lo que se hace necesario a fin de preservar la vida del menor Alejandro Moreno, tutelar los derechos a la vida y a la salud ordenándole a la EPS que proceda a autorizar, promover y gestionar la realización del trasplante de médula ósea en el exterior, ante las instituciones médicas que los facultativos de la EPS ordenen remitir.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar la providencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del Auto de fecha 27 de mayo de 1999 expedido por la Sala de Selección Número Cinco de esta Corporación.

2. Solicitud de fallo por Sala Plena para unificar jurisprudencia.

Mediante oficio de fecha junio 11 de 1999, el Presidente de Salud Colmena solicitó a la Sala Sexta de Revisión que el conocimiento de la acción de tutela en referencia se realice por la Sala Plena, considerando que el tema en salud que se debate “involucra aspectos trascendentales para la viabilidad de las EPS y por consiguiente del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, y siendo necesario que la Corte delimite el campo de acción de las EPS dentro de la estricta delegación realizada por el Estado, especialmente en relación con el cubrimiento de prestaciones en el exterior.

Agrega que las recientes decisiones de la rama jurisdiccional por vía de tutela condenan a las EPS a cubrir en el exterior prestaciones que no se encuentran comprendidas en el POS por no existir la tecnología requerida en el país, originando no solo el desequilibrio financiero de las mismas, por cuanto la UPC -valor que se reconoce a las EPS por las prestación del POS-, se calculó con base en el POS establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el que única y exclusivamente comprende procedimientos con tecnología existente en el país, y servicios en salud a precios de moneda colombiana.

En consideración a la petición del representante legal de la EPS accionada, la Sala Plena en uso de sus facultades legales y reglamentarias reconocidas por el Acuerdo interno de la Corporación, estimó procedente la solicitud, por lo que el negocio se falla por la Plenaria de la Corte con la finalidad de unificar la jurisprudencia constitucional vigente sobre períodos mínimos de cotización, plan obligatorio de salud, tratamientos en el exterior y el derecho al reembolso que tienen las EPS en casos de procedimientos y medicamentos excluidos del POS.

3. La materia a examinar.

De conformidad con los antecedentes expuestos, la controversia planteada en el asunto *sub examine* versa sobre la presunta vulneración al derecho a la salud, y por conexidad al derecho fundamental a la vida del menor Alejandro Moreno Parra, al no autorizarse por la EPS accionada ni por el Ministerio de Salud, la asunción de los costos ni la remisión al exterior del paciente, para que se le realice el trasplante de médula ósea que requiere.

Debe en consecuencia la Sala, con el fin de adoptar la decisión de rigor, efectuar previamente algunas consideraciones generales en torno del conjunto de beneficios que se derivan del Sistema de Seguridad Social en Salud creado a partir de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, así como de los principios que rigen la relación entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud, los alcances del Plan Obligatorio de Salud, los tratamientos en el exterior y el derecho a la repetición. Lo anterior, entonces, permitirá a la Corporación determinar si la garantía constitucional reconocida en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, compromete más allá del Plan Obligatorio de Salud, la responsabilidad de las Empresas Promotoras de Salud.

3.1 Del conjunto de beneficios dentro de la Seguridad Social.

3.1.1 La seguridad social: derecho, actividad de interés público y servicio público esencial.

1. Los derechos a la salud y a la seguridad social, hacen parte de los denominados derechos de segunda generación, que corresponden al Capítulo II del Título II de la Constitución Política, “Los derechos económicos, sociales y culturales”.

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional¹, estos derechos son prestaciones propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva.

Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.²

Al respecto, dijo la Corporación en sentencia T-645 de 1996:

“En otras palabras, para esta Sala resulta claro que la pretensión de la presente tutela se ubica en el terreno de los derechos fundamentales prestacionales, toda vez que aunque se discute un derecho fundamental, el juez de tutela no puede ser ajeno a la propia capacidad del Estado y de los particulares encargados de la prestación del servicio de salud.

En estas circunstancias, el intérprete no puede desconocer la limitación monetaria y logística a la que están sometidas las entidades prestadoras de servicios médicos. Por consiguiente, en el presente asunto, la interpretación del derecho fundamental a la salud debe estar orientada por criterios de razonabilidad que se ubican en la misma consagración constitucional de la dimensión prestacional del derecho. Esto significa que el juez de tutela no puede proferir decisiones que desbordan la capacidad operativa del Estado, pues su decisión sería inocua, por lo tanto, contraria a la función judicial y al principio de eficacia de la función pública. Por consiguiente, el juez debe buscar el sentido razonable de la decisión, que consiste en “sujetarse a un criterio de prudencia y moderación”, de tal forma que en el momento de sopesar y ponderar los derechos, valores y principios en conflicto, busque un equilibrio capaz de proferir una decisión jurídica razonable”.

2. Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección.

En efecto, a toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital “por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal”³ y en la medida en que la vida abarca

¹ Cfr. Corte Constitucional. Ver entre otras, las sentencias T-102 de 1998 y T-560 de 1998.

² Al respecto pueden consultarse las sentencias T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996.

³ Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-597 de 1993.

las condiciones que la hacen digna, “ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”.⁴

3. El artículo 48 de la Carta Política reconoce a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Así mismo, se trata de un derecho irrenunciable de todos los habitantes.

Por su parte, el artículo 49 de la Constitución dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que se garantiza a todas las personas en cuanto al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Agrega el precepto que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En relación con el alcance del principio de solidaridad, se expresó en la Sentencia No. T-309 de 1995, emanada de esta Corporación, que:

“La idea y las proyecciones del Estado Social de Derecho, que es característico de nuestra organización política, según lo expuesto por el artículo 1º de la Carta, y que proclama una responsabilidad estatal mucho más ligada a la obtención de resultados favorables a la satisfacción de las necesidades primigenias de la comunidad y de los asociados, dentro del orden jurídico, que al encasillamiento formal de sus actuaciones en los moldes normativos. En el actual sistema jurídico, el principio de solidaridad, contemplado en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política, al que están obligados los particulares pero que es primordialmente exigible al Estado, si bien no bajo una concepción paternalista que establezca una dependencia absoluta. A tal concepto se ha referido esta misma Sala, indicando que tiene el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”.

Teniendo en cuenta el problema jurídico objeto del presente proceso, es pertinente recordar, que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación⁵ en materia de seguridad social, la alusión constitucional al principio de solidaridad es directa y explícita en el artículo 48 de la Carta Política. Allí se consagra que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

4. La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. Obligación ésta que en los términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-271 de 1995.

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-005 de 1995.

en la medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud.

Ahora bien, en desarrollo de las citadas disposiciones, se expidió la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 1º se señala que el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan. Mientras que el artículo 2º *ibídem* dispone que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Principios éstos, en particular los de solidaridad, universalidad y participación, que desarrollan los postulados fundamentales del Estado social de derecho, así como las finalidades que le son propias, de conformidad con los mandatos contenidos en los artículos 1º, 2º y 95 constitucionales.

En el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, el principio de solidaridad inspira la configuración y funcionamiento del régimen subsidiado en salud, el plan obligatorio de salud, y el Fondo de Solidaridad y Garantía. En efecto, el Sistema de Salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional, con capacidad económica o sin ella, de tal manera que permita a todas las personas el acceso a los servicios de salud.

Este plan busca garantizar la protección integral de las familias a la maternidad y la enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías. Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el Decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica; mientras que para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el plan obligatorio del sistema contributivo (art. 162 de la Ley 100/93).

Ahora bien, el régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la ley (art. 211 *ibídem*), cuyo propósito es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar (art. 212). Dicho régimen se financia con recursos provenientes, entre otros, del Fondo de Solidaridad y Garantía, una de cuyas subcuentas independientes corresponde a la solidaridad del régimen de subsidios en salud.

5. El compromiso de las instituciones de seguridad social no alcanza a configurar una obligación de resultado, pero es lo suficientemente amplio como para comprender la realización de las acciones encaminadas a procurar en lo posible la recuperación del paciente o a disminuir sus dolencias. Por ello, la Corte ha destacado que esas instituciones asumen “un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso como un derecho conexo con la vida”.⁶

Una de las hipótesis en que los derechos a la seguridad social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del

afiliado a una entidad de seguridad social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la seguridad social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte⁷: “primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.”

6. Ahora bien, como lo ha precisado esta Corporación,⁸ el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.

7. Conforme lo define el artículo 2º del Decreto 806 de 1998, el marco constitucional previsto en los artículos 48, 49 y 335 de la Carta Política deriva en la necesaria distinción entre la seguridad social como servicio público esencial y como servicio privado de interés público.

La seguridad social en el ámbito de la salud como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución, representa el deber que tiene el Estado de garantizar en forma efectiva, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el acceso a los servicios de salud, con el propósito de mantener o recuperar la salud de las personas y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

La seguridad social como actividad privada de interés público, en desarrollo de lo previsto en el artículo 335 de la Carta, se proyecta al conjunto de beneficios opcionales y voluntarios que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad, cuya financiación se surte de manera exclusiva con los recursos de los particulares, diferentes a los aportes obligatorios que éstos deben hacer a la seguridad social.

En principio la Ley 100 de 1993 desarrolla tales actividades o servicios bajo el concepto de complementarios en su artículo 169. Por su parte, los artículos 18 y 19 del Decreto 806 de 1998 asumen una descripción más amplia al denominarlos adicionales, incluyendo dentro de la categoría el concepto de complementario más acorde con el concepto general de “interés público” previsto en el artículo 335 de la Carta. Disponen las normas referidas:

“ARTICULO 18. DEFINICION DE PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes serán de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

⁶ Ibídem.

⁷ Corte Constitucional, sentencia Nº T-290 de junio 21 de 1994. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-165 de 1995.

Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras.”

ARTICULO 19. TIPOS DE PAS. *Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS:*

- 1. Planes de atención complementaria en salud.*
- 2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.*
- 3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.*

PARAGRAFO. *Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento.”*

Ahora bien, no obstante el reconocimiento constitucional del principio de la solidaridad, es preciso manifestar que el Estado colombiano -que no es un Estado benefactor-, carece de los recursos suficientes para hacer efectivo, a plenitud, el acceso al servicio público esencial de la salud, por lo que es necesario, para garantizar la prevalencia del interés general, hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable, tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud.

Como lo dispone el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se han de suministrar a todos los afiliados al sistema los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud en consonancia con la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema, sin olvidar, que los derechos individuales son relativos, en cuanto prima el bien común y la satisfacción del interés general, y que la solidaridad debe prevalecer como principio base de la salud y la seguridad social.

Finalmente, en cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad.

3.1.2 La conformación del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

a) El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al

salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. El Gobierno Nacional previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido y su distribución entre el Plan Obligatorio de Salud y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación.

Corresponde a las Entidades Promotoras de Salud recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación -U.P.C.- fijadas para el POS y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad.

b) El régimen subsidiado por su parte, es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la Ley 100 de 1993.

Su propósito fundamental es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia dentro de este grupo, personas como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, entre otros.

El carácter del subsidio que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Las personas que cumplan con los criterios fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio.

De otra parte, el régimen subsidiado se financiará con los siguientes recursos: 15 puntos como mínimo de las transferencias de inversión social destinadas a salud; los recursos propios y aquellos provenientes de Ecosalud que los departamentos y municipios destinen al régimen de subsidios en salud; los recursos del situado fiscal y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las inversiones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado; los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía, y el 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana.

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las EPS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS.

c) **El Fondo de Solidaridad y Garantía** de que trata el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estado de Contratación de la Administración Pública. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

Este Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

Según el artículo 220 *ibidem*, los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las UPS que le serán reconocidos por el sistema a cada EPS. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las UPC reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquellos sean menores que las últimas.

Para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía contará con los siguientes recursos, los cuales por su origen y naturaleza son limitados: “a) un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, que será girada por cada EPS directamente a la subcuenta de solidaridad del Fondo; b) el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinen a los subsidios de salud; c) un aporte del presupuesto nacional (...)” (art. 221 de la Ley 100 de 1993).

Además, los recursos de la solidaridad se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.

Por lo tanto, el Fondo de Solidaridad y Garantía tiene por objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, así como asegurar la eficacia del Sistema, atendiendo el expreso mandato legal -artículo 218 de la Ley 100 de 1993-, las obligaciones a cargo del Fosyga son limitadas, ya que sus recursos lo son igualmente.

Por ello, entiende la Corte que se alteran las reglas de juego iniciales establecidas por la ley, cuando se exige que el Fondo de Solidaridad y Garantía asuma una serie de obligaciones que están excluidas de los respectivos regímenes, o cuando igualmente se impone a las EPS su asunción, no teniendo la capacidad económica ni los recursos para cubrir prestaciones, procedimientos o tratamientos que están por fuera del Plan, pues ello incide necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio Sistema, y en especial en el cumplimiento adecuado y eficaz de las funciones a cargo del Fondo.

En consecuencia, cuando ese Fondo no recibe los giros y las transferencias correspondientes con los cuales pueda cumplir su objeto, cual es garantizar la eficacia del Sistema General de

Seguridad Social en Salud, o cuando sus recursos son utilizados para cubrir tratamientos o procedimientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se pone en grave peligro la solvencia y eficiencia del Sistema, al igual que los derechos fundamentales de todos y cada uno de los afiliados y los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general.

Así lo entendió la Ley 100 de 1993 al limitar los servicios de salud a los que la población en virtud del Plan Obligatorio de Salud, puede mediante determinación explícita, tener acceso. En efecto, el Sistema General de Seguridad Social en Salud creó las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional dirigido a garantizarles la protección integral de su salud, con algunas limitaciones, como el ámbito de aplicación de la ley. Así lo dispuso el parágrafo 2º del artículo 162 *ibidem*, al disponer que tales servicios serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del mismo.

