

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

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

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA TUTELAS

TOMO CCLVIII

PRIMER SEMESTRE 1999

NUMERO 2497

SANTA FE DE BOGOTÁ, D. C., COLOMBIA - AÑO 1999

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLVIII - NUMERO 2497

PRIMER SEMESTRE DE 1999

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA
TUTELAS

Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia - Año 1999

-IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA-



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

PRIMER SEMESTRE DE 1993

SALA PLENA

Doctores *Francisco Carlos Escobar Henríquez - Presidente*
 Fernando Enrique Arboleda Ripoll - Vicepresidente
 Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctores *Jorge Antonio Castillo Rugeles - Presidente*
 Lina María Torres González
 Roberto Peñuela Alonso - Secretarios

MAGISTRADOS

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

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores *José Roberto Herrera Vergara - Presidente*
 Laura Margarita Manotas González - Secretaria

MAGISTRADOS

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

SALA PENAL

- Doctores *Jorge Anibal Gómez Gallego - Presidente*
 Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

- Doctores *Ricardo Calvo Rangel*
 Nilson E. Pinilla Pinilla
 Fernando Enrique Arboleda Ripoll
 Carlos Eduardo Mejía Escobar
 Dídimo Páez Velandía - Mario Mantilla Nogués
 Jorge Córdoba Poveda
 Edgar Lombana Trujillo
 Carlos Augusto Gálvez Argote
 Jorge Anibal Gómez Gallego

RELATORES

- Doctoras *Liliana Polanía Alvarez - Sala Civil y Agraria*
 Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral
 Ayda Lucy López de Giraldo - Sala Penal
 Beatriz Eugenia Cortés Becerra - Tutelas



DECISIONES DE TUTELAS

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

Relatoría



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DIRECTORAS:

RELATORA SALA CIVIL:	Doctora ILLIANA POLANIA ALVAREZ
RELATORA SALA LABORAL:	Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATORA SALA PENAL:	Doctora AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO
TUTELAS:	Doctora BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA

TOMO CCLVIII - PRIMER SEMESTRE DE 1999 - Número 2497 -

DEBIDO PROCESO CIVIL: no vulnera el derecho la providencia que cita a alegatos de conclusión a pesar de no haberse practicado la totalidad de las pruebas decretadas cuando el vencimiento del término probatorio es ostensible y las partes no han solicitado la ampliación del mismo. Las pruebas aportadas con posterioridad a la sentencia pueden ser valoradas por el juez de segunda instancia (artículo 183 Código de Procedimiento Civil)

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Civil y Agraria.- Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (21) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Referencia: Expediente No. 5743

Decide la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por los accionantes contra el fallo del 25 de

noviembre de 1998, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, dentro de la Acción de Tutela promovida por Luis Horacio y Yolanda Gaviria Alvarez contra la Juez Primero Civil del Circuito de Bello (Antioquia).

ANTECEDENTES

Los señores Luis Horacio y Yolanda Gaviria Alvarez, obrando en su propio nombre, solicitaron del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, la protección de su derechos a la igualdad, debido proceso y propiedad privada, reconocidos por los arts. 13, 29 y 58 de la Constitución Política, los cuales consideran vulnerados por la funcionaria judicial accionada con ocasión de los hechos que narraron y se compendian así:

1. La sociedad Industrias Metalúrgicas Unidas S.A. "Imusa S.A.", promovió proceso ejecutivo contra los peticionarios y su familia, el 22 de marzo de 1996, cuyo conocimiento correspondió a la juez accionada.

2. Con fundamento en el pagaré contenido en el papel de seguridad No. CA-2037444, dicha funcionaria profirió mandamiento ejecutivo el 22 de abril del mismo año, sin que el ejecutante manifestase que se trataba de documento suscrito en blanco.

3. El 21 de agosto de 1996 los accionantes se notificaron de dicho proveído por intermedio de su apoderada judicial, e interpusieron recurso de reposición en su contra, por no haberse satisfecho las cargas fiscales respecto del título base de la acción y por la circunstancia antes mencionada, con fundamento en la carta fechada el 30 de agosto, presentada en la misma oportunidad.

4. Al descorrer el traslado del recurso interpuesto, el apoderado de la ejecutante reconoció el hecho alegado al presentar el original de la carta de instrucciones anexa a pagaré con espacios en blanco, contenida en el papel de seguridad No. CA-2037445, tal y como fue entregada por la sociedad Almacén El Competidor Gaviria Alvarez & Cía S.C.A., en cumplimiento a lo exigido por Imusa, es decir, con los espacios alusivos a los ítems detallados en el libelo de tutela, en blanco y las firmas autenticadas por firma registrada.

5. Al suscribir el citado documento los peticionarios no impartieron ninguna instrucción, pues para tal oportunidad -30 de agosto de 1996- no adeudaban suma alguna a la sociedad demandante. Tampoco autorizaron que se llenase el pagaré.

6. Luego de ordenarse el pago de los impuestos correspondientes al pagaré aportado, los demandados propusieron excepciones de fondo, con fundamento en el art. 784 num. 4, 12 y 13 del C. de Co. alegando la omisión de requisitos exigidos para la existencia del título aportado, no suplidos expresamente por la ley, como los establecidos en el art. 622 *ibidem*, así como la alteración del texto de dicho instrumento. Adujeron igualmente que el pagaré debía tener origen en obligaciones exigibles al presentarse la demanda y que "... teniendo en cuenta el principio de literalidad de los títulos valores, no

se habían adquirido obligaciones solidarias por parte nuestra con la sociedad El Competidor Gaviria Alvarez y Cia S.C.A., sociedad que es inexistente".

7. El 25 de octubre de 1996 la juez accionada revocó el mandamiento ejecutivo, decisión que apeló la parte actora y fue infirmada por el superior, pues consideró que los impuestos se habían cancelado oportunamente, liquidándolos desde su fecha cierta -30 de agosto de 1993- y no a partir de fecha consignada sin autorización por la parte actora, a la cual tampoco se facultó para incluir el nombre de los peticionarios como obligados solidarios, ni el valor y fecha de vencimiento de la obligación.

8. Las pruebas solicitadas para acreditar tales hechos se decretaron en provido del 8 de octubre de 1997, en el cual se decretó también "...la prueba documental de la parte actora". El 12 de noviembre siguiente se decretaron pruebas de la parte actora omitidas en el auto anterior.

9. El 16 y 17 de marzo de 1998 se practicaron las pruebas pedidas por los accionantes y el 18 de marzo una de las pruebas peticionadas por la parte ejecutante.

10. La juez accionada corrió traslado para alegar, sin que se hubiese recepcionado un testimonio pedido por el ejecutante, que sólo se recibió el 15 de mayo de 1998, en el municipio de Yumbo, como tampoco el interrogatorio de parte de los demandados, absuelto el 7 de julio de 1998 en la ciudad de Cali, e igualmente sin haberse recibido respuesta al oficio dirigido al Juez Quince Civil del Circuito de esta misma localidad, es decir, a sabiendas de la existencia de los despachos comisorios librados para la recepción del testimonio y el interrogatorio de parte a los demandados, así como de la expedición del oficio últimamente citado y sin hacer uso de "...sus deberes como juez, de investigar qué pasaba con dichas pruebas y posteriormente proferir sentencia, igualmente desconociendo que aún no habían llegado a su despacho la respuesta del oficio dirigido al Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali y el despacho comisorio que ordenaba el interrogatorio de parte a nosotros".

11. Practicadas las pruebas referidas, la apoderada de los accionantes se comunicó con el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bello, enterándose del proferimiento del fallo, el 24 de junio de 1998, que no pudo apelar, pues "... estaba dando cumplimiento a que se practicara lo ordenado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bello (Antioquia) y jamás esperaba que se proferiera sentencia sin haberse incorporado la totalidad de las pruebas decretadas, máxime cuando existía una prueba tan importante como era el interrogatorio de parte".

12. En el fallo proferido, la juez accionada desconoció las pruebas aportadas por los excepcionantes, no dio cumplimiento a lo ordenado por el art. 187 del C. de P.C., pues no apreció las pruebas en conjunto, ni expuso razonadamente el mérito atribuido a cada una, ya que en ningún momento hizo alusión a ellas, limitándose a mencionar las defensas aducidas y lo

expresado por el actor en torno a ellas, tomando el pagaré como si hubiese sido llenado de conformidad con el art. 622 del C. de Co.

13. Analizan las pruebas solicitadas y decretadas a su favor, parangonándolas con las decretadas a favor de la parte actora, con el objeto de concluir que el accionado vulneró, por vía de hecho, su derecho fundamental a la defensa y al debido proceso.

14. El 13 de agosto de 1998 propusieron incidente de nulidad con fundamento en lo dispuesto por el art. 140 num. 6º. del C. de P.C., el cual resultó impróspero.

Fundados en los hechos expuestos solicitaron dejar sin valor, por ilegal, la sentencia proferida el 24 de junio de 1998 por la juez accionada, dentro del proceso ejecutivo premencionado, a fin de evitar la pérdida de los bienes afectados con las medidas cautelares o la suma de dinero que se vean obligados a pagar por causa de lo decidido en ella.

Consecuentemente pidieron ordenarle fallar teniendo en cuenta las pruebas aportadas, en conjunto, "... de una forma objetiva, racional, seria y responsable", como lo ordena el art. 187 del C. de P.C.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de compendiar la argumentación fáctica expuesta en el libelo de tutela y lo manifestado por la funcionaria accionada en relación con la conducta que se le imputa, se refiere el tribunal a la improcedencia de la acción incoada frente a providencias judiciales, relevando que sólo resulta admisible cuando "... la vía de hecho que se aduce implique un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental".

Precisa luego que en el asunto *sub judice* la vía de hecho denunciada "...implica no sólo un defecto fáctico, atinente al análisis probatorio, sino también al procedimental", tras lo cual se refiere al de la primera clase, memorando que la función del juez constitucional se contrae a examinar si la providencia cuestionada es o no arbitraria, lesiva de un derecho fundamental, pues no es juzgador de instancia.