En este sentido se pronunció igualmente la Corporación en la sentencia SU-480 de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, al afirmar que:

“Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. (...) Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud (art. 366 C.P.).

...

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

...

En conclusión, para la efectividad del derecho a la salud es vital el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad social, por lo tanto, los preceptos relativos al funcionamiento del fondo de Solidaridad deben obedecerse y por ello todas las EPS sin excepción, deben cumplir las funciones previstas en el numeral 5º del artículo 178 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el sistema también se encuentra alterado actualmente, en lo que específicamente corresponde a la Subcuenta de Solidaridad (...)

Es decir, los agentes que participan en el sistema son perjudicados por la alteración del equilibrio, luego para la efectiva protección de sus derechos (y en especial de los pacientes que instauraron las tutelas) habrá que dar órdenes tendientes a lograr y mantener el equilibrio debido, y, además, si el ISS ha incumplido, este aspecto no será extraño en el tema de si se puede o no repetir contra el Estado”.

De otra parte, el Decreto 1938 de 1994 señaló el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema debe brindar a las personas, lo cual se logra mediante seis subconjuntos o planes definidos teniendo en cuenta la forma de participación de los afiliados: plan de atención básica en salud, plan obligatorio de salud del régimen subsidiado,

planes de atención complementaria en salud, atención en accidentes de trabajo y enfermedad profesional y atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

En relación con estos planes, teniendo en cuenta la materia que ocupa la atención de la Sala, se hará alusión únicamente del plan obligatorio de salud, con miras a resolver el problema jurídico planteado.

3.1.3 Del Plan Obligatorio de Salud.

a) Características principales

El Sistema General de Seguridad Social de Salud de que trata la Ley 100 de 1993 en desarrollo de los artículos 48 y 49 constitucionales, crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001.

En efecto, el Sistema General de Salud creado por el constituyente de 1991 y desarrollado por el legislador en 1993, se estableció con el objetivo esencial de proteger la salud como derecho y servicio público esencial de todos los habitantes en Colombia. Y cada uno de éstos, en la medida en que debe estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de una cotización o a través del subsidio que se financia con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales, recibe un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, denominado Plan Obligatorio de Salud.

Cada persona, entonces, como titular de ese derecho -fundamental cuando están de por medio derechos inherentes, esenciales e inalienables para ella-, tiene la garantía constitucional y legal para exigir su efectividad, obviamente dentro de los límites y las restricciones propias de un Estado que como el colombiano, carece de los recursos indispensables para suministrar este servicio con cubrimiento y con condiciones plenas, pues el déficit fiscal y presupuestario por el que atraviesa hace que los recursos destinados a la salud sean insuficientes, tal como lo reconoció esta misma Corporación en la sentencia SU-480 de 1997.

Ahora bien, conforme al artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y a sus decretos reglamentarios, el Plan Obligatorio está determinado por el conjunto de acciones en salud necesarias para una atención integral del individuo o la familia en las diferentes fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad general y la maternidad. Implica en principio, como prestación mínima, la atención médica, quirúrgica y farmacéutica que se estime necesaria de acuerdo con las posibilidades de tecnología y medicamentos existentes en el país. Para el caso del régimen contributivo, incluye como componentes especiales las prestaciones económicas por incapacidad derivada de la enfermedad general o la licencia de maternidad.

Para los afiliados cotizantes, según las normas del régimen contributivo, el contenido del POS que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado en el Decreto- ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el POS será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores.

El Decreto 1938 de 1994 en el literal b) del artículo 3º que definía el contenido del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, fue derogado por el artículo 7º del Decreto 806 de 1998, el cual dispone que la determinación de tales contenidos es competencia expresa y exclusiva del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a la responsabilidad que le asiste a las Entidades Promotoras de Salud por los contenidos que resulta necesario prestar por fuera de las regulaciones aprobadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se estipula en el parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998 que cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, quienes estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes (v. Decreto 806/98).

b) Alcances del Plan Obligatorio de Salud

Conforme a los contenidos de nuestra legislación, el Plan Obligatorio de Salud tiene como característica fundamental la de ser un Plan Integral en los términos del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, que debe permitir una protección *“de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según su intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”*.

En cuanto al diseño y conformación del Plan Obligatorio de Salud, es pertinente recordar que tanto el ingreso de las Entidades Promotoras de Salud (unidad per cápita y porcentaje para pago de prestaciones económicas) como sus correspondientes egresos (conjunto de beneficios a través del Plan Obligatorio de Salud, y reembolso de prestaciones económicas), son definidos de manera exclusiva por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, tal como lo dispone el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

Dicho Consejo está adscrito al Ministerio de Salud, como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y tiene dentro de sus funciones, como se anotó, definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado; determinar el monto de la cotización de los afiliados del Sistema; definir el valor de la UPC; establecer el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud, entre otras.

Ahora bien, según el marco legal descrito, a las Entidades Promotoras de Salud les es exigible el conjunto de prestaciones contenidos en el Plan Obligatorio de Salud y régimen de prestaciones económicas, de acuerdo con lo establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, en armonía con las disposiciones legales. Precisamente, el artículo 9º del Decreto 806 de 1998 que incorpora disposiciones previstas en el derogado decreto 1938 de 1994, prevé, en términos generales, los lineamientos dentro de los cuales el Plan debe ser definido y por ende, garantizado por las Entidades Promotoras de Salud, con la precisión de que la condición de calidad se sujeta a la tecnología existente en el país y a las condiciones financieras del Sistema.

c) Limitaciones de las obligaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud - Responsabilidades complementarias del Estado

El Plan Obligatorio de Salud se constituye, entonces, en un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben saser y garantizar las Entidades Promotoras de Salud, en armonía con la definición del Plan Obligatorio hecha por la autoridad competente, cual es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Cabe anotar que las Empresas Promotoras de Salud que operan en Colombia, cualquiera sea su naturaleza jurídica, deben garantizar la prestación de los servicios de salud en los términos concretos definidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, dentro de los cuales no se encuentran incluidos ciertos tratamientos, procedimientos, actividades y medicamentos, por no existir tecnología disponible en el país o por las condiciones financieras del sistema.

Al respecto, la Resolución 05261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, establece en la actualidad las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud que deben garantizar las Entidades Promotoras de Salud dentro del régimen contributivo, que tienen algunas limitaciones por razón de los servicios requeridos, el número de semanas cotizadas, y en general, por aquellas que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Esas limitaciones están definidas, de una parte, por la exigencia al afiliado en el cumplimiento de un período mínimo de cotizaciones al Sistema, y de la otra, por la exclusión de ciertas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

1. De los períodos mínimos de cotización.

Particular importancia para el caso materia del presente fallo tiene la afiliación al Plan Obligatorio de Salud. De acuerdo con la ley, ésta ha de predicarse no de una determinada EPS, sino del Sistema General de Seguridad Social en Salud y no a una determinada EPS.

Ahora bien, el pago de la cotización por parte del afiliado o beneficiario, se hace es al Sistema, lo cual tiene implicaciones en el factor temporal de afiliación, en cuanto a los derechos que se tienen, según el tiempo de cotización, ya que hay unos períodos mínimos que influyen en la prestación de los servicios, como lo indica el artículo 26 del Decreto 1938 de 1994:

“Artículo 26. De los períodos mínimos de cotización. Los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 1. Máximo cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud.

Grupo 2. Máximo cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos MAPIPOS, como el grupo ocho (8) o superiores.

PARAGRAFO 1º Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera a las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de salud, prevención de la enfermedad, que se haga en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también el tratamiento inicial y la estabilización del paciente en caso de una urgencia.

PARAGRAFO 2º *Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización por alguna enfermedad presente al momento de la afiliación desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.*

PARAGRAFO 3º *Cuando se suspende la cotización al sistema por seis meses continuos, se pierde el derecho a la antigüedad acumulada para efectos de los dispuesto en el presente decreto.” (Negritas fuera de texto).*

Estos períodos corresponden según la ley, al tiempo mínimo que debe cotizar un individuo, dentro del cual carece de derecho para reclamar el servicio o prestación. Los períodos de carencia pueden ser fijados de manera restrictiva en la ley o las disposiciones reglamentarias o determinados conforme a la libertad de las partes.

En concordancia con las limitaciones financieras del sistema y en aras de lograr una correcta financiación del plan de salud, se pueden establecer, en principio, períodos mínimos de carencia para tener derecho a la prestación de determinados servicios o el reconocimiento de prestaciones económicas (inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100), con la restricción, según la jurisprudencia constitucional, de que dichos períodos mínimos no se pueden exigir cuando estén de por medio derechos fundamentales.

En relación con esos períodos mínimos de cotización, ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional (entre otras, en la sentencia T-328 de 1998), que:

“Generalmente, porque toda relación contractual implica un interés económico, dicha legislación estableció una serie de condiciones y excepciones para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud por particulares, con el fin de que no vieran afectado desproporcionadamente su patrimonio, pues existen dolencias humanas que, por razón de su gravedad, requieren tratamientos costosos y, en principio, es el Estado el principal obligado a asumirlos (artículo 49 de la Carta). Sin embargo, la solución dada por el legislador a este problema no fue la de excluir de la cobertura esas enfermedades, sino la de permitir su tratamiento sometido a ciertas condiciones, tales como el cobro de cuotas moderadoras, copagos y el cumplimiento de un mínimo de semanas cotizadas al sistema, regulado directamente por la legislación⁹, también buscando que más personas se beneficien de los aportes hechos al régimen contributivo, lo cual solamente se logra introduciendo en la cobertura del plan obligatorio aquellas dolencias físicas de mayor ocurrencia y menor costo, como regla general, dejando como excepción aquellas que afectan a unos pocos y que tienen alto costo.

...

El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo”.

⁹ Artículo 26 del Decreto 1938 de 1994.

Por consiguiente, según lo ha dejado establecido la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰, la aplicación estricta del Decreto 806 de 1998, relativo a la exigencia de cumplir un número mínimo de semanas cotizadas al Sistema para tener derecho a los tratamientos correspondientes a las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas, vulnera o amenaza los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quien lo requiere. Así lo indicó en la sentencia T-691 de 1998, al señalar que:

“En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993, acogiendo los mandatos de su artículo 164, vulnera el derecho constitucional a la salud, en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema cuando: 1.- la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2.- ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3.- el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la EPS. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie y 4.- el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS. de quien se está solicitando el tratamiento”.

2. La exclusión de ciertas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

Los artículos 13 y 18 del Decreto 806 de 1998 definen los criterios que se deben seguir cuando la Entidad Promotora de Salud haya de suministrar procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, o frente a los cuales la Unidad per cápita -U.P.C.- no ha previsto su financiación, los cuales se plasman en el Manual de Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sobre cuyo alcance, el artículo 88 del Decreto 806 de 1998 dispone:

“Los contenidos y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud son los establecidos por el Acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y desarrollados por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud hasta tanto dicho Consejo defina nuevos contenidos y exclusiones” y de acuerdo con el literal o del artículo 18 de la mencionada Resolución están excluidos del POS las “actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el presente Manual” (negrillas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, se debe concluir que en principio, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar exclusivamente, los procedimientos y medicamentos previstos en la Ley 100 de 1993, en el Decreto 806 de 1998 y en la Resolución 5261 de 1994.

d) La prestación de servicios en el exterior para la protección de los derechos fundamentales y el Plan Obligatorio de Salud

Ahora bien, es procedente determinar ¿qué ocurre cuando se presentan situaciones en las cuales se haga exigible el otorgamiento de prestaciones por fuera del Plan Obligatorio de Salud para proteger derechos fundamentales? ¿Y qué ocurre cuando se refiere a tratamientos o medicamentos que deban suministrarse en el exterior?

¹⁰ Corte Constitucional. Ver entre otras, las Sentencias T-691 de 1998, T-628 de 1998, T-385 de 1998, T-497 de 1997 y T-236 de 1996.

Para resolver los interrogantes planteados, es necesario efectuar la revisión de las normas relativas a la prestación en el exterior de servicios médicos no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, así como de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia.

*** La normatividad legal anterior a la expedición de la Ley 508 de 1999**

1. El Decreto 1650 de 1977 en su artículo 12 disponía que los servicios y prestaciones inherentes a los seguros sociales obligatorios se extienden y limitan al territorio nacional, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

2. La Ley 20 de 1987 en su artículo 1º modificó el artículo 12 del Decreto-ley 1650 de 1977, y estableció que los servicios y prestaciones inherentes a los seguros sociales obligatorios se extienden al territorio nacional. Igualmente dispuso que el Instituto de Seguros Sociales podía autorizar la atención de la salud de sus beneficiarios en instituciones del exterior cuya eficiencia esté científicamente acreditada, pero sólo para la realización de procedimientos que no se practicaran en el país, o cuando el riesgo sucediera en el exterior y no hubiese el tiempo necesario para el traslado a Colombia.

3. Los Decretos 1307 de 1988 y 237 de 1989, reglamentarios de la Ley 20 de 1987 fijaron el procedimiento mediante el cual se podía hacer la remisión al exterior:

(a) Según el art. 1º del Decreto 1307/88 el ISS podrá autorizar la atención de sus beneficiarios en el exterior, sólo para la realización de procedimientos que no se practiquen en el país;

(b) Según el numeral 5 del artículo 2º ibidem, para que proceda la remisión al exterior o el reconocimiento de los gastos de atención médica de “urgencias en el exterior”, se requiere, fuera de la afiliación al ISS, estar al día en el pago de las obligaciones con el Instituto; haber cotizado un número mínimo de semanas; concepto favorable del Comité ad hoc de Remisiones al Exterior acerca de que el procedimiento no se practica en el país, todo conforme a los trámites que señala el reglamento;

(c) Según el artículo 6º del mismo decreto, el especialista tratante deberá determinar en primera instancia, la conveniencia y oportunidad de la remisión al exterior de los pacientes a su cargo, con sujeción estricta a lo dispuesto en el reglamento. Deberá dirigir su solicitud a la Subgerencia de servicios de salud o al Departamento Médico, según sea el caso de seccionales o Unidades programáticas de naturaleza especial;

(d) Finalmente, según el artículo 3º del Decreto 237 de 1989, el reconocimiento y pago de servicios de salud prestados en el exterior procede, entre otros casos, “cuando se requiera 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, y siempre que la remisión se hubiere efectuado con el cumplimiento de los requisitos establecidos en este decreto”.

4. El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 en su parágrafo 2º señala que los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo de Seguridad Social en Salud, según los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del Sistema.

5. El artículo 209 del Decreto-ley 1122 de 1999 “por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe”, derogó el artículo 12 del Decreto 1650 de 1977 modificado por la Ley 20 de 1987, que establecía que el Instituto de Seguros

Sociales podría autorizar la atención de la salud de sus beneficiarios en instituciones del exterior y cuya eficiencia esté científicamente acreditada, sólo para la realización de procedimientos que no se practiquen en el país, o cuando el riesgo suceda en el exterior y no haya tiempo necesario para el traslado a Colombia.

*** La jurisprudencia constitucional sobre remisión de pacientes al exterior**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido admitiendo en casos excepcionales la procedencia de la tutela para ordenar la remisión de pacientes al exterior, sean estos afiliados al Instituto de Seguros Sociales o a otras EPS, siempre y cuando esté comprobado que no exista tratamiento médico posible en el país. Así lo precisó, entre otras, en la sentencia T-395 de 1998, en la cual se afirmó que para la expedición de la orden de remisión al exterior se requiere: (1) convocar el Comité *ad hoc* de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país.

Igualmente, según la citada providencia, las aludidas normas no obstante ser anteriores a la Constitución de 1991 y aplicables tan sólo al Instituto de Seguros Sociales, mantienen su vigencia mientras no sean declaradas contrarias al ordenamiento superior por la Corte Constitucional, y se hacen extensibles a las demás Empresas Promotoras de Salud, pues aunque de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el mismo Decreto 806 de 1998, las EPS sólo están obligadas dentro del POS a suministrar los procedimientos con la tecnología existente en el país y a suministrar los servicios en salud a precios en moneda colombiana, cuando estén de por medio derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física, las EPS estarán obligadas a suministrarlos a la mayor brevedad y sin dilaciones. En tal caso, se les reconoce a éstas el derecho a exigir el reembolso de los gastos y sumas pagadas en exceso cuando dicho tratamiento, procedimiento o medicamento no esté incluido en el POS, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)¹¹.

*** La Ley 508 de 1999, una nueva normatividad en relación con la prestación del servicio de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia**

1- El 29 de julio de 1999 se promulgó la Ley 508 de 1999, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años de 1999-2002”, en cuyo artículo 37 se autoriza en situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, y previo el cumplimiento de los requisitos allí previstos, la prestación de los servicios de salud en el exterior por fuera del POS definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible. En dicho precepto se indica:

“Artículo 37. Concepto de ingreso bruto. Los recursos de la seguridad social, conforme con su destinación específica, no se podrán destinar a otros fines. El Gobierno Nacional determinará, para todos los efectos legales, el concepto de ingreso bruto de las entidades que integran el sistema de seguridad social en salud.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Ver entre otras, las siguientes Sentencias: T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-304 de 1998 y T-395 de 1998.

*Con el objeto de evitar la desviación de recursos de la seguridad social y conductas de fraude, para efecto del trámite de reclamación de **las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud de los afiliados, se establece que éstas se prestarán en el territorio nacional “conforme la tecnología apropiada disponible en el país” según se dispone en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993**, y teniendo en cuenta el principio previsto en virtud del cual la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes públicos y ocasionalmente de los particulares. Las EPS deben prestar el Plan Obligatorio de Salud dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.*

En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación del servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza, en Colombia o excepcionalmente en el exterior, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible, no se trate de tratamientos experimentales, que en ningún caso serán procedentes, y se ajusten a las situaciones y procedimientos que para el efecto reglamente el Consejo de Seguridad Social en Salud.

Para este efecto las prestaciones en el exterior se deberán otorgar por entidades acreditadas y debidamente adscritas al Sistema de Seguridad Social del país correspondiente. El Ministerio de Salud o, en su caso, la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social, tendrán la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

Parágrafo. El afiliado que requiera o adelante trámite para tratamientos, procedimientos o medicamentos por fuera del POS deberá demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias. Es deber de las autoridades judiciales y administrativas velar por que esta disposición se cumpla como requisito para el ejercicio de los derechos, disponiendo las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar” (negrillas y subrayas fuera de texto).

2. La ley del plan contiene normas destinadas a permitir que se cumplan los objetivos y las metas señaladas en la parte general y que efectivamente se adelanten las inversiones previstas en la programación de las inversiones públicas. Esto deriva de una cualidad especial de la ley del plan, pues, según la Carta, “sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución” por lo cual es perfectamente natural que en estas leyes se incluyan normas instrumentales, esto es, disposiciones que permitan la puesta en marcha del Plan de Desarrollo. Dicha ley, contiene esencialmente las pautas generales que se deben seguir para el manejo de la economía nacional en el mediano y largo plazo, las metas y objetivos que el Ejecutivo se propone alcanzar durante el período correspondiente, y la definición de prioridades.

Ahora bien, en relación con la normatividad que está contenida en la ley del Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas, es pertinente destacar que la Constitución en su artículo 341 le reconoce una jerarquía superior frente a las demás leyes, al preceptuar que “el Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes”.

Al respecto, esta Corporación en la sentencia C-015 de 1996, MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, reconoció la especial jerarquía que tiene la ley del Plan de Desarrollo frente a las demás leyes, al señalar que:

“Consecuencia necesaria de la trascendencia que la Constitución confiere al Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas es la superior jerarquía de la ley por medio de la cual se adopta sobre las demás leyes. La obligatoriedad del Plan no cobija tan sólo a quienes ejecuten las políticas en él trazadas sino que vincula de manera expresa al legislador, no únicamente en lo relativo a la expedición de las leyes anuales de presupuesto sino, en términos generales, en lo relativo a todas las normas que apruebe.

Como lo señala de modo expreso la Constitución, los mandatos contenidos en la Ley del Plan constituyen mecanismos idóneos para la ejecución de las leyes y suplirán los existentes, sin necesidad de la expedición de leyes posteriores. En ese orden de ideas la jerarquía superior de dicha ley implica la necesaria adaptación de la normatividad que la precede a sus dictados.

(...)

Ahora bien, la obligatoriedad del Plan para el legislador no significa su carácter irreformable, pues el Congreso no pierde la competencia para introducir los cambios que estime pertinentes mediante una ley que cumpla los requisitos de la inicial, según la Carta Política y la correspondiente Ley Orgánica, siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero, tal como lo estatuye el artículo 341 de la Constitución” (negritas fuera de texto).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-032 de 1996, MP. Dr. Fabio Morón Díaz, al expresar que:

“No hay duda entonces que existe una inescindible relación entre los fines que persigue la ley del Plan Nacional de Desarrollo y la reorganización del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, dentro de los términos consagrados en los artículos 339 y 341 de la C.P., y especialmente el inciso de este último que señala inequívocamente:

“El Plan Nacional de inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores...”

Igualmente, la Corte Constitucional en la sentencia C-254 de 1996, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiteró la prelación que la ley del plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas tiene sobre las demás leyes, al señalar que:

“El Plan Nacional de Desarrollo se consagra en una ley que, como todas, debe sujetarse a la integridad de la Constitución. Los programas que conforman el plan de inversiones públicas, por lo tanto, no pueden violar el artículo 355 de la C.P., ni ninguna otra norma de la misma. Como quiera que las leyes anuales de presupuesto deben corresponder al plan nacional de desarrollo, en éste no pueden contenerse propósitos, objetivos, programas y proyectos que contraríen los mandatos constitucionales y, en el evento de hacerlo, inexorablemente perderá poder vinculante.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Plan Nacional de Inversiones tiene prelación sobre las demás leyes y que sus prescripciones constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores” (negritas y subrayas fuera de texto).

3. De conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, es indudable que se establece una jerarquización entre las leyes, tanto por su especialidad, por el procedimiento que se exige para su aprobación, por su origen, o por el mismo reconocimiento que el texto constitucional hace de algunas de ellas, el cual aparece evidente en el artículo 341 de la Carta Política que establece la prelación de la ley del Plan Nacional de Inversiones sobre las demás leyes. Lo mismo ocurre con otros preceptos superiores que reconocen, la prioridad del gasto social y la sujeción de la actividad legislativa a las leyes orgánicas (artículo 151 C.P.).

Por consiguiente, es indudable que la Ley 508 de 1999, aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas, prevalece sobre la Ley 100 de 1993.

En efecto, la Ley 508 de 1999, como ya se anotó, contiene el Plan Nacional de Desarrollo, el cual a su vez está conformado por una parte general y por un Plan de Inversiones Públicas. Esta ley, constitucionalmente, posee un “plus”, que le otorga una prevalencia o superioridad sobre las demás leyes, entendiéndose, que, sin embargo, la misma Carta Política reconoce expresamente la primacía de algunas leyes, como las orgánicas y las estatutarias, a las que dichas aquellas estarían subordinadas.

Mientras que la Ley 100 de 1993, expedida por el Congreso en ejercicio de la cláusula general de competencia, ostenta una naturaleza de ley ordinaria, en cuanto no tiene requisitos especiales para su expedición y vigencia, y regula situaciones generales, de manera impersonal, obligatoria y abstracta. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-408 de 1994 determinó que el desarrollo de las materias de las que se ocupaba la Ley 100 de 1993, eran propias de la actividad ordinaria del legislador, en cuanto no se ocupaban de aspectos pertenecientes al núcleo esencial de los derechos fundamentales de las personas, que fueran por consiguiente objeto de regulación a través de una ley estatutaria. Sobre el particular, anotó la sentencia:

“Revisados los contenidos de la Ley 100 se observa que entre ellos no existen regulaciones que amplíen o limiten los contenidos de su núcleo esencial, que pudieran hacer parte de la Constitución, sino que, se aprecian en ella elementos que haciendo parte de ese derecho fundamental, por su carácter reglamentario pueden ser objeto de las competencias propias del legislador ordinario.”

(...)

Es claro para la Corte que esta normatividad sobre la seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral, y en otras, de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos (...) Y así lo declarará esta Corte, rechazando el cargo por razones de forma, planteado en la demanda contra la Ley 100, según el cual los contenidos de ésta imponían su expedición mediante el trámite de leyes estatutarias” (negritas y subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas, es indudable el carácter prevalente que la propia Constitución le reconoce a la ley del Plan de Desarrollo, sobre las demás leyes. En consecuencia, la Ley 508 de 1999, que en su artículo 37 reguló lo relativo a la prestación de servicios de salud en el exterior por fuera del POS, modificó la normatividad existente hasta la fecha, incluida aquella contenida en la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 806 de 1998.

Sobre el particular, debe aclararse que los análisis que con el fin de resolver el presente caso hace la Corte en relación con la Ley 508 de 1999, se entienden sin perjuicio del control constitucional que en virtud de la acción pública, se ejerza contra esta normatividad con efectos *erga omnes*.

4- Resaltada la prevalencia de la normatividad contenida en la Ley 508 de 1999, de su contenido se pueden extraer los siguientes parámetros generales que son aplicables para todos aquellos tratamientos, procedimientos y medicamentos que deban prestar las EPS a sus usuarios o afiliados en forma excepcional en Colombia y en el exterior, aunque estén por fuera del POS:

(1) Las prestaciones en el exterior: beneficio excepcional.

El Plan Obligatorio de Salud que deben garantizar las Entidades Promotoras de Salud es en principio, exclusivamente el fijado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme la tecnología disponible en el país. Corresponde al Gobierno la reglamentación de las prestaciones que deban ser otorgadas por fuera del POS. en Colombia o en exterior.

(2) Beneficios excepcionales por fuera del POS otorgados en el exterior.

Se fija como competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social la determinación *del trámite, las situaciones y procedimientos* que se deben cumplir para el otorgamiento de prestaciones en el exterior no incluidas por su naturaleza en el Plan Obligatorio de Salud definido por las disposiciones legales, para aquellos casos excepcionales en que se encuentra de por medio el derecho constitucional fundamental a la vida.

(3) Beneficios excepcionales por fuera del POS otorgados en Colombia.

Se fija como competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social la determinación del trámite, las situaciones y procedimientos que se deben cumplir para el otorgamiento de prestaciones en Colombia no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, para aquellos casos excepcionales en que se encuentra de por medio el derecho a la vida.

(4) Determinación de la Institución Prestadora de Servicios de Salud frente a prestaciones que por excepción sean autorizadas en el exterior.

Corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social determinar la entidad que en el exterior se debe hacer cargo del procedimiento o prestación, cuando éste por sus características no se encuentra previsto en el Plan Obligatorio de Salud. Es competencia del Consejo delegar dicha responsabilidad en el Ministerio de Salud o en las Entidades Promotoras de Salud, tanto en el régimen subsidiado como en el régimen contributivo.

(5) Deberes de los usuarios.

Se establece una regulación especial frente al usuario, en la medida en que se le exige “demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias” para poder reclamar prestaciones por fuera del POS, bien se trate de realización en Colombia o en el exterior.