Bajo tal premisa señala que la valoración de las pruebas es labor librada al juez de instancia y que en ella goza de un gran poder discrecional, debiendo inspirarse en el principio de la sana crítica. Acota que en la revisión de una providencia por el juez constitucional no toda irregularidad entraña una vía de hecho, y que en el plano de la valoración probatoria, para su estructuración es menester que "...el análisis de la prueba o su evaluación haya sido omitida totalmente".

Descendiendo al asunto *sub judice* advierte que los elementos probatorios que a juicio de los accionantes no fueron valorados, "...no constituyen pruebas contundentes de las que en forma manifiesta se desprenda una realidad objetiva incuestionable". Añade que el fallo denota un juicio evaluativo

de la prueba serio, que la decisión cuenta con apoyo probatorio racional y que por ende el error de valoración probatoria que se denuncia no se tipifica.

En relación con el defecto procedimental alegado apunta que el período probatorio del proceso superó con creces el fijado por el art. 510 del C. de P.C. Agrega que la prueba no tenida en cuenta se practicó por comisionado y su falta de apreciación no devino de negación arbitraria o caprichosa de la funcionaria accionada, sino del vencimiento del término probatorio. Enfatiza que de acuerdo a lo expuesto en el libelo de tutela, las pruebas no practicadas al correrse traslado para alegar, se decretaron a favor de la parte actora, en tanto que las pruebas pedidas por los accionantes, opositores en dicho trámite, se decretaron en proveído del 8 de octubre de 1997 y se practicaron en las fechas programadas, en la sede del juzgado.

Advierte que los despachos comisorios para la práctica de las pruebas peticionadas por la ejecutante se libraron el 24 de noviembre de 1997 y el 28 de enero de 1998 y se retiraron por el interesado el 6 de febrero siguiente, recibiendo por el comisionado el 13 de marzo del mismo año. Pone de manifiesto que éste no retrasó su diligenciamiento, pues en auto del 25 de marzo programó las audiencias para los días 20 y 21 de abril, fechas en las cuales no se pudieron evacuar por un "... lamentable error de la parte actora", que se ignora.

Acota que "...la tardanza en la práctica de la prueba por parte del apoderado del ejecutante, no podía prolongar indefinidamente el período probatorio y la atención y vigilancia que se despliega sobre el trámite del proceso, debe ser realizado también por los apoderados de las partes en desarrollo del mandato a ellos conferido, a fin de evitar la inercia de la contraparte o la extrema lentitud en la práctica de la pruebas, hecho que dilata innecesariamente un litigio. Esa actividad de control no sólo debía cumplirse ante el juez comisionado sino también ante el comitente. Como esa labor no se cumplió ante el comitente la imposibilidad de que el fallo hubiera sido objeto de apelación para que el *ad quem* lo revisara, es falta imputable únicamente la parte ejecutada, actora en esta acción de tutela, quien recurrió también al incidente de nulidad que en segunda instancia fue resuelto por el Tribunal en su contra".

Para culminar expresa que de considerarse lesionados por la actuación de un funcionario judicial, los accionantes pueden incoar la acción Contenciosa Administrativa de reparación directa prevista por el art. 73 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Con fundamento en las consideraciones precedentes niega el amparo solicitado.

LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con la determinación adoptada, los accionantes la impugnaron manifestando que lo pretendido no era tornar al juez de tutela en una instancia revisora de la labor apreciativa de las pruebas efectuada por la

funcionaria accionada, sino que se verificase "... la arbitrariedad existente por parte de la citada funcionaria que al proferir el fallo ignoró las pruebas, omitió su valoración y sin razón valedera alguna no dio por probado el hecho o la circunstancia que de las mismas emerge clara y objetivamente".

Reiteran que al proferir sentencia la juez accionada desatendió el mandato contenido en el art. 187 del C. de P.C. y omitió valorar las pruebas decretadas y practicadas, conducta que a su juicio comporta un obrar caprichoso de su parte, marginado de los límites constitucionales y legales, con el cual incurrió en una vía de hecho, lesiva de la garantía procesal cuya tutela reclaman.

Para culminar manifiestan que al parecer el tribunal "...no enfocó con acierto los fundamentos de la tutela" y por ello solicitan de esta Corporación dilucidar, "...por la vía jurisprudencial tan importante tópico jurídico".

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo expuesto en el libelo de tutela, la transgresión de los derechos fundamentales invocados por los peticionarios tiene su causa:

a) En la orden impartida por la juez accionada, en el proceso ejecutivo promovido por Industrias Metalúrgicas Unidas S.A. "IMUSA S.A." contra los accionantes y Eumelia Alvarez de Gaviria, Beatriz Elena y Luis Horacio Gaviria Alvarez, en proveído del 12 de mayo de 1998, mediante el cual corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, de conformidad con lo dispuesto por el art. 510 del C. de P.C., por encontrarse pendiente, para tal oportunidad, la práctica de algunas de las pruebas solicitadas por la demandante, que en opinión de los accionantes resultaban de cardinal importancia para la composición del litigio, como era el interrogatorio de parte que debían absolver a instancia de dicha parte.

b) En la sentencia proferida por la misma funcionaria, en el referido proceso, pues estiman los accionantes que en ella no se tuvieron en cuenta las pruebas decretadas y practicadas y se inobservó el mandato contenido en el art. 187 del C. de P.C., conforme al cual las pruebas deben apreclarse en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debiendo el juzgador señalar razonadamente el mérito que le atribuye a cada una.

2. De conformidad con lo dispuesto en el precepto que fundamentó la decisión cuestionada en primer lugar -art. 510 del C. de P.C.-, por el cual se rige el trámite de las excepciones propuestas en el proceso seguido contra los peticionarios, vencido el término probatorio, fijado por el mismo precepto en treinta (30) días, "... se concederá a las partes uno común de cinco días para que presenten sus alegaciones".

El art. 184 inciso segundo del mismo ordenamiento, por su parte, prescribe que vencido el término probatorio o el adicional autorizado en su primer inciso "... precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en la falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda".

En el asunto *sub judice*, las pruebas pedidas por las partes para acreditar sus alegaciones se decretaron en proveído del 8 de octubre de 1997 (fl. 143 c. 1 copias), adicionado en auto del 12 de noviembre siguiente (fl. 147).

Las pruebas decretadas a instancia de la parte demandada, conformada entre otros por los accionantes, se practicaron los días 16 y 17 de marzo de 1998 (fls. 7 a 14 c. 5).

De las pruebas pedidas por la sociedad ejecutante, se recibió el testimonio de Carlos Arturo Restrepo Mejía, el 18 de marzo de 1998 (fls. 1 a 3 c. 4). Para la recepción del testimonio de Jaime Botero López se libró el despacho comisorio No. 228/4633 el 24 de noviembre de 1997 (fl. 148 c. 1), retirado por la parte interesada el 6 de febrero de 1998 (fl. 148 vto. c. 1) y recibido por el comisionado el 20 de marzo siguiente (fl. 6 c. 4), quien practicó la prueba objeto del encargo el 15 de mayo del mismo año (fls. 28 a 33 c. 4), devolviéndolo el día 18 de dicho mes al comitente (fl. 33 vto. c. 4).

Para el interrogatorio de parte de los demandados se libró el despacho comisorio No. 015, el 28 de enero de 1998 (fl. 148 vto. c. 1), retirado por el apoderado de la demandante el 6 de febrero siguiente y recibido por el juez comisionado el 13 de marzo de 1998 (fl. 102 vto. c. 4), quien practicó las pruebas ordenadas el 7 de julio de dicha anualidad (fls. 121 a 133 c. 4).

El oficio que la parte actora solicitó dirigir al Juez Quince Civil del Circuito de la ciudad de Cali se expidió el 24 de noviembre de 1997 (fl. 148 c. 1) y fue respondido el 18 de mayo de 1998. El juzgado solicitante recibió la respuesta, junto con la documentación pedida, el 6 de julio siguiente (fls. 34 a 100 c. 4).

Ahora bien, aunque de acuerdo a lo reflejado por la reseña anterior, es evidente que al proferirse el auto del 12 de mayo de 1998, mediante el cual se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, aún no se había practicado la totalidad de las pruebas decretadas en los proveídos del 8 de octubre y el 12 de noviembre de 1997, también lo es que el vencimiento ostensible del término probatorio del proceso, aunado a la ausencia de solicitud de ampliación del mismo, en ejercicio de la facultad atribuida por el art. 184 inc. 1º del C. de P.C., compella a la juez accionada a disponer sin tardanza el trámite subsiguiente, que al tenor del precepto inicialmente citado era dar paso a la etapa de alegaciones finales, como en efecto ocurrió, condiciones en las cuales su proceder no puede tildarse de abustivo, caprichoso o marginado del ordenamiento jurídico, sino que el contrario se aviene con los dictados de la ley.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que dicha determinación no vedaba la ponderación de las pruebas practicadas por comisionado o las documentales solicitadas a otra oficina judicial, que se incorporaron luego del proferimiento de sentencia, pues éstas podían apreciarse por el juzgador de segundo grado, con sujeción a lo dispuesto por el art. 183 *in fine* del C. de P.C., de haberse impugnado dicho proveimiento mediante el recurso de apelación.

3. En relación con los reparos esgrimidos frente a la sentencia pronunciada por la juez accionada el 24 de junio de 1998, en la cual desestimó las excepciones aducidas por la parte demandada y ordenó seguir adelante la ejecución, cabe señalar que los accionantes, en su condición de demandados en el proceso en el cual se profirió, contaban con el mecanismo expedito para reclamar la enmienda de los desvíos que imputan al sentenciador en la labor apreciativa de las pruebas, como era el recurso de apelación, recurso que como bien lo admiten en el libelo de tutela no utilizaron, por las circunstancias que se permitieron exponer, que lejos están de justificar tal omisión, pues como lo enfatizó el tribunal, la "...actividad de control no sólo debía cumplirse ante el juez comisionado sino también ante el comitente. Como esa labor no se cumplió ante el comitente la imposibilidad de que el fallo hubiera sido objeto de apelación para que el *ad quem* lo revisara, es falta imputable únicamente la parte ejecutada, actora en esta acción de tutela", condiciones en las cuales no puede apelar a la acción de tutela para enmendar los efectos nocivos de su propia incuria, pues como insistentemente lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, en tratándose de actuaciones judiciales "...no es simplemente una irregularidad procesal la causa que pueda justificar la medida excepcional de la tutela, si para superarla se dan por la ley instrumentos suficientes y adecuados para enmendar y superar sus efectos, como ocurre con los recursos, las nulidades y otras medidas procedentes que prevé el estatuto procesal, porque entonces la tutela se convertiría en otro mecanismo adicional de esa misma ley, lo que contraría el propósito constitucional [art. 86] que le asignó la condición de remedio judicial de carácter excepcional y subsidiario" (Sent. T- 207 del 9 de mayo de 1996).