En forma complementaria, se impone como deber de las autoridades judiciales y administrativas velar porque esta disposición se cumpla como requisito para el ejercicio de los derechos, exigiendo la aplicación de las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar. En este sentido, se evidencia la necesidad de que el Consejo Nacional de Seguridad Social reglamente los pagos que en estos eventos debe realizar el usuario,

en cuanto el régimen de cuotas moderadoras y copagos es de su resorte legal. Así, es deber del usuario acreditar su falta de capacidad de pago para asumir las prestaciones por fuera del Plan Obligatorio con sus propios recursos, negativa que debe valorar el juez a la luz de esta disposición para denegar la tutela en caso de no recibir colaboración.

Al respecto, no se puede olvidar que en estos casos las Entidades Promotoras de Salud actúan por cuenta integral del Estado al cubrir prestaciones por fuera de los límites legales de su operación, y por consiguiente, a juicio de la Corte, a la imposición de una responsabilidad a la Entidad Promotora de Salud que excede los límites contractuales y legales, mal se le puede agregar la carga de efectuar el correspondiente cobro al usuario, siendo entonces el Estado el titular directo de las correspondientes acciones judiciales de cobro de las sumas que corresponde asumir al usuario.

(6) La fuente de recursos.

De conformidad con la ley las prestaciones por fuera del Plan Obligatorio deben ser financiadas con cargo a las fuentes que alimentan los correspondientes regímenes contributivo, subsidiado o de vinculados. Por esta razón, debe guardarse especial cuidado en el otorgamiento de estos beneficios, en la medida en que su costo puede comprometer la viabilidad del sistema dadas las altas sumas comprometidas. Es así que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud debe examinar si se presentan o no excedentes que permitan financiar esta clase de prestaciones, cumplida la función primaria de financiar en forma correcta tanto la Unidad Per Cápita -U.P.C.- en los diferentes regímenes, como las prestaciones económicas frente a la población con derecho a ella. Esto, por cuanto si llegare a faltar financiación, sería necesario lograr la máxima racionalización en las prestaciones y el aumento de recursos de origen fiscal, considerando que el deber primario en esta materia es del Estado, como garante del servicio público.

(7) Derecho al reembolso y población beneficiaria.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, los servicios de salud incluidos en el POS que deben prestar las EPS serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

Dicho Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha fijado un Plan Obligatorio de Salud en el cual ha señalado limitaciones en el listado de medicamentos y de procedimientos, en armonía con los recursos asignados a cada régimen de salud.

Entonces, resulta claro e indiscutible que por mandato legal, por la naturaleza del contrato, por las limitaciones de los recursos destinados a la salud, por la prevalencia del interés general y por la efectividad del principio constitucional de la solidaridad, la prestación de los servicios de salud es limitada en cuanto a las condiciones financieras del sistema y a la tecnología existente en el país.

Sin embargo, cuando se trata de la prestación de algunas actividades, intervenciones, procedimientos y tratamientos que en virtud de lo dispuesto en los artículos 13, 18 y 88 del Decreto 806 de 1998, están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, surge el interrogante sobre quién está llamado a asumirlas.

De acuerdo con las normas citadas, en particular las establecidas en el Título III de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a garantizar sólo los servicios de salud en los términos de la ley y sus decretos reglamentarios. En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca

que aquello que está abiertamente más allá de lo establecido y estipulado implique el derecho al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si esta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un “seguro del co-contratante” contra déficits de la explotación y negligente administración, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.

No obstante, según la jurisprudencia que venía sosteniendo esta Corporación hasta antes de la expedición de la Ley 508 de 1999, tratándose de servicios de salud excluidos del POS, las normas legales son inaplicables cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida. En estos eventos, según la Corte¹², las EPS deben repetir contra el Estado-Fosyga el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados por fuera del POS, con el correlativo derecho a exigir el reembolso de tales sumas. Así lo expresó la Corte en sentencia T-796 de 1998, MP. Dr. Hernando Herrera Vergara, al señalar:

“En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las personas, ha llevado a una situación en virtud de la cual, por dar cumplimiento al objetivo fijado por el constituyente en relación con el derecho a la salud y su conexidad con derechos como la vida y la dignidad humana, y su garantía a todas las personas a través del Plan de Atención Básico en Salud -POS-, las Empresas Promotoras de Salud se han visto en la obligación de garantizar la realización de intervenciones, el otorgamiento de medicamentos y otras prestaciones, a pesar de estar expresamente excluidas de dicho plan, todo ello, como se indicó, por dar cabal aplicación a la garantía constitucional de los derechos fundamentales. Claro está, la Corporación siguiendo las normas superiores y legales, ha reconocido en estos casos el derecho que las EPS tienen a que el Estado, por intermedio del Fosyga, les reembolse oportunamente las sumas que deban cancelar para atender el tratamiento, intervención o medicamentos cuando estén excluidos del plan”.

Sin embargo, la situación cambia sustancialmente a partir de la promulgación de la Ley 508 de 1999, cuyo artículo preceptúa que en casos excepcionales cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial, la prestación del servicio de salud por fuera del Plan Obligatorio de Salud definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y de imperioso cumplimiento para todas las EPS, cualquiera sea su naturaleza y lugar de realización, en Colombia o en el exterior.

Por consiguiente, a partir de esta ley y mientras el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (artículo 37 inciso 3º de la Ley 508 de 1999) no defina el trámite a seguir para la prestación de servicios de salud por fuera del POS en el exterior, la persona que reclama la prestación del servicio una vez acredite la certificación médica del profesional tratante adscrito a la EPS a la que se encuentre afiliada, sobre la circunstancia de que la actividad, el procedimiento o la intervención que requiere se encuentra por fuera del POS y que está de por medio su derecho a la vida; que no se trata en su caso de un tratamiento experimental y que la atención en el país no es posible, deberá acudir ante el Ministerio de Salud para que éste, atendiendo a los criterios y reglas que fije el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, imparta la orden para que

¹² Ver entre otras, las Sentencias T-307/97, SU-039/98, T-080/98, T-699/98 y T-118/99.

con los recursos del Estado-Fosyga se ordene la prestación del servicio por entidades acreditadas y debidamente adscritas al Sistema de Seguridad Social en Salud del respectivo país. Corresponde al citado Ministerio o en su caso a la EPS, la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se atenderá el procedimiento, con cargo a los recursos del Fondo.

En consecuencia, debe señalar esta Corporación en relación con las solicitudes de remisión que se produzcan en adelante, las siguientes conclusiones:

a) Corresponde al Estado, como directamente responsable de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demanda el tratamiento que el afiliado requiere para la recuperación de su salud;

b) El Estado, a través del Ministerio de Salud -o en su caso la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social-, podrá, una vez efectuada la respectiva evaluación y obtenidos los resultados de los exámenes realizados al paciente y determinada la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento, y antes de su remisión, exigir a la EPS a la que se encuentre afiliado para que ésta proporcionalmente asuma el pago de lo que costaría un tratamiento similar, si este existiere, que se hubiera podido realizar en Colombia conforme a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para la correspondiente patología;

c) El Ministerio de Salud, previamente a la remisión del paciente al exterior, deberá disponer de los recursos a través del Fosyga con los cuales se cancelarán los gastos de traslado, intervenciones, procedimientos y otros a practicarle al paciente, así como la entidad que en el exterior se deberá hacer cargo del procedimiento; recursos que se adicionarán a los que la EPS proporcionalmente deberá asumir en las condiciones mencionadas en el literal anterior;

d) En el caso de la población vinculada, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación.

3.1.4 Parámetros legales que se deben tener en cuenta en relación con el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia - Modificación de la jurisprudencia vigente.

Para el otorgamiento de prestaciones en el país o en el exterior por fuera del POS según las normas legales vigentes, se imponen algunos parámetros que resulta necesario introducir por la propia naturaleza del sistema para evitar así, la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y viabilidad del sistema, y garantizar los principios constitucionales de la seguridad, del estado social de derecho y de la prevalencia del interés general. Parámetros estos que como se anotó en precedencia, ya habían sido señalados e invocados por esta Corte a través de sus diversas Salas de Revisión y de la misma Sala Plena al unificar su jurisprudencia en materia del derecho a la salud (a partir de la sentencia SU-480/97), pero que ahora deben ser aclarados y precisados a partir de la expedición de la nueva normatividad legal:

a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado;

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo

al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999);

c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite;

d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia;

e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la EPS según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento;

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de este medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, sino que, ante la inexistencia de otro medio de protección de carácter judicial, o frente a una situación de perjuicio irremediable que exija un amparo inmediato para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, se lleve a cabo en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas y las que dentro de su competencia corresponda definir al Consejo Nacional de Seguridad Social. Entonces, el juez de tutela deberá siempre consultar los términos y condiciones en que el procedimiento se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales del usuario;

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la EPS, el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del POS de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita;

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación;

h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales;

i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

De otra parte, la preservación de los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del estado social de derecho, impone tanto al juez de tutela, cuando se acuda a este mecanismo para obtener la defensa del derecho a la salud y por conexidad a la vida, como a las autoridades gubernamentales, representadas por el Ministerio de Salud a través del Fondo de Solidaridad y Garantía, el deber de solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la

imposibilidad de pago. Es que no puede olvidarse que en estos supuestos, se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos, con riesgo al equilibrio del sistema mismo de seguridad social en salud.

Finalmente, no sobra reiterar que conforme a la Constitución Política, la protección del derecho a la vida incumbe no sólo al Estado, o a la organización que éste establezca, según el sistema acogido, sino también a la sociedad y a los propios titulares del derecho fundamental.

j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.

3.1.5 Conclusión

No puede desconocerse que la remisión de pacientes al exterior aunque pueda convertirse en una posibilidad que les permita a estos la recuperación de su salud o al menos la prolongación de su vida, en la medida en que los tratamientos y procedimientos que habrán de ser practicados en el exterior implican costos muy elevados, y que los recursos del Estado para responder con su obligación de proporcionar a todos los habitantes del territorio nacional los servicios de salud son limitados, pone en grave riesgo el acceso de la población a los servicios de salud, así como la garantía y la defensa de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social. Por ello, el legislador, en la Ley 508 de 1999, estableció una serie de requisitos que son de ineludible y obligatorio cumplimiento, para acceder a los servicios de salud excluidos del POS en Colombia y en el exterior cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida, que se convierten en necesarios para garantizar los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general, así como los específicos que rigen el sistema de seguridad social en salud -la eficiencia, universalidad y solidaridad-.

No cabe duda para la Corporación que si los elementos de la territorialidad y de la capacidad financiera no son tomados en cuenta por el juez de tutela para adoptar órdenes dirigidas a la protección del derecho a la salud, se hace imposible que el Estado pueda cumplir con su obligación constitucional de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional su salud y seguridad social, y en conexidad, su vida, dignidad y mínimo vital.

Finalmente, debe reiterarse que la acción de tutela es un medio de defensa judicial de los derechos constitucionales fundamentales, establecido por el artículo 86 de la Carta Política, cuando estos son vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o por los particulares, que ostenta una naturaleza eminentemente subsidiaria y residual, por lo que solamente procede cuando no existe otro mecanismo de protección judicial, o para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso es viable la tutela como mecanismo transitorio. Para el caso de derechos como la salud o la seguridad social, que pretende el actor le sean amparados a través de este medio de amparo judicial, será procedente la tutela cuando estén en conexidad con un derecho fundamental, como el de la vida o la integridad física, y siempre y cuando no se trate de resolver cuestiones contractuales, pues para ello existen otros mecanismos de protección¹³.

4. Examen del caso concreto.

1. En el caso *sub lite*, como se evidenció, no es posible efectuarle el transplante de médula que requiere el menor Alejandro Moreno con los medios tecnológicos que existen en Colombia según las certificaciones remitidas por los médicos tratantes y por los directores de las clínicas y hospitales que practican transplantes de médula ósea en Colombia.

¹³ Sobre el particular, se puede ver la Sentencia SU-039 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

Por ello, siguiendo los criterios trazados, y con fundamento en la jurisprudencia constitucional y en las normas legales vigentes para la fecha en que se instauró la acción de tutela, debe concluir la Sala que el fallo que se revisa ha de ser confirmado, ya que según las pruebas que obran en el proceso, el menor fue remitido por recomendación de sus médicos tratantes, adscritos a la EPS Salud Colmena, una vez se pudo encontrar en los Estados Unidos de Norteamérica una médula ósea compatible, y por autorización de la propia EPS Salud Colmena (emitida con fundamento en la sentencia del juez de tutela que dispuso su remisión al exterior), donde actualmente y desde hace algunos meses se le están practicando las pruebas y demás exámenes necesarios previos al trasplante.

En consecuencia, existe una cesación de la actuación impugnada, pues lo que se pretendía mediante el ejercicio de la acción de tutela -la remisión de Alejandro Moreno al exterior para que le efectuaran el trasplante de médula ósea con donante no relacionado-, ya se llevó a cabo, por lo que por este aspecto, habrá de confirmarse el fallo que se revisa.

2. Debe la Corte hacer referencia a la solicitud formulada por la accionada en cuanto al derecho que tiene, siguiendo las orientaciones jurisprudenciales vigentes, a repetir proporcionalmente contra la Nación-Ministerio de Salud el valor de las prestaciones que debió cancelar por la remisión al exterior del menor Alejandro Moreno.

Con las precisiones efectuadas en el acápite anterior en relación con el trámite que a partir de la expedición de la Ley 508 de 1999 (artículo 37) debe seguirse para ordenar la remisión al exterior de un afiliado al sistema de salud cuando el procedimiento o el tratamiento que requiere no se practique en Colombia, así como con la aplicación de la jurisprudencia de la Corporación que ha reconocido el derecho que tienen las Empresas Promotoras de Salud de repetir contra el Estado el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados por fuera del Plan Obligatorio de Salud, y teniendo en cuenta el momento de interposición de la acción de tutela por parte del señor Alejandro Moreno Alvarez, se revocará el fallo que se revisa, y se dispondrá el reconocimiento al derecho que tiene la EPS Salud Colmena al reembolso de dichos costos. Ello, además, con la finalidad de mantener el principio del equilibrio financiero de las entidades prestadoras y del Sistema en su conjunto, y de garantizar los principios constitucionales.