4. Como corolario de lo expuesto fluye que el amparo pedido no se podía dispensar, situación que impone confirmar la decisión que así lo estimó.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley. Confirma la sentencia objeto de impugnación.

Notifíquese lo decidido, mediante comunicación telegráfica a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo pronunciado.

Notifíquese y cúmplase

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

DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS: la acción de tutela es procedente cuando se esté frente a concretas y verdaderas amenazas a derechos fundamentales que de manera injustificada no han sido atendidas por las autoridades competentes, sin que ello conlleve un entrometimiento en cuestiones o funciones propias de aquellas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá D. C., veintidós (22) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5708

Decídese la impugnación formulada por José Bertulfo Hincapié, Nelson Enrique de Alba González, José Angel Lamilla y José Russel Moncaleano, contra el fallo del 25 de noviembre de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil- del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D. C., en el trámite de la tutela promovida por los impugnantes y Graciela Urrego Bultrago contra el Presidente de la República o "la autoridad que corresponda".

ANTECEDENTES

1. Los accionantes en mención presentaron acción de tutela contra las referidas autoridades, aduciendo amenazas para los derechos a la vida y de asociación. Para su protección piden que se ordene a los accionados tomar todas las medidas necesarias para garantizar su vida y la de sus familias, así como la posibilidad de ejercer el derecho de asociación en Fundecol y como representantes de las familias desplazadas, medidas que deben ser concertadas con ellos.

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

a) que son desplazados de la violencia en varios lugares y circunstancias y han conformado la organización Familias Desplazadas Unidas de Colombia que asocia unas 40 familias, y por el abandono reiterado del gobierno en junio del presente año efectuaron una toma pacífica de un albergue del Ministerio del Interior, hasta que dos meses después llegaron a un acuerdo con dicho ministerio y la "Consejería", el cual ha sido incumplido y por ello han

exigido que se cumpla y que se haga claridad sobre la representación en el Comité Central de Desplazados;

b) que el 8 de noviembre fueron a una reunión en San Cristóbal, donde se repartieron 80 mercados y estuvieron presentes dos hombres extraños, con gafas oscuras, que querían formar problemas porque no lograron acreditar su calidad de desplazados, resultando sospechoso que después siguieron a varios de sus compañeros, entre ellos Hincapié y De Alba, hasta sus residencias;

c) que el 9 de noviembre encontraron un sufragio dejado por debajo de la puerta, donde se les dice: "...No los soportamos más aquí. Lárguense lejos, no jodan tanto, váyanse ahora, tienen 72 horas para hacerlo, o si no los borramos ya nos cansaron con sus ideas revolucionarias dejen todo como está y corran o si quieren morirse...", documento ilustrado con una calavera y cuyos remitentes dicen ser los paramilitares;

d) que esa amenaza, unida a los recientes asesinatos de los desplazados Jorge Ortega, Fernando Leal, Jesús Caro y otro de nombre Gaspar, así como la desaparición de Alfredo Suárez, reubicado en Camban (Tol.), les permite suponer que sobre la población desplazada se cierne un grave riesgo; situación que los motiva a interponer esta acción para que se les dé la protección debida.

3. El Consejero Presidencial para la Atención de la Población Desplazada por la Violencia, manifiesta que el 11 de noviembre la Consejería tuvo conocimiento de las amenazas contra los accionantes, e inmediatamente un Asesor se comunicó con el programa de protección que existe en la Dirección General U.A.E. para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior, para advertir esa situación; luego, el 18 de noviembre, el Director de esta comunicó al Asesor de la Consejería que se coordinó un operativo policial para dar protección a las personas afectadas, sin que hasta el momento exista una evaluación sobre el particular. Indica que ninguno de los accionantes se ha presentado personalmente al programa de protección para solicitar un estudio de riesgos, ni han dejado registrada dirección o lugar para coordinar las acciones de protección.

Agrega que el Decreto 372 de 1996 asigna la coordinación de esos programas de protección a la aludida dirección del Ministerio del Interior y no a la Consejería Presidencial para los Desplazados.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El tribunal, después de referirse a la fundamentalidad del derecho a la vida, señala que en los casos de amenazas por grupos armados, si los amenazados ya han solicitado protección a las autoridades y éstas ya han tomado las medidas para ello, "...no es apresurado afirmar que la orden que a esta sede se pide se imparta no es procedente."

En este caso, sigue el sentenciador, los accionantes ya han puesto las amenazas de que han sido objeto en conocimiento de diversas autoridades y organismos, y en el informe que se dio se dijo que ya se habían tomado las medidas de protección, de manera que la orden que se impartiera no tendría alcances diversos a los que ya se han puesto en práctica, pues las autoridades policivas han coordinado acciones en búsqueda de proteger a los autores de la tutela, de suerte que la tutela es improcedente.

Por tales motivos, el fallador niega la petición constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

Dicen los actores en su disensión, en síntesis, que brilla por su ausencia en la respuesta de la Consejería y del Ministerio del Interior, la materialización de las acciones que conduzcan a proteger sus vidas, ya que no se comprende que "...las acciones desarrolladas por las autoridades 'responsables' se tengan como hechas, cuando solo se están haciendo promesas o se traslada la información a otro despacho...", y en el operativo policial a que se alude no se les incluyó a ellos, como directos perjudicados, además de que en el Ministerio del Interior deben reposar las direcciones donde estaban residiendo.

Agregan que no son ciertas las afirmaciones de la autoridad accionada en cuanto que se han tomado medidas de seguridad en su favor, y que por la ausencia de protección efectiva, ya dos de ellos fueron víctimas de un atentado en estos días, cuando iban a bordo de un bus urbano, hechos que fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía, de suerte que no saben qué hacer frente a esa situación en que los violentos pasan de los panfletos a las acciones contra sus vidas.

CONSIDERACIONES

1. En la queja constitucional que ahora ocupa la atención de la Corte, los accionantes, quienes son desplazados a causa de la violencia, aducen peligro para sus derechos a la vida y de asociación frente a la Presidencia de la República "o la autoridad que corresponda", denunciando amenazas de grupos armados al margen de la ley; y en consecuencia, para su protección piden que se ordene a los accionados tomar todas las medidas necesarias para garantizar su vida y la de sus familias, así como la posibilidad de ejercer el derecho de asociación en Fundecol y como representantes de las familias desplazadas, medidas que deben ser concertadas con ellos.

2. La Constitución de 1991 consagró la acción de tutela como un proceso judicial expedito para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando éstos puedan resultar vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, y en ciertos casos de los particulares, acción que solo procede cuando el afectado "no disponga de otro medio

de defensa judicial", salvo que la utilice como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable.

De la misma Carta (art. 86) se deduce que la prosperidad de esta acción constitucional está condicionada a que los derechos fundamentales del afectado estén quebrantados o puestos en peligro a consecuencia de una acción u omisión con algún grado de arbitrariedad o ilegitimidad de parte del accionado, que no pueda ser compuesta por medios judiciales ordinarios o especiales, pues la tutela normalmente no procede para inmiscuirse de manera indebida en las actuaciones a cargo de las otras autoridades, ni para modificar las reglas generales de competencia de los distintos funcionarios públicos, sino solamente para solucionar ciertas "...situaciones de hecho, creadas por actos u omisiones que impliquen la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a efecto de lograr la protección..."

3. Téngase en cuenta que ante la grave situación de orden público que vive el país desde hace varios años, debido a la agudización del conflicto interno y la consecuente propagación de organizaciones armadas al margen de la ley, se ha dado paso a numerosos problemas que con mayor o menor fuerza generan una permanente amenaza para los derechos de las personas, lo que, entre otras cosas, ha ocasionado el desplazamiento de muchos ciudadanos de un lugar a otro, circunstancias frente a las cuales los entes gubernamentales competentes han procurado tomar, tanto en abstracto como en concreto, las medidas que dentro de sus funciones y la legalidad han considerado en aras de la estabilización y la consecución de la tranquilidad y el sosiego general.

Ahora bien: si por esos problemas de orden público se dan eventos de concretas y verdaderas amenazas para derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la vida, que de manera injustificada no sean atendidas por las autoridades competentes, la tutela es una herramienta idónea para la protección de los afectados, sin que ello conlleve un entrometimiento en cuestiones o funciones propias de aquellas.

4. Sentado lo anterior y no existiendo el más mínimo resquicio de duda en cuanto a la fundamentalidad de los atributos invocados, en especial el derecho a la vida que, por su carácter superior emanado de su alto contenido ontológico y fuente de todos los demás derechos reconocidos por el orden jurídico, impone a las autoridades el deber especial de protegerlo por encima de cualquier consideración (arts. 2, 5 y 11 C. N.), emana que la presente acción constitucional no tiene aptitud para abrirse sendero próspero, toda vez que según lo informado para estas diligencias por el Consejero Presidencial para la Atención de la Población Desplazada por la Violencia, la Dirección de la Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos del

¹ Corte Constitucional. Sentencias T-01 y C-543 de 1992, entre otras.

Ministerio del Interior ya ha tomado las medidas para conjurar las amenazas denunciadas por los accionantes, como la coordinación de un operativo policial para tales efectos (fls. 40 y s. c. 1); noticia que, de conformidad con lo normado por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, se considera rendida bajo juramento, y no hay elementos de juicio acreditados en el expediente que la desvirtúe.

Si así son las cosas, estuvo acertado el tribunal cuando denegó la petición constitucional, puesto que se muestran razonables las actividades hasta ahora desplegadas por las autoridades competentes, sin perjuicio de que según las necesidades se puedan tomar otras de diversa naturaleza y frente a lo cual, en principio, no puede intervenir el juez de tutela para impartir no se sabe qué tipo de órdenes.

Adicionalmente, no está acreditado por ningún lado que las autoridades hubiesen excluido a los accionantes de intervenir, en la medida de lo necesario y lo posible, en las acciones de protección desplegadas; además de que los mismos no han facilitado dichas labores por cuanto no se han presentado personalmente a las oficinas respectivas ni han dejado registrada sus direcciones, tal como también se plasmó en el informe antes referido.

5. Queda expedita, entonces, la confirmación del fallo impugnado.

DECISIÓN

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

Comuníquese esta decisión a las partes mediante telegrama y oportunamente remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

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

EPS: la acción de tutela no es procedente para obtener el reembolso de dineros cancelados por afiliados o beneficiarios de la entidad

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Santos Ballesteros*

Ref.: Expediente No. 5744

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala de Decisión Civil, de fecha 27 de noviembre de 1998, que negó la tutela promovida por **Guillermo Luis Moncayo Rodríguez** quien actúa por intermedio de apoderado, contra **Salud Colmena E.P.S.**

ANTECEDENTES

1.- En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado el accionante **Guillermo Luis Moncayo Rodríguez** quien actúa por intermedio de apoderado, interpone acción de tutela contra **Salud Colmena E.P.S.**, por considerar que la sociedad accionada al negarse a pagar o suministrar las "MALLAS o STENT" necesarias dentro del tratamiento quirúrgico de angioplastia, vulnera sus derechos constitucionales a la salud, a la vida, a la seguridad social y los derechos económicos.

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

a) Manifiesta el accionante que se encuentra afiliado desde 1991 a la E.P.S. y medicina prepagada de **Salud Colmena**, y que por indicación de un médico cardiólogo se hospitalizó el 4 de noviembre de 1998 en una clínica de esta ciudad, para la práctica de un cateterismo; expresa que como resultado del examen practicado se le diagnosticó una afección cardio-coronaria con semitaponamiento de algunas arterias, lo que hacía necesaria la realización inmediata de una angioplastia con implantes de "mallas o stent".

b) Señala que llegado el momento de la intervención se le advirtió que **Salud Colmena** se negaba a pagar o suministrar las "mallas o stent" que debían colocarle dentro de las arterias obstruidas, y que tienen un valor de

seis millones de pesos, valor que según la E.P.S. debía ser cubierto directamente por el paciente.

c) Indica que ante la incapacidad económica para cancelar el valor de las mallas, el establecimiento hospitalario determinó su salida el seis de noviembre, por lo que ante su grave estado de salud y su natural angustia, solicitó en préstamo los seis millones de pesos, los que le fueron facilitados por un mes, previa suscripción en garantía de una letra de cambio.

d) Anota que con el dinero en su poder, se hospitalizó nuevamente, y canceló el valor de las "mallas o stent", por lo que la intervención quirúrgica fue realizada el 8 de noviembre.

e) Expresa que los exámenes practicados demuestran que subsiste el peligro y la necesidad de repetirlo la angioplastia con colocación de "mallas", y que por su valor no está en capacidad económica de sufragarlas, y además que la intranquilidad de verse ejecutado en su modesta casa de habitación, que ocupa con su esposa e hija, lo coloca en la angustia de sufrir un mortal infarto cardiaco.

3.- Concluye que aun cuando cuenta con otros medios de defensa como es el proceso ordinario, éste se hace inocuo en consideración a que su trámite tarda varios años, y asegura que las Empresas Promotoras de Salud están obligadas legal y contractualmente a cubrir todos los gastos y suministrar todos los medicamentos, elementos y medios necesarios para la recuperación de la salud del paciente, por lo que al negarse a cancelar el valor de las "mallas o stent", aunada a las otras consideraciones narradas en la tutela, se genera por parte de la accionada una vulnación a sus derechos constitucionales a la vida, a la tranquilidad, a la seguridad social y sus derechos económicos. Solicita ordenar a Salud Colmena reembolsar los dineros cancelados por la colocación de las "mallas o stent", y que en lo sucesivo le suministren los elementos, medicamentos, y medios necesarios para la conservación de su salud.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

En oficio dirigido al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, la sociedad accionada solicita no acceder a la solicitud de tutela, pues en su entender en ningún momento ha violado o amenazado los derechos fundamentales del accionante, pues ha autorizado todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por el paciente, y que el "stent" solicitado, es considerado por la Superintendencia Nacional de Salud como una prótesis, toda vez que son piezas o aparatos que reemplazan la función de un órgano o de un segmento corporal, que para el presente caso son las venas y las arterias, y que de acuerdo con la cláusula cuarta del contrato de medicina prepagada se encuentran taxativamente excluidas de las coberturas.

Expone así mismo la sociedad accionada que las Empresas Promotoras de Salud única y exclusivamente están obligadas a suministrar a sus afiliados del POS los elementos (ortesis y prótesis) descritos en el parágrafo del

artículo 12 de la resolución 5261, es decir marcapasos, prótesis valvulares y articulares, material de osteosíntesis y muletas, y estructuras de soporte para caminar, sin que las "mallas o stent" se encuentren relacionadas en la mencionada resolución.

Como argumento adicional, anota la sociedad accionada que el accionante solicita como pretensión el reembolso de los dineros cancelados, asunto eminentemente económico que escapa al ámbito de la acción de tutela.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal niega el amparo por considerar que al accionante en tutela al habersele practicado la angioplastia, su vida no se encuentra en grave peligro, y que su solicitud persigue únicamente el reembolso de los dineros cancelados con ocasión de su intervención quirúrgica.

En relación con la solicitud de que en lo sucesivo se le suministren todos los elementos y medios necesarios para la conservación de su salud, estima el *a quo* que en este sentido la solicitud es improcedente, pues se circunscribe a situaciones hipotéticas o posibles de presentarse hacia el futuro, y además la E.P.S. no se ha negado a suministrar los servicios médicos requeridos, sino solamente a negar la autorización de elementos que según reglamentación legal se encuentran excluidos del contrato.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugna la decisión, y para el efecto señala que de acuerdo con el espíritu y filosofía de la legislación sobre seguridad social, en el Plan Obligatorio de Salud la cobertura es completa, máxime como en su caso, cuando su afiliación reporta la suficiente antigüedad, y concluye que la asimilación de los "stent o mallas" a las prótesis es acomodaticia, pues estos son aparatos que reemplazan cualquier órgano, mientras los primeros no reemplazan ningún órgano, sino se utilizan para evitar que se urian las paredes de las arterias obstruidas.

CONSIDERACIONES

Ha sido posición constante de esta Corporación manifestar que uno de los requisitos esenciales del mecanismo excepcional de la tutela es la subsidiaridad, y por consiguiente sólo es procedente acudir a este amparo, si el particular presuntamente afectado con la amenaza o la vulneración de algún derecho fundamental no dispuso o no dispone de otro medio de defensa constitucional o legal diferente, excepto que se solicite como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable.

Por lo tanto, la acción como mecanismo jurídico excepcional de carácter residual, subsidiario, preferente y sumario, no puede converger con vías judiciales diversas porque no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado para eludir el que de manera específica le señale la ley.

Al descender al caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que el accionante solicita que se ordene a Salud Colmena reembolsar los dineros cancelados en el pago de las "mallas o stent" y que en lo sucesivo se le suministren todos los medicamentos, elementos y medios necesarios para la conservación de su salud.

Ha manifestado esta Corporación que los derechos a la salud y a la seguridad social, "no tienen el rango de fundamentales, porque, como bien lo preciso la Corte Constitucional, son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema (SU 480 de 1997), sin desconocer obviamente que en un momento dado pueden adquirir ese carácter, como ocurre cuando se encuentran en inmediata conexión con otros derechos que sí lo tienen, es el caso del derecho a la vida, a la postre el derecho fundamental por excelencia, pues al hablarse de tal no se estaría haciendo cosa distinta que identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida y no de bienes jurídicos desligados de la vida misma, porque su existencia es condición para el ejercicio de los demás derechos consagrados en la Constitución Política." (Sentencia T-5570 del 13 de noviembre de 1998, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria).

Es conveniente precisar que no aparece acreditado que el accionante en los actuales momentos se encuentre en peligro de muerte, ya que al asumir por su cuenta los costos de las "mallas o stent", le fue realizada la angioplastia, y como lo manifiesta la sociedad accionada, "hoy no existe amenaza o vulneración de derecho fundamental alguno".

Por lo tanto, si la acción de tutela solo procede en los casos de una violación o amenaza de los derechos fundamentales constitucionales de las personas, y la pretensión del actor está encaminada a lograr el reintegro de los dineros cancelados, es evidente que esta cuestión no es susceptible de ser resuelta en esta vía constitucional, pues tal aspecto no tiene incidencia con el derecho fundamental a la vida o integridad física del accionante, ya que el servicio de salud le fue prestado, incluyendo la realización de la intervención quirúrgica, sin que se observe en el expediente que la sociedad accionada se haya negado a las prestaciones médicas necesarias, pues simplemente se negó a cubrir el costo de las "mallas o stent", por considerar que se encuentran excluidas de los contratos que para el efecto suscribieron las partes, y por consiguiente la reclamación que por vía de tutela se intenta, se limita simplemente a un aspecto netamente patrimonial y económico, acerca de un presunto incumplimiento del contrato, que puede ser debatido por las vías judiciales ordinarias.

Como bien lo ha señalado esta Corporación, la acción de tutela no tiene cabida si no existe prueba de que la entidad contra la que se dirige, debido a comportamientos a ella imputables, ha causado lesión o amenaza de los derechos fundamentales de quien por esta vía acciona con apoyo en la Constitución,

y si lo que se pretende, como en el presente caso, es obtener que se ordene el reembolso de dineros cancelados dentro de procedimientos médico quirúrgicos.