3. Ahora bien, para la Corte, con fundamento en la jurisprudencia que se ha trazado en esta providencia, si el procedimiento no se ha efectuado debe directamente el Estado a través del Fosyga asumir el pago de su parte y la EPS la suya. Empero, si como ocurre en el asunto materia de revisión, el paciente -el menor Alejandro Moreno Parra- ya fue remitido al exterior y se le está realizando en la actualidad el trasplante de la médula, y la EPS -Salud Colmena S.A., ya canceló los gastos para la remisión al exterior, debe el Ministerio de Salud a través del Fosyga, reembolsarle a aquella dichos gastos en el término de diez días contados a partir de la formalización de las cuentas de cobro correspondientes, descontando la suma equivalente al costo que había asumido la EPS, en caso de haber sido viable el trasplante "autólogo" de médula ósea en Colombia, sin tener que acudir para ello ante la jurisdicción ordinaria.

Sobre el particular, cabe señalar que el representante de la EPS. Salud Colmena manifestó al juez de tutela que esta entidad no puede asumir el costo del tratamiento requerido por el menor y en consecuencia no autoriza la realización del trasplante de médula ósea con donante no relacionado en el exterior; sin embargo, el mismo funcionario, teniendo en cuenta que está de por medio el derecho a la vida del niño, expresa que la entidad está dispuesta a asumir el valor

que corresponde al tratamiento previsto en la Resolución 5261/94, en la que se contempla el tratamiento para médula ósea con donante relacionado que es el que se efectúa en el país. Que es precisamente el valor que deberá asumir directamente la EPS y a cuyo reembolso no tendrá derecho.

4. Finalmente, es necesario hacer algunas precisiones en cuanto a la posibilidad que tendría el Fondo de Solidaridad y Garantía de cobrar al accionante de tutela en su calidad de usuario del régimen contributivo de seguridad social en salud, aquellas sumas que deba éste cancelar proporcionalmente conforme a su capacidad socioeconómica, por el tratamiento y demás intervenciones practicadas a su hijo en el exterior, por estar excluidos del POS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, las enfermedades de alto costo, o también denominadas catastróficas o ruinosas, están sometidas, para que el usuario o afiliado tenga derecho a la atención en salud, al cumplimiento de unos períodos mínimos de cotización, que cuando no se acrediten, imponen a éste el pago de un porcentaje del valor total del tratamiento. Igual ocurre cuando se trata, como en el presente caso, de enfermedades, medicamentos o patologías excluidas del POS, que deberán ser asumidas por el usuario, según su capacidad socioeconómica.

En consecuencia, lo que no esté cubierto en principio por el POS, bien por no reunirse el número mínimo de semanas de cotización, o por tratarse de una actividad, procedimiento, intervención o medicamento que se encuentre excluido del POS, debe asumirlo el usuario o afiliado en los términos señalados. Sin embargo, si la persona acredita, mediante un balance certificado por contador, o a través de la declaración de renta o del certificado de ingresos, no poder asumir el pago de aquellas prestaciones que no estén cubiertas por el POS a título de copago por falta de recursos, deberán ser atendidos él o sus beneficiarios por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato, las cuales tendrá derecho a cobrar una cuota de recuperación, de acuerdo a las normas vigentes.

Ahora bien, en el caso en que el usuario no logre acreditar la falta de capacidad económica, deberá, de conformidad con la ley, asumir una parte del costo del tratamiento, medicamento o procedimiento, según su capacidad socioeconómica, para lo cual, a juicio de la Corporación, se deberá tener en cuenta, aquella parte de los ingresos que se pueden tomar del flujo de ingresos mensuales del usuario, sin menoscabar aquellos destinados a vivienda, educación, seguridad social (aportes para salud y pensiones), y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna, como la alimentación y el vestuario.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, aparece acreditado en el expediente mediante escrito debidamente sustentado con los recibos y facturas correspondientes (que demuestran que en la actualidad el actor tiene varias obligaciones y créditos hipotecarios, y que dentro de sus gastos mensuales están el pago de matrículas educativas, pagos de servicios públicos y otros), que el peticionario no dispone de los ingresos mensuales suficientes para asumir los procedimientos médicos que demanda en el exterior la atención y la recuperación de su hijo, a quien se le efectúa un trasplante de médula ósea. Por lo que, dada su capacidad socioeconómica, no está en posibilidad objetiva de asumir tales costos.

Lo razonable es que si en cumplimiento de las normas legales, al usuario se le va a exigir que, en razón de su capacidad socioeconómica, asuma el pago de una parte del costo de los servicios,

tratamientos o procedimientos suministrados, excluidos o no cubiertos por el POS, deben fijarse por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud unos parámetros objetivos, claros y expresos, para determinar el porcentaje que el usuario deberá asumir, el tope máximo a pagar, las condiciones y los términos para realizar el pago diferido del mismo, así como los requisitos que debe cumplir el Fondo de Solidaridad y Garantía para exigir la cancelación de esas sumas. Con lo cual se evitará que el Estado incurra en arbitrariedad frente a los usuarios del sistema de salud, al quedar debidamente precisadas y determinadas las condiciones y los requisitos para exigir al usuario el pago proporcional de tales sumas.

Por consiguiente, en la medida en que hasta la fecha y con fundamento en el artículo 37 de la Ley 508 de 1999, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no ha expedido la reglamentación del régimen de copago y de cuotas moderadoras para las prestaciones, procedimientos, medicamentos y tratamientos que están por fuera del POS, en aras de garantizarle al usuario, y en el caso *sub examine* al peticionario, su derecho fundamental al debido proceso, no podrá imponérsele, en cuanto no existe dicha regulación, el pago proporcional del valor de los tratamientos suministrados en el exterior al menor Alejandro Moreno Parra. En este sentido, la Corte hará un llamado a prevención al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para que, en un término prudencial, no superior a los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a expedir la reglamentación del régimen de copago y de las cuotas moderadoras para los procedimientos, prestaciones, tratamientos y medicamentos que estén por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Una vez expedida dicha reglamentación, el Fondo de Solidaridad y Garantía podrá exigir al usuario del Sistema de Salud el pago del costo de los servicios de salud suministrados por fuera del POS, en proporción a su capacidad socioeconómica.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá el 16 de abril de 1999, por las razones expuestas en esta providencia, en cuanto concedió la tutela instaurada por Alejandro Moreno Alvarez contra Salud Colmena EPS y el Ministerio de Salud.

Segundo. **DECLARAR** que la Empresa Promotora de Salud Colmena Salud tiene derecho a repetir proporcionalmente contra el Ministerio de Salud - Fondo de Solidaridad y Garantía, para que éste le reembolse el valor del tratamiento suministrado en el exterior al menor Alejandro Moreno Parra, incluyendo los procedimientos, medicamentos, gastos de traslado y otros, con descuento de la suma equivalente al costo que debió asumir Salud Colmena en caso de haber sido viable el trasplante autólogo en Colombia, sin tener que acudir para ello ante la jurisdicción ordinaria.

Tercero. Para dar cumplimiento a lo preceptuado en el numeral anterior, el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud, Fosyga, dispone de un término de diez (10) días contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

Cuarto. Hacer un llamado a prevención al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para que en un término prudencial no superior a los tres (3) meses siguientes a la notificación

SU-819/99

de esta providencia, proceda a expedir la reglamentación del régimen de copago y de las cuotas moderadoras para los procedimientos, prestaciones, tratamientos y medicamentos que estén por fuera del Plan Obligatorio de Salud

Quinto. El Juez de instancia verificará el estricto cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia, y tomará las medidas adecuadas para ello.

Sexto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Secretaria General

INDICE TEMATICO
OCTUBRE 1999

	PROVIDENCIA	PAGINAS
	No.	
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Cambio en proceso de selección de alumnos a los que se entregará formularios	(S. T-787/99)	630
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Criterio básico es el mérito académico	(S. T-787/99)	630
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Criterios adicionales para asignación de cupos	(S. T-787/99)	630
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Cupos son bienes escasos	(S. T-787/99)	630
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Importancia de exámenes de admisión y pruebas de Estado	(S. T-787/99)	630
ACCION DE REINTEGRO DE TRABAJADOR CON FUERO SINDICAL- Prescripción	(S. T-800/99)	728
ACCION DE REINTEGRO DE TRABAJADOR CON FUERO SINDICAL CONTRA ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO-Regla especial	(S. T-800/99)	728
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-789/99, T-791/99, T-801/99, T-802/99, T-824/99, T-828/99, T-831/99, T-832/99)	658, 678, 735, 738, 859, 901, 911, 914
ACCION DE TUTELA-Carga de la prueba	(S. T-826/99)	867
ACCION DE TUTELA-Demostración de amenaza o vulneración de derechos fundamentales	(S. T-796/99)	701

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando la desvinculación laboral no se relaciona con enfermedad del trabajador	(S.T-826/99)	867
ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando pese a no comunicarse iniciación no se evidencia vulneración real y efectiva de derechos	(S.T-820/99)	797
ACCION DE TUTELA-Improcedencia general sobre controversias de reconocimiento de prestaciones laborales	(S.T-808/99)	761
ACCION DE TUTELA-Improcedencia para cobro exclusivo de indexación	(S.T-803/99)	741
ACCION DE TUTELA-Improcedencia para revivir términos	(S.T-755/99)	572
ACCION DE TUTELA-No se concede contra conductas legítimas de un particular	(S.T-758/99)	595
ACCION DE TUTELA-Procedencia aunque exista mecanismo de defensa por inexistencia de medidas de protección inmediata eficaces	(S.T-849/99)	983
ACCION DE TUTELA-Procedencia definitiva para protección de derechos fundamentales	(S.T-823/99)	835
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S.T-732/99, T-733/99, T-738/99, T-792/99, T-810/99, T-830/99, T-833/99, T-837/99, T-854/99, T-856/99, T-859/99)	440 444,472,680,769,907,917,937,1020, 1027, 1037
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento de derechos pensionales	(S.T-841/99, T-842/99) .	955, 964
ACCION DE TUTELA-Reclamación en todo momento	(S.T-735/99)	453
ACCION DE TUTELA-Requisitos para la procedencia en casos de mora en pago de cuotas de administración en conjunto residencial	(S.T-789/99)	658
ACCION DE TUTELA-Restablecimiento pleno del derecho amenazado o vulnerado	(S.T-731/99)	425
ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad	(S.T-731/99, T-736/99, T-788/99)	425,460,650
ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD FINANCIERA -Procedencia por prestación de servicio público	(S.T-739/99, T-755/99) ..	478, 572

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES -Procedencia excepcional	(S. T-732/99, T-739/99, T-755/99, T-757/99, T-796/99, T-797/99)	440, 478, 572, 588, 701, 707
ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Alcance	(S. T-800/99)	728
ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia por existencia de mecanismo de defensa judicial	(SU.786/99)	1057
ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia por no ejercicio oportuno de mecanismo de defensa judicial	(SU.786/99)	1057
ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Juez no resuelve materia objeto de debate	(S. T-751A/99)	514
ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia excepcional	(S. T-751A/99, T-790/99, SU.786/99, T-814/99)	514, 665, 783, 1057
ACCION DE TUTELA EN INVESTIGACION PRELIMINAR - Improcedencia cuando pese a no comunicarse iniciación no se evidencia vulneración real y efectiva de derechos	(S. T-790/99)	666
ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR APODERADO- Carencia de poder no se supl con otro otorgado para asunto diferente	(S. T-821/99)	809
ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR APODERADO- Necesidad de poder	(S. T-821/99)	809
ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR APODERADO - No puede invocar interés directo para incoarla	(S. T-821/99)	809
ACCION DE TUTELA TEMERARIA- Alcance	(S. T-751A/99)	515
ACCION DE TUTELA TRANSITORIA- Procedencia	(S. T-759/99)	600
ACCION DE TUTELA TRANSITORIA- Reconocimiento y pago de mesadas pensionales	(S. T-842/99)	965
ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DEL DERECHO A LA EDUCACION- Continuación pago de pensión a hijo mayor de edad por estudios	(S. T-852/99)	1012

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DEL DERECHO ALA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Elementos fácticos que deben demostrarse	(S. T-736/99)	460
ACTO PROPIO-Condicion es para su aplicaci3n	(S. T-827/99)	872
ACTO PROPIO-Respeto	(S. T-827/99)	872
ACTO PROPIO-Respeto por todos los operadores jurídicos	(S. T-827/99)	872
ADMINISTRACION-Límites a competencia discrecional	(S. T-814/99)	783
ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL -Lista de deudores morosos, uso de citófono, ingreso de taxis y compras por porteros	(S. T-789/99)	658
ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL -Restricci3n de ingreso a zona comunal de parqueo	(S. T-752/99)	535
ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL -Suspensi3n de servicios	(S. T-752/99)	534
ADMINISTRACION DE PROPIEDAD HORIZONTAL -Suspensi3n de servicios propios	(S. T-789/99)	658
ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS-Ponderaci3n de publicaci3n de lista de deudores morosos	(S. T-789/99)	658
AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Distribuci3n de cupos atendiendo principios y derechos constitucionales	(S. T-787/99)	630
BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA-Funci3n pública asistencial	(S. T-851/99)	1003
BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA-Internaci3n de persona con enfermedad mental ante incapacidad física y económica comprobada de los padres	(S. T-851/99)	1003
BIENES DE USO PUBLICO-Inapropiables	(S. T-754/99)	554
BONOS PENSIONALES-Procedencia de tutela para reclamar la remisi3n	(S. T-802/99)	738
CAJA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIAL -Inexistencia de intervenci3n que permitía renegociaci3n de títulos	(S. T-739/99)	478
CAJA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIAL-Prestaci3n de servicio público	(S. T-739/99)	478

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
CAJA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SOCIAL-Prórroga y renegociación de certificados de depósito a término no afecta mínimo vital ni constituye perjuicio irremediable	(S. T-739/99)	478
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR-Naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores	(S. T-753/99)	541
CARRERA ADMINISTRATIVA-Alcance de la discrecionalidad del nominador	(S. T-850/99)	993
CARRERA ADMINISTRATIVA-Provisión de vacantes atendiendo lista de elegibles	(S. T-850/99)	993
CARRERA ADMINISTRATIVA-Situación de quienes no encabezan la lista de elegibles	(S. T-850/99)	993
CARRERA JUDICIAL-Nombramiento atendiendo lista de elegibles y en estricto orden de resultados	(S. T-735/99)	453
CLUB DEPORTIVO-Libertad del jugador cuando desaparece relación contractual	(S. T-796/99)	701
CLUB DEPORTIVO-Libertad del jugador por inexistencia de relación contractual	(S. T-796/99)	701
CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO -Asunción servicio de salud por ex empleador debido a mora en pago de aportes	(S. T-732/99)	440
CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO -Asunción servicio de salud por empleador debido a mora en pago de aportes	(S. T-733/99)	444
CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO-Pago preferente de salarios	(S. T-733/99)	444
CONCURSO PUBLICO-Actos y hechos administrativos que lo conforman	(S. T-850/99)	993
CONCURSO PUBLICO-Culminación	(S. T-850/99)	993
CONCURSO PUBLICO-Improcedencia de congelación de nombramiento por encontrarse en curso proceso de selección	(S. T-850/99)	993
CONCURSO PUBLICO-Proceso de selección no terminantes de iniciarse periodo de prueba	(S. T-850/99)	993
CONSEJONACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Funciones	(SU.819/99)	1071
CONSEJONACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reglamentación del régimen de copago y de cuotas moderadoras para servicios por fuera del POS	(SU.819/99)	1073

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
CONSULTA-Facultad del superior para examinar integralmente fallo del inferior	(S. T-749/99)	489
CONSULTA POPULAR-Construcción metro ligero para ciudad	(S. T-814/99)	783
CONSULTA POPULAR-Discrecionalidad razonable de administración para promover proyecto que amenace intereses comunitarios vitales	(S. T-814/99)	783
CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA -Connotaciones especiales	(S. T-822/99)	815
CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA -Naturaleza jurídica	(S. T-822/99)	815
CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA-Procedencia excepcional de tutela	(S. T-822/99)	815
CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO -No demostración que terminación la motivó ser portador del VIH	(S. T-826/99)	867
CONTRIBUCION PARA FISCAL-Cotización en seguridad social	(S. T-827/99)	873
CONVENCION COLECTIVA-Interpretación desfavorable al introducir elemento no contemplado	(S. T-808/99)	761
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Vulneración por aplicación de norma declarada inexecutable	(S. T-814/99)	784
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y OBJECION		
CUMPLIMIENTO DE PROVIDENCIAS JUDICIALES -Procedencia de tutela	(S. T-835/99)	927
DEBIDO PROCESO-Fundamental	(S. T-751A/99)	514
DEBIDO PROCESO-Recta administración de justicia	(S. T-751A/99)	514
DEBIDO PROCESO-Revocación acto de elección de Presidente del Concejo Distrital	(S. T-759/99)	600
DEBIDO PROCESO-Vulneración por cuestionamiento de actos administrativos no considerados en proceso judicial	(S. T-788/99)	650
DEBIDO PROCESO-Vulneración por revivir proceso concluido	(S. T-751A/99)	515
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Expedición de acto motivado y resolución de fondo sobre petición	(S. T-849/99)	983
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Incompetencia para suspender provisionalmente reconocimiento de cuota alimentaria	(S. T-849/99)	983

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Notificación de razón para la suspensión del pago de pensión	(S. T-852/99)	1012
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Revocación directa de acto expedido	(S. T-849/99)	983
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Revocación directa de derecho subjetivo sin la aquiescencia escrita del titular	(S. T-849/99)	983
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Suspensión de pensión debe efectuarse por acto administrativo expedido por funcionario competente y con resolución de fondo	(S. T-852/99)	1012
DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACION PRELIMINAR-Observancia y respeto en relación con imputado conocido	(S. T-790/99, T-820/99) .	665, 797
DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACION PRELIMINAR -Vulneración por mantener reserva y diligencias practicadas a imputado conocido que hace imposible ejercicio real de derechos	(S. T-790/99, T-820/99) .	666, 797
DEBIDO PROCESO POR DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES-Revocación directa de reconocimiento de cuota alimentaria a menores	(S. T-849/99)	983
DERECHO A LA EDUCACION-Atención preferencial	(S. T-780/99)	613
DERECHO A LA EDUCACION-Función social	(S. T-780/99)	613
DERECHO A LA EDUCACION-Fundamental	(S. T-780/99)	613
DERECHO A LA EDUCACION-Presupuesto básico para la efectividad de otros derechos	(S. T-780/99)	613
DERECHO A LA EDUCACION-Proyección en ámbitos de interés social	(S. T-780/99)	613
DERECHO A LA EDUCACION-Suspensión de pensión por llegar hijo a los 18 años	(S. T-852/99)	1012
DERECHO A LA EDUCACION-Suspensión del servicio de energía	(S. T-824/99)	859
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA -Autorización previa del funcionario de trabajo	(S. T-809/99)	766
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Carácter fundamental	(S. T-736/99)	460
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Inexistencia de autorización previa del funcionario de trabajo	(S. T-806/99)	753

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Procedencia excepcional de tutela	(S. T-736/99)	460
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Protección	(S. T-806/, T-809/99, T-838/99)	753, 766, 941
DERECHO A LA IGUALDAD- Implica un concepto relacional	(S. T-861/99)	1045
DERECHO A LA IGUALDAD DE PERSONAS CON DISMINUCION FISICA- Protección constitucional especial	(S. T-823/99)	835
DERECHO A LA IGUALDAD DEL DISCAPACITADO -Restricción circulación en persona que no puede conducir su propio vehículo	(S. T-823/99)	835
DERECHO A LA IGUALDAD EN ACCESO A CARRERA DOCENTE- Prerrogativa por ser oriundo de región	(S.T-731/99)	425
DERECHO A LA IGUALDAD EN ACCESO A CARRERA DOCENTE- Puntaje adicional por prestación de servicios en zona rural	(S.T-731/99)	425
DERECHO A LA IGUALDAD EN ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA- Criterio objetivo para distribución de cupos que constituyen bienes escasos	(S. T-787/99)	630
DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Diferencias que de hecho existen entre personas	(S. T-823/99)	835
DERECHO A LA IGUALDAD EN INDEXACION -Reajuste de pensiones	(S. T-803/99)	741
DERECHO A LA IGUALDAD EN PAGODEPRIMA TECNICA- Origen constitucional con categoría de fundamental	(S. T-861/99)	1045
DERECHO A LA IGUALDAD EN PAGODEPRIMA TECNICA- Trato diferente	(S. T-861/99)	1045
DERECHO A LA IGUALDAD ENTREDISCAPA- CITADOS- Restricción circulación de vehículos que dispongan de adaptaciones para el servicio	(S. T-823/99)	835
DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR- No se vulnera por restricción de ingreso a zona comunal de parqueo	(S. T-752/99)	535
DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL- Alcance	(S. T-752/99)	534

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Ambitos de privacidad	(S. T-752/99)	534
DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Eficacia de la tutela para la protección	(S. T-749/99)	489
DERECHO A LA PROPIEDAD-Fundamental por conexidad	(S. T-752/99)	535
DERECHO A LA SALUD-Amenaza por mora patronal en aportes a seguridad social	(S. T-757/99)	588
DERECHO A LA SALUD-Carácter prestacional	(SU.819/99)	1069
DERECHO A LA SALUD-Falta de recursos presupuestales no exime a EPS de cumplimiento de obligaciones	(S. T-812/99)	774
DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad	(S. T-755/99, T-822/99,T-851/99)	572, 815,1003
DERECHO A LA SALUD-Mora en pago de aportes patronales	(S. T-757/99,T-797/99)	588, 707
DERECHO A LA SALUD-No se pueden oponer períodos mínimos de cotización ante situaciones de urgencia	(S. T-812/99)	774
DERECHO A LA SALUD-Período mínimo de cotización no es extensiva a casos de urgencia para enfermedades de alto costo	(S. T-756/99)	582
DERECHO A LA SALUD-Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental	(SU.819/99)	1069
DERECHO A LA SALUD-Relevancia de la participación de la familia para protección y rehabilitación del enfermo	(S. T-822/99)	815
DERECHO A LA SALUD-Transplante de córnea	(S. T-812/99)	774
DERECHO A LA SALUD DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección de actividad doméstica	(S. T-730/99)	413
DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental por conexidad	(S. T-755/99)	572
DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Solicitud de devolución de dineros a Cooperativa intervenida	(S. T-755/99)	572
DERECHO A LA SALUD DEL DISMINUIDO FISICO Y PSIQUICO-Procura de rehabilitación e integración social por el Estado en mayor medida cuando familia no está en condiciones de hacerlo	(S. T-851/99)	1003

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO -Asunción de internación por el Estado ante incapacidad física y económica comprobada de los padres	(S. T-851/99)	1003
DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO -Atención gratuita a menor de un año	(S. T-807/99)	756
DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO -Fundamental prevalente	(SU.819/99)	1070
DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO -Protección frente acto que ordena traslado de trabajador	(S. T-839/99)	943
DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO -Transplante de médula ósea en el exterior	(SU.819/99)	1073
DERECHO A LA SALUD DEL TRABAJADOR -Protección por conexidad con la vida y el trabajo	(S. T-730/99)	413
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Asunción por empleador servicio de salud y evaluación para reconocimiento de eventual indemnización o pensión de invalidez	(S. T-848/99)	976
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Carácter prestacional	(SU.819/99)	1069
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Fundamental por conexidad	(S. T-794/99)	687
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental	(SU.819/99)	1069
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD -Fundamental por conexidad	(S. T-753/99, T-792/99, T-827/99)	541, 680, 872
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAL DE SERVICIO DOMESTICO -Protección	(S. T-730/99)	413
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO -Fundamental	(S. T-753/99)	541
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES -Interpretación de normatividad con sujeción a la Constitución	(S. T-827/99)	872
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE PERSONAL DE SERVICIO DOMESTICO -Cuota que se debe pagar siendo el empleador pariente	(S. T-730/99)	413
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE PERSONAL DE SERVICIO DOMESTICO -Parentesco con empleador no constituye causal de retiro	(S. T-730/99)	413

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO A LA SUBSISTENCIA DIGNA-Situación económica o presupuestal del empleador no es óbice para desconocer obligaciones laborales	(S. T-737/99)	468
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Alcance	(S. T-780/99)	614
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL- Aplicación de norma más favorable	(S. T-834/99)	922
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL -Carácter fundamental	(S. T-780/99)	614
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL- Demostración de convivencia efectiva en años anteriores	(S. T-834/99)	922
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Finalidad	(S. T-780/99)	614
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Fundamental	(S. T-834/99)	922
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Nuevo estudio por trato discriminatorio	(S. T-834/99)	922
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL POR ESTUDIOS-Cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud	(S. T-780/99)	614
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL POR ESTUDIOS-Intensidad de medida limitativa que restringe principios y derechos constitucionales	(S. T-780/99)	615
DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL POR ESTUDIOS-Protección	(S. T-780/99)	614
DERECHO A LA VIDA-Demora en práctica de examen	(S. T-831/99)	911
DERECHO A LA VIDA-Intervención quirúrgica por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización	(S. T-853/99)	1017
DERECHO A LA VIDA-Remisión oportuna de bono pensional	(S. T-802/99)	738
DERECHO A LA VIDA-Revisión de negativa de reconocimiento de pensión por interpretación desfavorable de norma convencional	(S. T-808/99)	761
DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos sin cumplir periodo mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida	(S. T-813/99)	778
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Alcance	(S. T-822/99,T-829/99)	815, 903
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Contenido	(S. T-860/99)	1040
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Culminación de tratamiento médico aunque se hubiere extinguido vinculación con EPS	(S. T-829/99)	903

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Demora injustificada en diagnóstico	(S. T-862/99)	1052
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Pago oportuno de salarios	(S. T-858/99)	1034
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Práctica de examen y cirugía de cataratas sin cumplir periodo mínimo de cotización señalado por el POS	(S. T-860/99)	1040
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Rehabilitación y manejo de secuelas producidas por enfermedad	(S. T-822/99)	815
DERECHO A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Pago oportuno de mesadas pensionales	(S. T-801/99,T-856/99)	735, 1027
DERECHO A LA VIDA DIGNA DEL ENFERMO MENTAL -Deficiente apoyo familiar debido a avanzada edad de progenitores y carencia de recursos económicos	(S. T-851/99)	1003
DERECHO A LA VIDA DIGNA DEL TRABAJADOR-Pago oportuno de salarios	(S. T-732/99,T-733/99)	440, 444
DERECHO A SER ELEGIDO Y ACCEDER AL DESEMPEÑO DE CARGOS PUBLICOS-Revocación acto de elección de Presidente del Concejo Distrital	(S. T-759/99)	600
DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO -Pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-854/99)	1020
DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO -Pago oportuno de mesadas	(S. T-801/99,T-830/99, T-856/99)	735,907,1027
DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR -Imprudencia de tutela por no afectación	(S. T-738/99)	472
DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR -Pago oportuno de salarios	(S. T-732/99, T-733/99, T-737/99, T-792/99, T-810/99, T-837/99, T-858/99)	440,444,468, 680,769,937,1034
DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental por conexidad	(S. T-753/99)	541
DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección por tutela	(S. T-753/99)	541