Por lo tanto, por las consideraciones anteriores, se confirmará el fallo objetado.

DECISIÓN

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

Comuníquese esta determinación a las partes por telegrama.

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

Notifíquese y Cúmplase

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

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: la medida provisional que impide la salida del país al demandado en proceso ejecutivo de alimentos es una interpretación normativa del juez que corresponde a un enfoque hermenéutico integral de los artículos 148, 22 y 350 del Decreto ley 2737 de 1989. La tutela no es procedente además, porque no aparece prueba concluyente del grave menoscabo en la capacidad económica del accionante

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá D. C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Ref. Expediente No. 5745

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha veinticinco (25) de noviembre de 1998, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio de la cual se concedió la tutela solicitada por Jesús Guerrero Hernández contra el Juzgado Dieciocho de Familia de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

Considera el accionante quien actúa por intermedio de apoderado judicial, que el despacho accionado ha lesionado sus derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso con ocasión del trámite de un proceso ejecutivo de alimentos adelantado en su contra, en el cual se dispuso como medida cautelar el impedimento al demandado para salir del país, solicitando en consecuencia que se ordene levantar dicha medida.

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

1.- En el juzgado accionado cursa un proceso ejecutivo de alimentos promovido por Ana Josefina Osorio en favor de sus hijos Steven y Katherine Guerrero Osorio, en el cual se impuso la medida cautelar referida, lesionando su derecho fundamental al trabajo toda vez que el cargo directivo que ocupa en la empresa "Servientrega Ltda." implica permanentes desplazamientos al

exterior que al ser obstaculizados, menguan sustancialmente sus ingresos y por ende los de sus hijos, lo cual hace imperioso acudir a la acción de tutela.

2.- El artículo 148 del Decreto 2737/89 establece la referida medida cautelar para los procesos de alimentos, no siendo aplicable por analogía o extensión al proceso ejecutivo de alimentos como la impuso el juzgado accionado en auto de fecha veintiséis (26) de agosto del año en curso, que fue recurrido y resuelto en forma adversa el seis (6) de octubre siguiente.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal en decisión de mayoría, luego de aludir a la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales cuando estos han sufrido menoscabo por la acción u omisión de las autoridades públicas, concede el amparo invocado al considerar que el juez en el proceso de ejecución tiene la posibilidad legal de decretar el embargo y secuestro de bienes del deudor, pero no extender su decreto a medidas restrictivas que evidentemente consagró el legislador para otra clase de procesos, pero no para el de ejecución. En efecto, de una parte por su carácter coactivo, efectivamente las medidas cautelares son de aplicación excepcional y, de otra, tales medidas previstas para el proceso de ejecución están referidas únicamente a los bienes del deudor, mientras que el impedimento de salida del país, medida que, se reitera, no fue consagrada por el legislador para el proceso civil de ejecución, es una orden que recae sobre la persona y que de alguna manera coarta su libertad personal que no es posible limitar por deudas, según la prohibición expresa contenida en el artículo 28 de la C.P.

Si bien es cierto que el legislador ha establecido la prevalencia de los derechos de los menores frente a los derechos de los demás, también lo es que fue el mismo legislador quien estableció los mecanismos precedentes para proteger tales derechos a través de los entes administrativos de seguridad del Estado que son los encargados de hacer efectiva la medida por mandato de la misma ley aun en el proceso ejecutivo, condicionando la salida del país del deudor de alimentos a la prestación de una garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación, siendo dicha autoridad la encargada de velar por su cumplimiento, pero el juez está limitado en el proceso de ejecución a cumplir su deber de informar al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. (Ley 311/96) y no a institucionalizar una medida de carácter coactivo, y a decretarla sin estar facultado para ello, máxime cuando jurisdiccionalmente fueron dispuestas otras medidas cautelares que recayeron sobre los bienes del deudor incumplido.

Por las razones anteriores, estima el fallador que el juzgado accionado desbordó los límites y el alcance de sus atribuciones jurisdiccionales, rebasando el marco normativo establecido por el legislador, incurriendo por ende en una vía de hecho que hace procedente la presente acción para proteger el derecho del debido proceso invocado, ordenando adoptar las medidas para

que la disposición de impedir la salida del país del demandado quede sin valor ni efecto y se informe lo pertinente a la autoridad administrativa correspondiente.

LA IMPUGNACIÓN

El agente del Ministerio Público asignado por la Procuraduría Delegada para la defensa del menor y la familia, dentro del proceso que dio origen a la presente acción impugnó el fallo, por considerar que el Tribunal no estudió cuales medidas se deben aplicar para un proceso ejecutivo de alimentos y cuáles para el de alimentos y no estableció si por extensión o analogía en el ejecutivo puede ordenarse la prohibición para salir del país, ya que el efecto jurídico que se persigue en ambos procesos es el mismo.

La parte motiva del fallo dice que el legislador confirió al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S el poder coactivo para impedir que "la decisión jurisdiccional fuera ilusoria" pero no aclaró qué potestad tiene dicha institución respecto al impedimento para salir del país cuando no media una decisión judicial en un proceso ejecutivo de alimentos con respecto a la ley 311/96.

CONSIDERACIONES

1.- Sabido es que tratándose de actos provenientes de autoridades públicas integrantes del poder judicial, y a la luz de principios fundamentales que también reconoce el propio ordenamiento jurídico superior, la procedencia de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional es de suyo restringida a aquellos eventos de excepción en que los juzgadores, en lugar de actuar de acuerdo con la Constitución y la ley cual es su deber hacerlo, se apartan de estas fuentes de normatividad positiva, produciendo actuaciones notoriamente arbitrarias esto es, incurriendo en verdaderas vías de hecho que redundan en menoscabo de derechos fundamentales con agravio para las partes que del proceso respectivo son sujetos. Vías de hecho que, por lo demás, se configuran sin lugar a dudas cuando aquellas autoridades actúan con absoluta falta de competencia o de un modo completamente arbitrario e irregular, conductas ambas ajenas en consecuencia a toda razonable posibilidad de adaptación a esas fuentes llamadas a regir el ejercicio de la respectiva facultad, competencia o atribución.

Es evidente, entonces, que la acción de tutela no tiene viabilidad y su empleo resulta por lo tanto improcedente cuando no se produce prueba concluyente de que la autoridad judicial contra la cual se dirige, debido a comportamientos antijurídicos a ella atribuibles que tengan el significado inequívoco de un verdadero absurdo manifiesto, ha causado lesión o puesto en riesgo los derechos fundamentales de quien por esta vía acciona con apoyo en la Constitución.

2.- En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, en el cual el accionante aduce desconocimiento de los derechos fundamentales al trabajo y el debido

proceso como consecuencia de la imposición, en un proceso ejecutivo de cobro de prestaciones alimentarias, de una medida que en su concepto no se encuentra prevista en la ley, aquellas exigencias no se pueden tener por satisfechas pues basta atenderse a la actuación surtida de la cual dan razón las copias visibles a folios 11 y siguientes del cuaderno principal que acompañan el informe rendido por el Juzgado Dieciocho de Familia de esta ciudad para inferir, sin necesidad de acudir a elaborados razonamientos, que en manera alguna dicha medida fue impuesta como modalidad atípica de sanción personal por deudas como erróneamente parece entenderlo el Tribunal en el fallo impugnado, sino que su función es la de garantizar el cumplimiento de prestaciones alimentarias futuras en favor de menores hijos del demandado, determinación que por lo demás encuentra suficiente apoyo en los artículos 148, y 350 numeral 1° del Decreto 2737/89 (Código del Menor), precepto este último que faculta a los jueces de familia para adoptar las medidas contempladas en este ordenamiento, las cautelares y comunes consagradas en el Código de Procedimiento Civil y todas aquellas que estime necesarias para asegurar, entre otros objetivos de no menor importancia, la protección de los derechos consagrados a nivel Constitucional y legal para los menores de edad.

En efecto, si es lo cierto que la aparente claridad semántica de determinada norma de derecho escrita no excluye en absoluto la necesidad de su interpretación jurídica y, teniendo esto por supuesto, se entiende asimismo que de la búsqueda del recto sentido y la genuina finalidad de esa misma norma no le es permitido al intérprete desentenderse, habida consideración que su deber es adelantar siempre esa investigación con un enfoque hermenéutico integral, fruto de la razonable combinación de elementos gramaticales, históricos, contextuales y lógicos idóneos en orden a demostrar la juridicidad del resultado interpretativo al que se llega, es en verdad difícil en extremo admitir que frente al artículo 148 del Decreto Ley 2737 de 1989 (Código del Menor) leído en armonía con los artículos 22 y 350 numeral 1° de ese mismo cuerpo legal, y no obrando prueba concluyente que ponga en evidencia la verdad de la afirmación según la cual la medida en mención, de llevarse a la práctica, implicaría grave menoscabo de la capacidad económica del deudor de alimentos aquí accionante constituya manifiesto disparate, fuente en cuanto tal de una vía de hecho, inquirir por el contenido inmanente y la plena eficacia de una disposición como la contenida en el artículo 148 citado, concluyendo en consecuencia que la providencia cautelar allí prevista por el legislador para tener aplicación en el marco de eventuales apremios procesales por alimentos fijados apenas provisionalmente, con mayor razón habrá de ser procedente si se trata de obtener la satisfacción por medios compulsivos lícitos, en actuaciones judiciales autónomas adelantadas con este propósito, de pretensiones alimentarias definitivas.

De otra parte cabe resaltar que la decisión del Tribunal adoptada en el fallo impugnado, en el sentido de ordenar el levantamiento de la medida que originó la presente acción, es a simple vista inocua, toda vez que tal medida

restrictiva es aplicable por ministerio de la ley con la sola información del juez al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. de la identidad de quienes, siendo demandados en procesos por alimentos en favor de menores, se hayan sustraído sin justa causa al deber de garantizar a cabalidad el cumplimiento de la respectiva obligación alimentaria, siendo suficiente para el efecto la existencia de un auto que señale alimentos provisionales según dispone en forma por demás categórica el artículo 4° de la Ley 311/96.