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NIÑO		
-Protección por tutela	(S.T-753/99,T-858/99)	541, 1034
DERECHO AL TRABAJO-Ejercicio del comercio informal	(S.T-754/99)	554
DERECHO AL TRABAJO-Normatividad internacional en tema del desempleo	(S.T-754/99)	554
DERECHO AL TRABAJO-Prohibición de exigir prueba sobre VIH	(S.T-826/99)	867
DERECHO AL TRABAJO-Relación con el empleo	(S.T-754/99)	554
DERECHO AL TRABAJO DE DISCAPACITADO VISUAL		
-Ingreso que le permita subsistencia	(S.T-798/99)	715
DERECHO AL TRABAJO DE MUJER EMBARAZADA- Despido sin autorización previa del funcionario de trabajo	(S.T-809/99)	766
DERECHO AL TRABAJO DE MUJER EMBARAZADA -Permiso del inspector de trabajo	(S.T-838/99)	941
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Pago oportuno de salarios	(S.T-837/99,T-859/99)	937, 1037
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Pago oportuno de salarios atrasados	(S.T-737/99)	468
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Protección ante sustitución patronal producida en establecimientos públicos o privados	(S.T-794/99)	687
DERECHO DE PARTICIPACION DE TODOS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN- Alcance	(S.T-814/99)	783
DERECHO DE PETICION- Alcance	(S.T-836/99)	931
DERECHO DE PETICION- Pronta resolución y decisión de fondo	(S.T-793/99,T-804/99, T-852/99)	684, 745, 1012
DERECHO DE PETICION- Remisión a la autoridad competente	(S.T-849/99)	983
DERECHO DE PETICION EN CESANTIAS PARCIALES -Pronta resolución	(S.T-836/99)	931
DERECHO DE PETICION EN CESANTIAS PARCIALES- Respuesta sobre reconocimiento no sujeta a disponibilidad presupuestal	(S.T-804/99,T-836/99) ..	745, 931
DERECHO DE PETICION EN VIA GUBERNATIVA -Recursos de reposición y apelación	(S.T-811/99)	772

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO DE PETICIÓN FRENTE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Deber de resolver la solicitud	(S. T-811/99)	772
DERECHO DE PETICIÓN FRENTE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Resolución oportuna de recurso de apelación	(S. T-734/99)	450
DERECHO DE PETICIÓN POR APODERADO -No obtención de respuesta vulnera derecho del representado	(S. T-821/99)	809
DERECHO DE PETICIÓN Y DEBIDO PROCESO EN VÍA GUBERNATIVA-Resolución oportuna de recurso de apelación	(S. T-734/99)	450
DERECHOS DEL NIÑO-Fundamentales	(S. T-753/99)	541
DERECHOS DEL NIÑO-Protección efectiva	(S. T-753/99)	541
DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS-Procedencia excepcional de tutela	(S. T-840/99)	948
DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS-Protección excepcional no se agota en mínimo vital por exigir estudio sobre derechos a igualdad y debido proceso	(S. T-840/99)	948
DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES -Adquisición carácter de fundamentales	(SU.819/99)	1069
DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES-Prestacionales y transmutación hacia un derecho subjetivo	(SU.819/99)	1069
DESEMPLEO-Gobiernos municipales también pueden presentar soluciones	(S. T-754/99)	555
DESEMPLEO-Vendedores ambulantes desalojados	(S. T-754/99)	554
DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES -Actuación que dió lugar a falla en el servicio	(S. T-849/99)	983
DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES -Suspensión irregular de cuota alimentaria a menores	(S. T-849/99)	983
DISCAPACITADO-Deber de trato especial	(S. T-823/99)	835
DISCAPACITADO-Grupo heterogéneo	(S. T-823/99)	835
DISCAPACITADO-Protección constitucional especial e internacional	(S. T-823/99)	835
DISCAPACITADO VISUAL-Prestación servicio de aseo en estadio	(S. T-798/99)	715

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DOCTRINA CONSTITUCIONAL-Desconocimiento	(S. T-814/99)	784
DOCUMENTO RESERVADO-Improcedencia general de tutela para entrega salvo perjuicio irremediable	(S. T-821/99)	809
EDUCACION-Elemento esencial del desarrollo humano	(S. T-780/99)	613
EMPLEADOR-Asunción servicio de salud por mora en aportes	(S. T-757/99, T-758/99, T-795/99, T-797/99)	588, 595, 694, 707
EMPLEADOR-Asunción, en principio, servicio de salud por mora en aportes	(S. T-807/99, T-848/99, T-855/99)	756, 976, 1023
EMPLEADOR-Deber de descontar y efectuar aportes en seguridad social	(S. T-848/99)	976
EMPLEADOR-Obligación de depositar aportes descontados para salud	(S. T-855/99)	1023
EMPLEADOR-Responsabilidad en entrega oportuna de aportes para seguridad social y subsidio familiar	(S. T-794/99)	687
EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Programa de hospitalización domiciliaria	(S. T-822/99)	816
ENFERMEDADES CATASTROFICAS ORUINOSAS		
-Suministro de tratamientos sin cumplir periodo mínimo de cotización en persona de escasos recursos	(S. T-853/99)	1017
ENRIQUECIMIENTO ILCITIVO DEL PARTICULAR		
-Delito autónomo	(S. T-820/99)	797
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Asunción servicio de salud correspondiente al empleador ante daño irremediable	(S. T-855/99)	1023
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Asunción servicio de salud mientras se produce pago de aportes	(S. T-732/99, T-733/99)	440, 444
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Cubrimiento de prestaciones por fuera del POS lleva al Estado a titularidad del cobro al usuario	(SU.819/99)	1071
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Culminación de tratamientos iniciados bajo vigencia que posteriormente se extingue	(S. T-829/99)	903
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-En casos de urgencia y ante imposibilidad económica del usuario que no cumple periodo mínimo de cotización podrá acudir al Fosyga	(S. T-756/99)	582

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Interrupción de servicios por mora patronal	(S. T-795/99,T-797/99) .	694,707
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Límites a obligaciones	(SU.819/99).....	1071
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No prestación del servicio por terminación de relación laboral y vencimiento del periodo de gracia	(S. T-807/99).....	756
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No prestación, en principio, de atención médica por no pago de aportes	(S. T-758/99).....	595
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Período mínimo de cotización no es extensible a casos de urgencia para enfermedades de alto costo	(S. T-756/99).....	582
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad subsidiaria en protección de la salud del trabajador	(S. T-795/99, T-797/99) .	694,707
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad subsidiaria por mora en aportes del empleador	(S. T-807/99, T-855/99)	756,1023
ESPACIO PUBLICO-Actuaciones de la policía administrativa	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Ampliación del concepto	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Connotación constitucional	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Determinación sitio donde puedan laborar las personas que van a ser desalojadas	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Diseño y ejecución de un adecuado y razonable plan de reubicación de vendedores ambulantes	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Efectos de los actos de perturbación	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Fenómeno social que conlleva la economía informal	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Legitimidad de las conductas tendientes a la protección	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Presupuestos necesarios para reubicación de vendedores ambulantes	(S. T-754/99).....	554
ESPACIO PUBLICO-Reglas para la preservación deben ser razonables	(S. T-754/99).....	554
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO OFICIAL -Suspensión del servicio de energía	(S. T-824/99).....	859
ESTABLECIMIENTO HOSPITALARIO-Situación económica o presupuestal no es óbice para desconocer obligaciones laborales	(S. T-737/99).....	468

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
ESTADO-Deber de propiciar ubicación laboral de personas en edad de trabajar	(S.T-754/99)	554
FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA -Apoderado no puede invocar interés directo	(S.T-821/99)	809
FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA -Presentación a nombre del cónyuge	(S.T-790/99)	666
FAMILIA-Formas encuentran reconocimiento en normas de seguridad social integral	(S.T-842/99)	964
FAMILIA-Protección igualitaria a la formada por matrimonio o unión libre	(S.T-842/99)	964
FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Afectación del equilibrio financiero por asunción de obligaciones excluidas	(SU.819/99)	1071
FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Naturaleza	(SU.819/99)	1070
FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Objeto	(SU.819/99)	1071
FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA -Recursos son limitados	(SU.819/99)	1070
FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA -Reembolso a EPS	(SU.819/99)	1073
HABEAS DATA-Alcance	(S.T-857/99)	1030
HABEAS DATA-Solicitud previa de rectificación de información	(S.T-857/99)	1030
IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EDUCATIVAS -Alcance	(S.T-780/99)	613
INAPLICACION DE DECRETOS REGLAMENTARIOS -Incompatibilidad con principios y derechos constitucionales	(S.T-780/99)	615
INAPLICACION DE NORMAS-Discriminación por omisión de trato especial	(S.T-823/99)	835
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo	(S.T-813/99, SU.819/99)	778, 1071
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Período mínimo de cotización para acceder a tratamientos e intervenciones	(S.T-860/99)	1040
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de medicamentos sin cumplir período mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida	(S.T-813/99)	778

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de tratamientos de alto costo sin cumplir período mínimo de cotización	(S.T-853/99)	1017
INCIDENTE DE DESACATO-Fundamento	(S.T-751A/99)	515
INCIDENTE DE DESACATO-Inicio para evitar cascada de tutelas	(S.T-751A/99)	515
INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA INDEFENSION-Jugador respecto de club deportivo	(S.C-845/99)	701
	(S.T-796/99)	701
INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Requisitos	(S.T-827/99)	873
INFORME EN TUTELA-Presunción de veracidad sobre los hechos	(S.T-859/99)	1037
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Responsabilidad en servicio por falta de pago a instituciones que le colaboran	(S.T-812/99)	774
INVESTIGACION PRELIMINAR-Competencia	(S.T-790/99)	666
INVESTIGACION PRELIMINAR-Detención domiciliaria	(S.T-790/99)	666
INVESTIGACION PRELIMINAR-Notificación de quien fue identificado	(S.T-790/99)	666
INVESTIGACION PRELIMINAR-Valoración del material probatorio	(S.T-790/99)	666
INVESTIGACION PRELIMINAR-Versión libre o indagatoria	(S.T-790/99)	666
INVOLABILIDAD DE OPINIONES Y VOTOS DEL CONGRESISTA-Aspectos que no comprende	(SU.786/99)	1057
INVOLABILIDAD DE OPINIONES Y VOTOS DEL CONGRESISTA-Responsabilidad penal cuando actúan como fiscales y jueces	(A.V.SU.786/99)	1068
INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA-Características y alcance en una democracia constitucional	(SU.786/99)	1057
INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA-Finalidad en una democracia constitucional	(SU.786/99)	1057
INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA-Protección siempre que se cumplan dos condiciones	(SU.786/99)	1057
IUS VARIANDI-Discrecionalidad limitada de la administración para variar sitio de trabajo	(S.T-839/99)	943
JUEZ DE TUTELA-Aplicación de norma superior e inaplicación de disposición reglamentaria	(S.T-823/99)	836
JUEZ DE TUTELA-Deber de tramitar demanda	(S.T-757/99,T-797/99)	588, 707

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
JUEZ DE TUTELA-Incompetencia para reconocer pensión	(S. T-808/99)	761
JUEZ DE TUTELA-Necesidad de tener en cuenta territorialidad y capacidad financiera para proteger derecho a la salud	(SU.819/99)	1072
JUEZ DE TUTELA-No puede suplir al juez ordinario en valoración de pruebas estando proceso penal en curso	(S. T-820/99)	797
JUICIO DE IGUALDAD-Trato diferenciado entre personas discapacitadas	(S. T-823/99)	835
JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SUSTITUCIÓN PENSIONAL POR ESTUDIOS-Alcance de la limitación señalada como cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud	(S. T-780/99)	614
JUNTA ADMINISTRADORA DE CONJUNTO RESIDENCIAL-Cobros extraprocesales	(S. T-752/99)	534
LEY DE SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza	(SU.819/99)	1071
LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES PÚBLICAS-Modificación de normas sobre prestación de servicios de salud en el exterior	(SU.819/99)	1071
LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES PÚBLICAS-Prevalencia sobre ley de seguridad social	(SU.819/99)	1071
LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DEL DISCAPACITADO -Permiso de circulación en vehículo particular durante horas de restricción	(S. T-823/99)	835
LIBERTAD DE EJERCER PROFESIÓN U OFICIO-Defensa de persona al margen de la ley no hace por sí sola la actividad ilícita	(S. T-820/99)	797
LIBERTAD DE ESCOGER PROFESIÓN U OFICIO -Definición y límites	(S. T-780/99)	613
LIBERTAD DE ESCOGER PROFESIÓN U OFICIO Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD -Relación y acción del Estado para garantizar realización	(S. T-780/99)	613
LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN-Impedimento para transitar en espacios accesibles a miembros de la comunidad	(S. T-754/99)	554
LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Definición	(S. T-780/99)	613
LICENCIA DE MATERNIDAD-Aportes realizados que aparecen sin pagar	(S. T-805/99)	749
LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago	(S. T-805/99)	749

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
MEDICINA PREPAGADA-Definición y presupuestos básicos	(S. T-822/99)	815
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversia sobre negativa a entregar documentos señalados como reservados	(S. T-821/99)	809
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Definición de existencia y cuantía de obligaciones en dinero	(S. T-736/99)	460
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Discrepancia sobre convivencia efectiva con pensionado desde el momento en que adquirió dicha calidad	(S. T-842/99)	965
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Incumplimiento de obligaciones contractuales por Cooperativa	(S. T-739/99)	478
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Legalidad de traslado de trabajador	(S. T-839/99)	943
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pronunciamiento judicial que deje sin efectos sanción de destitución atinente a legalidad de ejecución	(S. T-788/99)	650
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reembolso de dineros por asunción de costos médicos	(S. T-758/99)	595
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Integración lista de elegible	(S. T-731/99)	425
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Nombramiento oportuno de persona que conforma la lista de elegibles	(S. T-850/99)	993
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDONEO E INEFICAZ-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto en concurso para carrera	(S. T-735/99)	453
MINUSVALIDO-Integración laboral	(S. T-754/99)	555
MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial	(S. T-805/99,T-806/99) ..	749, 753
MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO FIJO-Protección	(S. T-736/99)	460
MUNICIPIO-Asunción pago de salarios y prestaciones sociales por mora en aportes hasta reconocimiento de pensión de invalidez	(S. T-848/99)	976
MUNICIPIO-Asunción servicio de salud por mora en aportes y evaluación para reconocimiento de eventual indemnización o pensión de invalidez	(S. T-848/99)	976
MUNICIPIO-Necesidad de situar recursos para cumplir orden dada en proceso ejecutivo de pago de salarios	(S. T-835/99)	927

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
MUNICIPIO-Pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-854/99)	1020
MUNICIPIO-Situación económica o presupuestal no es óbice para desconocer obligaciones laborales	(S. T-794/99,T-830/99, T-856/99,T-859/99)	687, 907, 1027, 1037
NULIDAD POR REVIVIR PROCESO DE TUTELA CONCLUIDO- Aplicación	(S. T-751A/99)	515
PENSION DE INVALIDEZ-Fundamental por conexidad	(S. T-799/99)	724
PENSION DE INVALIDEZ-Realización de otra valoración médica para nuevo estudio de reconocimiento según dictamen médico laboralista	(S. T-799/99)	724
PENSION DE JUBILACION-Derecho adquirido	(S. T-827/99)	872
PENSION DE JUBILACION-Protección constitucional especial	(S. T-827/99)	872
PENSION DE JUBILACION-Reajuste	(S. T-841/99)	955
PENSION DE JUBILACION-Remisión de documentación para resolución sobre reconocimiento	(S. T-792/99)	680
PENSION DE JUBILACION-Revisión de negativa por inexistencia de condición de permanencia en entidad para reconocimiento	(S. T-808/99)	761
PENSION DE JUBILACION Y PENSION DE VEJEZ -Reconocimiento por entidad oficial y por empleador particular	(S. T-827/99)	873
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Beneficiarios	(S. T-842/99)	964
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Compañera permanente o cónyuge	(S. T-827/99)	872
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Convivencia efectiva al momento de la muerte	(S. T-842/99)	964
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Derecho configurado	(S. T-827/99)	872
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Derecho irrenunciable	(S. T-842/99)	964
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Fundamental	(S. T-827/99)	872
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Hijo mayor de 18 años que se encuentra estudiando	(S. T-852/99)	1012
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Suspensión	(S. T-852/99)	1012
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Tratamiento igual a las formas de relaciones familiares	(S. T-842/99)	964
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Vida marital	(S. T-842/99)	964

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Vida marital con el causante desde el momento en que cumplió requisitos	(S. T-842/99)	965
PENSION DE VEJEZ-Entidad a reclamar es el ISS y no el empleador	(S. T-827/99)	873
PENSION DE VEJEZ-Imprudencia de devolución unilateral de aportes	(S. T-827/99)	873
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Congelación transitoria de recursos de institución, financiera que afecta derechos fundamentales de persona de la tercera edad	(S. T-755/99)	572
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Definición	(S. T-823/99)	835
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos	(S. T-736/99)	460
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Vida probable	(S. T-827/99)	873
PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES PUBLICAS-Jerarquía superior	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Afiliaciones al sistema y no a la EPS	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Alcance	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Aplicación estricta de períodos mínimos de cotización afecta derechos fundamentales	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Capacidad económica del usuario respecto de servicios no cubiertos	(SU.819/99)	1073
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Características principales	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Cumplimiento de requisitos para acceder a servicios excluidos en Colombia y el exterior	(SU.819/99)	1072
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Deberes de los usuarios frente a prestaciones que por excepción sean autorizadas	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de ciertas actividades, intervenciones y procedimientos	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Pago de cotización es al sistema	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Parámetros legales para otorgamiento excepcional de beneficios excluidos en Colombia y el exterior	(SU.819/99)	1072

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Períodos de carencia	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Períodos mínimos de cotización	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Práctica de determinados tratamientos e intervenciones pueden condicionarse a un mínimo de semanas de cotización	(S. T-860/99)	1040
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Prestación de servicios excluidos por prevalencia de derechos fundamentales	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Prestaciones en Colombia y el exterior no incluidas cuando se afecta derecho a la vida	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Remisión de pacientes al exterior	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Responsabilidad y coordinación en prestación de servicios excluidos para remisión al exterior	(SU.819/99)	1072
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Servicios adicionales	(SU.819/99)	1071
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Tratamientos, procedimientos y medicamentos que deben prestarse en Colombia y el exterior aunque estén por fuera	(SU.819/99)	1071
PLANES ADICIONALES DE SALUD-Naturaleza	(SU.819/99)	1070
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Incompetencia sobre procedimientos disciplinarios pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación	(S. T-788/99)	650
PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO-Función ineludible del juez de tutela	(S. T-849/99)	983
PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION POLITICA -Derecho irrenunciable a la seguridad social	(S. T-730/99)	414
PRIMA TECNICA-No concesión mientras se expide reglamentación que establezca requisitos	(S. T-861/99)	1045
PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ -Respeto	(S. T-751A/99)	515
PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ EN ACCION DE CUMPLIMIENTO-Decisión de inconstitucionalidad sobre condicionamiento normativo de procedencia cuando sea evidente	(S. T-814/99)	783

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
PRINCIPIO DE BUENA FE POR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Culminación de tratamiento médico	(S. T-756/99)	582
PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Culminación de tratamientos aunque se hubiere extinguido vinculación con EPS	(S. T-829/99)	903
PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Falta de pago de la cotización	(S. T-807/99)	756
PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Inconvenientes de atención a beneficiarios por trámites internos	(S. T-812/99)	774
PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Protección	(S. T-730/99)	413
PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Demora injustificada en diagnóstico	(S. T-862/99)	1052
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL-Remisión de bono pensional	(S. T-802/99)	738
PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Devolución de aportes efectuados para pensión	(S. T-827/99)	873
PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Proyección constitucional	(S. T-827/99)	872
PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA-Alcance	(S. T-822/99)	815
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA-Alcance	(S. T-754/99)	554
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA-Conciliación del interés general con derechos de personas que ejercen el comercio informal	(S. T-754/99)	554
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA-Presupuestos	(S. T-754/99)	554
PRINCIPIO DE PRIMACIA DE REALIDAD SOBRE FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR SUJETOS DE RELACIONES LABORALES-Alcance	(S. T-798/99)	715
PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Alcance	(S. T-808/99, T-827/99)	761, 873
PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Autonomía judicial relativa	(S. T-800/99)	728

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Desconocimiento por el juez implica vía de hecho	(S. T-800/99)	728
PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Inexistencia de condición de permanencia en entidad para reconocimiento de pensión	(S. T-808/99)	761
PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Inicio término de prescripción de trabajador con fuero sindical despedido sin permiso del juez de trabajo	(S. T-800/99)	728
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Alcance	(SU.819/99)	1069
PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Características	(S. T-750/99, T-751/99)	503, 508
PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Protección	(S. T-750/99, T-751/99) .	503, 508
PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION POLITICA - Derecho irrenunciable a la seguridad social en salud	(S. T-730/99)	413
PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA-Inclusión para reconocimiento de crédito por Cooperativa intervenida	(S. T-755/99)	572
PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA-Necesidad de llegar a acuerdo para concretar trámite de conmutación pensional	(S. T-833/99)	917
PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA-Pago preferente de mesadas pensionales	(S. T-833/99)	917
PROCESO DE LIQUIDACION OBLIGATORIA-Solicitud extemporánea de devolución de dineros a Cooperativa intervenida	(S. T-755/99)	572
PROCESO EJECUTIVO CONTRA MUNICIPIO-Retención preferente de obligación financiera para pago de salarios	(S. T-835/99)	927
REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Naturaleza	(SU.819/99)	1070
REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance	(SU.819/99)	1069

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Naturaleza	(SU.819/99)	1070
REVOCACION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO-Circunstancias para la procedencia	(S.T-759/99)	600
REVOCACION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO-Revocación acto de elección de Presidente del Concejo Distrital	(S.T-759/99)	600
SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia sobre actuaciones de congresistas no constitutivas de votos y opiniones en ejercicio de funciones	(SU.786/99)	1058
SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Investigación de congresista por acto de impulsión de proceso en etapas iniciales	(SU.786/99)	1058
SALUD-Protección y objeto	(S.T-822/99)	815
SEGURIDAD SOCIAL-Servicio privado de interés público	(SU.819/99)	1070
SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público esencial	(SU.819/99)	1070
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Recursos limitados	(SU.819/99)	1070
SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE-Exclusiones	(S.T-827/99)	873
SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Límites en cuanto condiciones financieras del sistema y tecnología existente en el país	(SU.819/99)	1072
SISBEN-Falta de realización de encuesta no imposibilita atención por salud distrital	(S.T-840/99)	948
SISBEN-Focalización del gasto social	(S.T-840/99)	948
SISBEN-Igualdad en el acceso a los procesos de asignación de bienes escasos	(S.T-840/99)	948
SISBEN-Mora en realizar encuesta que permita acceder al régimen subsidiado de salud	(S.T-840/99)	948
SISBEN-Naturaleza	(S.T-840/99)	948
SISBEN-Permisión de ingreso	(S.T-807/99)	756
SISBEN-Servicios del Iva-social	(S.T-840/99)	948
SISTEMA DE CARRERA-Mérito como elemento esencial	(S.T-731/99)	425
SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL-Mérito como elemento esencial	(S.T-735/99)	453

	PROVIDENCIA	PAGINAS
	No.	
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL- Características	(S. T-827/99)	872
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL- Deber de afiliación por empleador	(S. T-794/99, T-797/99)	687, 707
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES		
-Respeto a los aportes y no extinción unilateral	(S. T-827/99)	873
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD		
-Inconstitucionalidad de anulación de cotizaciones	(S. T-730/99)	413
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD		
-Equilibrio estructural	(SU.819/99)	1071
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD		
-Inconvenientes presupuestales o trámites internos no deben afectar atención médica	(S. T-812/99)	774
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD		
-Inconvenientes presupuestales o trámites internos no deben afectar atención médica de beneficiarios	(S. T-832/99)	914
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD		
-Limitaciones	(SU.819/99)	1071
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD		
-No prestación del servicio por inexistencia actual de afiliación	(S. T-807/99)	756
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Objeto	(S. T-730/99, T-822/99) .	413,815
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Período mínimo de cotización no es extensible a casos de urgencia o gravedad	(S. T-756/99)	582
SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL- Objeto	(SU.819/99)	1069
SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Repetición de EPS por cubrimiento de tratamiento sometido a período mínimo de cotización	(S. T-860/99)	1040
SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Repetición de EPS por sobrecostos	(S. T-813/99, T-853/99)	778, 1012
SUBORDINACION- Pensionado	(S. T-833/99)	917
SUBORDINACION LABORAL- Aplicación	(S. T-757/99, T-797/99) .	588,707
SUBORDINACION LABORAL- Trabajador respecto de empresa en concordato	(S. T-732/99)	440

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza jurídica	(S. T-753/99)	541
SUBSIDIO FAMILIAR-Pago a beneficiarios por caja de compensación	(S. T-753/99)	541
SUBSIDIO FAMILIAR-Pago de aportes del empleador por conducto Caja de Compensación	(S. T-753/99)	541
SUBSIDIO FAMILIAR-Procedencia de tutela para ordenar al empleador aportar lo debido a la Caja de Compensación	(S. T-753/99)	541
SUBSIDIO FAMILIAR-Razón de ser	(S. T-753/99)	541
TEST DE IGUALDAD-Aplicación	(S. T-861/99)	1045
UNIVERSIDAD NACIONAL-Programa para mejores bachilleres de municipios pobres	(S. T-787/99)	630
VIA DE HECHO-Clases de defectos en la actuación	(SU.786/99,T-790/99, T-814/99,T-827/99)	665, 783,873,1057
VIA DE HECHO-Defecto fáctico	(S. T-814/99)	783
VIA DE HECHO-Defecto sustantivo	(S. T-814/99)	783
VIA DE HECHO-Falta de consideración de medio probatorio que determina sentido del fallo	(S. T-814/99)	783
VIA DE HECHO-No lo constituye interpretaciones del juez que no comparten las partes	(S. T-751A/99)	514
VIA DE HECHO EN ACCION DE CUMPLIMIENTO -Omisión de decreto, práctica y valoración de pruebas	(S. T-814/99)	784
VIA DE HECHO EN GRADO DE CONSULTA-Omisión de pronunciamiento sobre homonimia en asunto penal	(S. T-749/99)	489
VIA DE HECHO EN PENSION DE VEJEZ-Noreconocimiento y devolución de aportes	(S. T-827/99)	873
VIA DE HECHO EN PROCESO PENAL-No pronunciamiento sobre identidad del procesado	(S. T-749/99)	489
VIA DE HECHO POR APLICACION DE NORMA INEXEQUIBLE-Procedencia de tutela	(S. T-814/99)	783



LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE
«GACETA CONSTITUCIONAL, OCTUBRE DE 1999 TOMO 9 VOLUMEN II»
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN AGOSTO DE 2002.