Bastan, pues, las anteriores consideraciones para concluir que el fallo materia de impugnación deberá ser revocado y en su lugar, habrá de negarse el amparo solicitado, determinación que de conformidad con el artículo 7° del Decreto 306 de 1992, implica el que quede sin efectos la providencia impugnada y todas las actuaciones llevadas a cabo para darle cumplimiento.

Por último se dispondrá lo conducente para que, dentro de este trámite, tenga lugar la fase de revisión constitucional prevista por la Carta Política.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley Revoca el fallo de fecha de fecha veinticinco (25) de noviembre de 1998, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y en su lugar, Niega la tutela entablada por Jesús Guerrero Hernández, quedando sin efecto, en consecuencia, y por el solo ministerio de la ley, dicha providencia y todas las actuaciones surtidas en orden a darle cumplimiento.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

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

COMPETENCIA A PREVENCIÓN, CONFLICTO DE COMPETENCIA: la competencia por el factor territorial debe establecerse por el lugar donde, según las afirmaciones de la respectiva demanda, se producen los efectos de la actuación u omisión que se acusan, y que regularmente coincide con el sitio donde el peticionario se desenvuelve en forma cotidiana, sin que para ello interese dónde tenga su domicilio el accionado. (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 5816

Decídese el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Promiscuo de Familia de Puerto Carreño (Vichada) y 18 de Familia de Santafé de Bogotá D. C., para conocer de la acción de tutela promovida por Nestali Quintero, Rodrigo Castro, Manuel Francisco Acevedo, Edwin Ballén Moreno, Suleiber Romero, Luis Enrique Romero, Manuel Afranio Agudelo, José Efraín Delgado Grajales, Bautista Macabare, Andrés Manuel Aguilar Romero y José Vicente Martínez Aristizabal, contra la firma D'Office Consorcio Comercial y "...la persona natural o jurídica a quien se le hizo la cesión del contrato celebrado con la Cooperativa Coogualiva Ltda., según el convenio celebrado con el Departamento del Vichada..."

ANTECEDENTES

1. Los accionantes en mención instauraron la acción de tutela antes referida, aduciendo vulneración de los derechos a la igualdad, de petición, al trabajo, a la libertad de escoger profesión u oficio y de las personas de la tercera edad, en desarrollo de lo cual piden que se ordene al contratante encargado de colocar el techo al Coliseo Cubierto de Puerto Carreño, pagarles las sumas que les adeudan por razón de su trabajo en dicha obra y la prestación de varios servicios; así como también que se ordene a la Cooperativa Coogualiva retener el saldo del contrato hasta tanto se les garantice el pago de sus deudas.

Exponen como fundamento fáctico, en resumen, que la Cooperativa Cogualiva, en desarrollo de un convenio celebrado con el Departamento del Vichada contrató a la firma D'Office Consorcio Comercial para la construcción del coliseo en mención, empresa que a través de su representante los contrató a ellos para trabajar en la obra, así como hacer viajes de arena y materiales varios. Luego el aludido contratista comenzó a incumplir con los pagos de los salarios, prestaciones y los viajes, y cedió el contrato, al parecer, a los esposos Berenice Pérez y Oscar Arango, quienes solo ofrecieron cancelar la mitad de lo adeudado.

2. El Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Carreño, en providencia del 7 de diciembre pasado (fs. 20 y ss. c. 1), se declaró incompetente para conocer de la tutela y dispuso su envío al Juez de Familia de Santafé de Bogotá D.C., argumentando, después de transcribir el artículo 37 del Decreto 2591/91, que las personas accionadas tienen su domicilio en esta ciudad, "...y desde allí vulneran o amenazan los supuestos derechos fundamentales de los accionantes...", pues acorde con la norma en comento, es entendido que ésta debe presentarse en lugar donde ocurre la violación o amenaza...

3. Por su parte, el Juzgado 18 de Familia de la Capital, a quien correspondió por reparto la acción, en auto del 15 de enero del presente año (fs. 26 y ss.), considera que el reclamo de los accionantes se refiere a la falta de pago de los salarios y prestaciones, acto que debe tener lugar en Puerto Carreño, donde se ejecuta la obra por las empresas accionadas, y sería absurdo que fuese en Bogotá, por lo inviable y oneroso que resultaría para los trabajadores desplazarse a esta última a reclamar sus mesadas.

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 270 de 1996, esta Sala es competente para dirimir el conflicto negativo de competencia que por el factor territorial enfrenta a los Juzgados Promiscuo de Familia de Puerto Carreño y 18 de Familia de Santafé de Bogotá D. C., con respecto a la acción de tutela antes aludida, habida cuenta que ambos, siendo de la misma especialidad de la jurisdicción ordinaria, pertenecen a distintos distritos judiciales.

2. Caso a cuyo propósito conviene recordar que, según el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, para el conocimiento de la acción de tutela son competentes, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurre la vulneración o amenaza que motivare la solicitud (inc. 1), sin distinción de jerarquía, excepto cuando sea contra la prensa o medios de comunicación cuya primera instancia debe ser ante el juez de circuito del lugar (inc. 3).

Norma cuya finalidad evidente es facilitar al presunto afectado la escogencia del juez que ha de resolver a la mayor brevedad posible sobre la solicitud de protección de los derechos fundamentales por esta vía, y bajo cuyo tenor claramente expresado, la competencia por el factor territorial debe

establecerse por el lugar donde, según las afirmaciones de la respectiva demanda, adquiere materialidad la violación o amenaza de los derechos en comento, o sea, donde se producen los efectos de la actuación u omisión que se acusan, y que regularmente coincide con el sitio donde el peticionario se desenvuelve en forma cotidiana, sin que para ello interese dónde tenga su domicilio el accionado.

3. De cara a las anteriores proposiciones, es pertinente concluir que en el presente caso estuvieron bien enfocados los accionantes cuando presentaron su queja constitucional en el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Carreño, por cuanto es en la comprensión territorial de dicha población donde están ocurriendo los hechos que ellos consideran como causantes del quebranto de sus derechos básicos, pues es allí donde desempeñan las distintas labores sin la cancelación de los emolumentos que reclaman, independientemente de que los accionados tengan su domicilio en otra parte, porque este otro fuero del factor territorial no cuenta para la fijación de la competencia en estos casos; de suerte que no es de recibo el razonamiento del aludido despacho judicial que, en consecuencia, es el competente para el conocimiento de este asunto y debe proceder de conformidad inmediatamente reciba el expediente.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, Declara que el competente para conocer la demanda de tutela atrás referida es el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Carreño, al que se le enviará inmediatamente el expediente, comunicándose lo aquí decidido al Juzgado 18 de Familia de Santafé de Bogotá D. C., también involucrado en el conflicto.

Librense los oficios pertinentes y comuníquese lo aquí resuelto a las partes mediante telegrama.

Cumplase.

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

SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: para establecer la procedencia de la pretensión de suministro de medicamentos debe efectuarse un análisis, tanto médico como jurídico, del cual se desprenda que la negativa a otorgarlos afecta de manera inminente el derecho a la vida del paciente

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref. Expediente No. 5750

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia de 24 de noviembre de 1998, proferida por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual se acogió la acción de tutela interpuesta por Javier Armando Nivia Orjuela, en frente del Instituto de Seguro Social, "I.S.S."

ANTECEDENTES

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

En concreto pide, se ordene al ISS suministrarle el medicamento INTRON A, durante todo el tiempo que dure su tratamiento contra la Hepatitis C que padece, el cual le suspendió sin tener en cuenta el concepto previo del médico tratante.

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

2.1 Se halla infectado con el virus de la Hepatitis C, enfermedad cuyo tratamiento está aún en experimentación, a punto que el aprobado en el país solo ofrece una oportunidad de curación entre el 6 y el 10%, según información de médicos especialistas consultados quienes, además, lo enteraron de la existencia de un grupo de investigación con pacientes infectados y que conforma un protocolo de tratamiento aprobado por el "Invima", al que se le suministra una medicación novedosa en el país, consistente en la aplicación de 3 inyecciones semanales de "Interferón alfa2b y 6 cápsulas diarias de

Rivabirina (1200 mg.), la cual podía conseguirse a través de la EPS a que pertenece, con la advertencia de que tendría reacciones secundarias las cuales, muy probablemente, afectarían su calidad de vida, pero en la medida en que el organismo se habituara a tales drogas, aquellos padecimientos se harían más tolerables. Así mismo, que dicho tratamiento (aprobado en otros países), podría aumentar las posibilidades de curación en un 40-77%, dependiendo de la clase de virus, lo que lo motivó a tomarlo.

2.2 Bajo la supervisión del Dr. Oscar Beltrán, jefe del servicio de gastroenterología de la Clínica San Pedro Claver de esta ciudad, inició el tratamiento hace 4 meses, lapso en el que le aplicaron aproximadamente 60 inyecciones de INTRON -A (nombre comercial del interferón) e ingirió 600 cápsulas de RIVABIRINA, más un gran número de analgésicos, a consecuencia de lo cual estuvo incapacitado varias veces pues presentó anemia y fatigas que le impidieron levantarse en varias ocasiones, como también dolores de cabeza y musculares, fiebre, náuseas, diarreas, etc., reacciones que en las últimas semanas disminuyeron por la tolerancia de su organismo a tales medicamentos.

Gracias a dicho tratamiento, su carga viral inicial de 9.833.000 copias del virus (la más alta entre todos los pacientes), bajó a 515.000 a los 15 días de iniciado.

2.3 En los primeros días del mes de agosto de 1998 reclamó la droga en la Clínica San Pedro Claver, encontrándose con la sorpresa de que el ISS había decidido cambiar el INTRON -A por HEBERON, situación que comentó a su médico quien le expresara que había solicitado a sus superiores el restablecimiento del suministro del medicamento formulado por tratarse de un grupo especial de pacientes que no tenía otra opción de tratamiento, ya que a algunos a los que se le colocó la nueva inyección habían tenido reacciones adicionales como hinchazón, hematomas, ampollas en el sitio de la aplicación y prurito (rasquiña) en todo el cuerpo, las cuales determinaron la suspensión del tratamiento.

Es más, no existe estudio alguno sobre la eficacia de la nueva droga, ya que se trata de un medicamento biológico cuya efectividad varía de un laboratorio a otro, atendiendo los estándares de control de calidad a que se someta.

2.4 El 8 de agosto de 1998 solicitó por escrito al Gerente de la Clínica San Pedro Claver, autorización para la compra del INTRON -A, petición que le fue respondida negativamente después de un mes de formulada, aduciendo que la Vicepresidencia de la EPS e IPS del Seguro Social decidieron adquirir el "HEBERON R." (sic).

2.5 No existe razón válida, afirma, para someterlo a otro proceso de tolerancia al nuevo medicamento, dado que sufrió y arriesgó su vida con el anteriormente iniciado, máxime cuando es de importancia suma terminar el protocolo o investigación científica iniciada, pues sus resultados ayudarán a

que se apruebe el tratamiento con las dos drogas combinadas (Intron -A y Ribavirina) y así miles de personas afectadas con la enfermedad también se beneficiarán.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relacionar los antecedentes del asunto y precisar el marco jurídico de la acción de tutela, así como su finalidad ontológica se refirió el *a quo* a los derechos cuya protección demanda el accionante, indicando que el de la salud está íntimamente ligado al de la vida y, por ende, debe ser protegido a través de este mecanismo cuando resulte conculcado.

De otra parte y ya en relación con el caso planteado, señaló que de la prueba documental allegada al expediente, se acredita que el accionante padece de Hepatitis C crónica, y que el médico tratante le formuló el medicamento INTRON A, sin que la Clínica San Pedro Claver que, como se sabe, pertenece a la entidad accionada (ISS), se lo suministre, pues en su remplazo le entrega HEBERON ALFA 2B.

Si el medicamento, agrega, solamente debe ser formulado por el médico, resulta evidente que una vez ordenado por él no puede, sin su autorización, cambiarse por quien está obligado a suministrarlo, ni siquiera con el argumento de que otro lo reemplaza.

En consecuencia, concluye el Tribunal, dado que la Clínica San Pedro Claver no le entrega al peticionario la droga formulada por el médico tratante (Intron A), sino la denominada Interferón Alfa 2, con tal proceder no solo atenta contra su salud e integridad física, sino que pone en peligro su vida, por lo cual habrá de dispensarse su protección ordenando, a la entidad accionada, que le suministre el medicamento Intron A en el término de 48 horas, durante el lapso que le sea formulada por el médico tratante.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Sostiene el apoderado de la Clínica San Pedro Claver (impugnante), en resumen, que no le ha cambiado al accionante el medicamento formulado por el médico tratante, sino que se lo ha entregado en su presentación genérica por cuanto, así lo dispone el art. 162 de la Ley 100 de 1993.

En la actualidad la farmacia de la Clínica suministra a los pacientes el "INTERFERON ALFA 2B" (sic), el cual es producido por el Centro de Ingeniería Genética y Biotecnología de la Habana (Cuba) e importado por Biohner Ltda, con registro sanitario No. 002370 expedido por el "Invima", en lugar del INTRON -A, fabricado por Schering Plough (USA), por tener el mismo principio activo, esto es, el INTERFERON ALFA 2B. Es más, la clínica hizo una consulta al ISS, a nivel nacional, en el sentido de si se había presentado algún tipo de inconveniente con dicho medicamento (comercialmente conocido como Heberon Alfa R3), recibiendo como respuesta que se viene empleando sin contratiempos desde hace 2 años (Oficio VEPS 3704).

El fallo impugnado, añade, viola los principios de la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía y selección objetiva), al obligar al ISS a entregar un medicamento de una firma que no fue favorecida en el proceso de selección efectuado, previo llamamiento público en el periódico El Tiempo, a todos los laboratorios y distribuidores autorizados e interesados en presentar propuestas para la adquisición y distribución de medicamentos, resultando seleccionado, previa evaluación técnica, financiera y jurídica, el laboratorio Biolehnar Ltda, para el suministro del "Interferón Alfa 2B" (sic), adjudicándose a la Clínica San Pedro Claver, la cantidad de 77.190 M.U.I. para la vigencia de 1998 y 15.810 para la vigencia de 1999, suscribiéndose el contrato respectivo por valor de \$279.000.000.00.

Dentro la documentación aportada por dicho laboratorio en relación con tal medicamento, prosigue, se halla el registro sanitario expedido por el "Invima", señalándose como indicaciones: "...hepatitis B, hepatitis C...".

En fin, concluye, con respecto al Intron A x 5 M.U.I., producido por Shering Plough, tiene como indicaciones: "Linfoma No Hodgkin, Mieloma refractario, Leucemia de Células Pílasas y Sarcoma de Kaposi", por lo que su uso no está autorizado para Hepatitis C, que es la padecida por el accionante.

De todas formas, el ISS ha dado cumplimiento al fallo de tutela, suministrando al paciente el Interferón Alfa 2 B Intron A, en cantidad que cubre un (1) mes de tratamiento.

CONSIDERACIONES

1. La protección judicial de la acción de tutela brindada por el artículo 86 de la Carta Política, sólo puede concretarse cuando se establece que por acción u omisión de una autoridad pública, o de particulares en los eventos previstos por la ley, se viole o amenace un derecho fundamental y, además, que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo, salvo que se ejercite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El precepto en mención impone, entonces, como condición necesaria para la prosperidad del amparo, que entre la acción u omisión respecto de la cual se impetra la tutela y la afrenta causada al derecho fundamental o la amenaza que este afronta, exista un nexo de causalidad; ello, por supuesto, siempre que no medie otro mecanismo de defensa con efectividad igual o superior y que, no se esté en presencia de un daño irreparable, pues de ser así el amparo se tornaría improcedente (art. 6º-1, Decreto 2591 de 1991).

2. En relación con el derecho fundamental a la vida (art. 11 ibídem), aducido en este caso como vulnerado, es sabido que el Estado Social de derecho no se limita a garantizarlo mediante un reconocimiento formal, sino que lo promueve, protege y hace todo cuanto esté a su alcance para lograr su efectividad, por constituir la esencia y presupuesto de los demás derechos fundamentales.

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

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

En efecto, el derecho a la vida no sólo permite al ser humano ejercer las prerrogativas necesarias para mantener su estado vital, conservarlo y mejorarlo o dignificarlo en todos los aspectos, sino también el de impedir que sea amenazado o violado en cualquier circunstancia, pudiendo adoptar las medidas que lo aseguren o que, por lo menos, no le ocasionen la muerte. Este derecho suele complementarse especialmente con los que se refieren a la integridad corporal y a la salud, los que si bien es cierto tienen objeto y autonomía propios, no por ello puede ignorarse que habiendo partes corporales fundamentales para el ser humano, así como estados de sanidad absolutamente necesarios para conservar su existencia, cualquier amenaza o violación de aquellas o de estos, arriesgan o quebrantan igualmente el derecho a la vida misma.

3. La salud, de acuerdo con el art. 49 de la Carta Política, es un derecho de la persona y un servicio público a cargo del Estado, de donde resulta imperativo para éste, disponer de las condiciones operativas necesarias para hacer efectivo el acceso de todos a los servicios de promoción, protección y recuperación de aquella.

La Constitución, por otra parte, ha previsto la colaboración de los particulares y de las entidades públicas, con el propósito de garantizar que los servicios médico-asistenciales, de hospitalización y cirugía, cubran de manera efectiva y en igualdad de oportunidades, a todos los usuarios de la seguridad social, (art. 48 ibídem). Esta, como se sabe, no tiene el rango de fundamental, salvo que circunstancias concretas permitan atribuirle tal condición por su trascendencia en la vigencia de otro u otros derechos fundamentales y en virtud de la función de primer orden que cumple en beneficio del ser humano.

4. Ahora bien, la función genérica del Estado, en materia de seguridad social, se concreta en la responsabilidad que asume por el efectivo y real cubrimiento por parte de la entidad pública de provisión a la cual se encuentra afiliado el trabajador. De ahí que el Decreto-Ley 3135 de 1968 (arts. 14 a 29, entre otros), al enunciar las prestaciones a cargo de tales organismos y al discriminar los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria a que tienen derecho los trabajadores o empleados y sus familias, aluden siempre a "... la respectiva entidad de provisión...", radicando en ella las pertinentes obligaciones que son propias de este servicio público.

5. Descendiendo al caso sometido a decisión de la Corte, no se remite a duda que el accionante se halla afiliado al ISS y padece de la enfermedad que

Menciona en su libelo de tutela, tal como lo revela la documentación médico-clínica allegada al expediente y lo confirma el representante de la Clínica San Pedro Claver, al expresar tanto en el informe rendido a petición de *a quo* en relación con la queja formulada por el peticionario, como en el escrito de impugnación del fallo de tutela, que la entidad no le ha cambiado al peticionario el medicamento Interferón Alfa 2B Intron A, sino que se lo ha entregado bajo su denominación genérica, el cual se conoce comercialmente como Heberon Alfa 2B Recombinante (fls. 2-6, 127-128 y 168-170, c-1).

De acuerdo con lo anterior, el asunto se centra en determinar si el cambio de las drogas "Intron A y Rivabirina", formuladas por el médico tratante y que la entidad accionada venía suministrando al petente para el tratamiento de su grave enfermedad, por la conocida con la denominación genérica de Interferon Alfa 2B, S x 10⁶ U.I.I., o Heberon Alfa 2B Recombinante (nombre comercial), sin la respectiva autorización médica, vulnera o amenaza los derechos aducidos como conculcados.

5.1 La cuestión, debe examinarse de una manera bifronte, esto es, desde los puntos de vista: médico y jurídico. En relación con el primero es necesario hacer las siguientes precisiones:

a. La hepatitis C es una enfermedad de tal gravedad que, como lo refiere en su testimonio el Médico Gastroenterólogo Dr. Oscar Alfredo Beltrán, si el paciente no recibe tratamiento adecuado y oportuno, puede desarrollar a largo plazo "cirrosis hepática y/o cáncer de hígado" (fls. 86-90, c-1).

b. Para combatir el virus que ocasiona dicho padecimiento se ha acudido en el país a tratamientos con los medicamentos Nitron A combinado con Rivabirina y Heberon Alfa-R, según se extracta de la versión del prenombrado galeno, reafirmada posteriormente en otro caso similar (tutela instaurada por Glima Esperanza Guevara de Nivia, fls. 40-41, ib.), así como de la rendida por el hepatólogo, Dr. Rafael Claudino Botero, en ese mismo trámite (fls. 44-46, ib.).

c. Aquellos medicamentos tienen como principio activo el Interferón Alfa 2B. Sin embargo, en concepto del hepatólogo, resulta extremadamente difícil que sean iguales, dada su composición biológica y, por ende, las diferencias pueden originarse en la técnica de producción, purificación, potencia, seguridad, etc.

En cuanto a su experiencia en relación con una y otra droga, el mencionado especialista, aserta que conoce el Intron -A desde hace muchos años por ser uno de los productos líderes en el mundo en el tratamiento de la Hepatitis C crónica, amén de que la mayoría de investigaciones y publicaciones acerca del tratamiento de dicha enfermedad, tienen que ver con tal medicamento. Además, que lo ha empleado en más de 30 pacientes con resultados que evidencian su seguridad y con efectos secundarios predecibles y manejables; y que tiene experiencia con respecto a la combinación del mismo con la Rivabirina, por cuanto ha participado en investigaciones origi-

nales, considerándosele actualmente como el tratamiento más efectivo para la hepatitis C crónica, a tanto que en el mes de junio de 1998 fue aprobada para dicha indicación en los Estados Unidos.

En cuanto al HEBERON ALFA 2R, refiere que no tiene ninguna experiencia, habiéndose enterado de que no es un producto original sino una copia del anterior y la investigación que lo soporta es copiada de otros productos; que no conoce estudios originales que garanticen su seguridad y por esta razón no le parece justo ni ético su utilización en pacientes con una enfermedad tan delicada como lo es la hepatitis C crónica; y que en una ocasión estuvo en Cuba en un congreso y asistió a la presentación de algunos trabajos en los que se utilizó dicho medicamento, los cuales le parecieron superficiales y anecdóticos, ya que se hacían recomendaciones tan empíricas como la utilización de la vía intraperitoneal (fls. 44-46, ib.).

Es más, el Dr. Oscar Beltrán Galvis (Coordinador de Gastroenterología en la Clínica San Pedro Claver), en el resumen de la historia clínica del accionante, allegada por este al expediente y calendada el 4 de noviembre de 1998, refiere que se inició el tratamiento con Interferón (Intron A y Rivabirina), bajo protocolo y con autorización del paciente; que sufrió los efectos colaterales que allí narra, con disminución de ellos en el segundo mes de su aplicación; que dados los efectos del Interferón Cubano en otros pacientes, no recibió tal producto -disponible en el ISS a partir de Agosto-, y continuó aplicándose el Intron A, mostrando mejor tolerancia a este; que el informe del laboratorio Mexicano, disponible en octubre, muestra que la carga viral al inicio del tratamiento era de 9'833.000. copias de VHC, y a los 15 días bajo a 515.000, por lo que su plan era continuar con la terapia por 6 meses y, si se negativiza dicha carga, se mantendría la terapia combinada por un año (fls. 2-3, ib.).

Por su parte el Dr. Rafael Claudino Botero, fue interrogado sobre si existía justificación para cambiar el Intron A y la Rivabirina, en un paciente que había respondido bien a dicho tratamiento, contestando negativamente y agregando que los argumentos utilizados podrían ser de índole no científica y más pensando en los negocios que en el bienestar del paciente. Además que la suspensión o retardo en la aplicación de las citadas drogas podría ocasionar progresión de la enfermedad hacia la cirrosis hepática y/o el hepatocarcinoma, como también inducir a la aparición de cepas resistentes al Interferón (fls. 45-46, ib.).

5.2 En lo que atañe al aspecto jurídico, no desconoce la Corte los postulados de la Ley 100 de 1993 atinentes a que en el Plan Obligatorio de Salud, la provisión de los medicamentos esenciales deba hacerse en su presentación genérica, como tampoco los principios de la Ley 80 de 1993 que gobiernan la contratación estatal, mencionados por la entidad impugnante del fallo de tutela en el escrito mediante el que interpone la alzada.

Empero, tales disposiciones legales no están llamadas a imperar en casos como el presente, pues la protección y conservación del derecho a la

vida, según lo tiene decantado la jurisprudencia constitucional, "escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, ..." (Sentencia No. T-370/98, expediente T-172.304, Corte Constitucional).

6. Fluye de los anteriores discernimientos la conclusión de que al suspenderse al aquí accionante, el tratamiento que venía recibiendo (Intron A y Rivabirina), cuyos efectos colaterales toleraba en mejor forma a medida que el mismo avanzaba y que, además, había permitido que la carga viral inicial de 9'833.000 copias de VIH, bajara a 515.000 en 15 días, como se vio, para luego continuarlo con el medicamento Heberon Alfa-R el que fuera calificado por el hepatólogo Dr. Rafael Claudino Botero- como sin soporte científico suficiente y de consecuencias impredecibles, la entidad accionada conculcó el derecho a la salud y, por contera, el de la vida del paciente.

7. Consecuente con lo discurrido, la Corte confirmará el fallo impugnado.

DECISIÓN

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

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

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

DEBIDO PROCESO, PACTO ARBITRAL: no es caprichosa o voluntariosa la interpretación legal según la cual ante un pacto arbitral las partes no pueden acudir a la jurisdicción ordinaria

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Santos Ballesterós*

Ref. Expediente No. 5783

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de fecha 4 de diciembre de 1998, que negó la tutela promovida por la sociedad SUPER 7 S.A., contra la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, compuesta por los magistrados Liana Aida Lizarazo, Magdalena Mojica y Carlos Julio Moya.

ANTECEDENTES

1.- En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado la sociedad SUPER 7 A.S.A. interpone acción de tutela contra la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, compuesta por los magistrados Liana Aida Lizarazo, Magdalena Mojica y Carlos Julio Moya; por considerar que la Sala accionada, en el proceso ejecutivo adelantado por la sociedad accionante contra José Farid Patiño, al confirmar el auto del Juzgado Segundo Civil del Circuito que declaró probada la excepción denominada cláusula compromisoria, declarar terminado el proceso y levantar las medidas cautelares, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al libre acceso a la administración de justicia.

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

a) Manifiesta la sociedad accionante que al tener como título ejecutivo un acta de audiencia de conciliación celebrada entre las partes ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, presentó demanda ejecutiva en contra de José Farid Patiño, que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito, despacho que profirió manda-

miento de pago notificado al demandado, quien dentro del término legal interpuso recurso de reposición y presentó memorial de excepciones que denominó Cláusula Compromisoria, Falta de Jurisdicción, Falta de Competencia, Transacción y Cosa Juzgada.

b) Señala que el Juzgado 2 Civil del Circuito declaró probada la excepción de compromiso, con fundamento en la existencia de una cláusula compromisoria insertada en el acta que sirvió de título ejecutivo, para concluir que el conocimiento del proceso le correspondía a un Tribunal de Arbitramento, teniendo en cuenta que las partes sustraieron sus eventuales diferencias del conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

c) Expresa que descontento con el auto del a quo, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Santafe de Bogotá, que en providencia del 16 de septiembre de 1998 confirmó el auto acusado, con el argumento de que con la cláusula compromisoria inserta en el acuerdo, los sujetos que conforman el extremo del litigio sustraieron de la jurisdicción toda posible diferencia derivada del acuerdo, lo que significa que el Juez ordinario no tiene jurisdicción para dirimir esas diferencias.

d) Anota que para reafirmar el argumento anterior, la Sala accionada se basó en la sentencia C-294 de julio 6 de 1995 de la Corte Constitucional acerca de las normas referentes a los Tribunales de Arbitramento, en la que se indica que no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan o podrían ventilarse en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral, pero indica la sociedad accionante que la sentencia mencionada señaló limitantes que no fueron tenidas en cuenta por la accionada, ni el hecho que las normas aplicables a los Tribunales de Arbitramento antes de la vigencia de la ley 446 de 1998 y el decreto 1818 de 1998, no consagraban norma alguna que permita a los Tribunales de Arbitramento conocer y tramitar procesos de ejecución.

e) Indica que las normas anteriores y las actuales que rigen el procedimiento arbitral, como son los artículos 115 - 222 del decreto 1818 de 1998, la ley 446 de 1998, el decreto 2279 de 1989, el decreto 410 de 1971 y los decretos 1400 y 2019 de 1970, nunca han señalado que por ese trámite se puedan exigir de manera coercitiva el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los particulares o del Estado, pues los árbitros no están autorizados para decretar y practicar medidas de embargo y secuestro, ni para realizar los actos preparatorios y la diligencia de remate, con lo que se haría inocuo el proceso en sí.

3.- Concluye que el Tribunal con el auto mencionado, quebrantó los derechos fundamentales al haber incurrido en vía de hecho, porque después de un largo e impreciso e incoherente análisis, llegó a la conclusión que el legislador permite adelantar procesos ejecutivos ante Tribunales de Arbitramento, lo que contraría la naturaleza misma del procedimiento, llena de desconfianza e incertidumbre jurídica a la sociedad, y promueve un caos jurídico y una anarquía social, al sustituir las normas por la voluntad de los jueces. Solicita

ordenar al Tribunal que en un término no mayor de 48 horas adopte las medidas conducentes tendientes a restablecer los derechos vulnerados.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

Los Magistrados accionados en oficio dirigido al Tribunal se oponen a la concesión de la tutela y reiteran la improcedencia de la acción contra providencias judiciales, en razón a los principios de autonomía e independencia judicial. Expresan que no existe en el fallo impugnado vía de hecho, pues las circunstancias que los llevaron a tomar tal determinación encuentran sustento en la jurisprudencia y en las normas que regulan la materia, y concluyen, que las pruebas de que da cuenta el proceso, señalan que las partes por decisión propia derogaron la competencia del juez ordinario en las futuras controversias que se generaran del acuerdo conciliatorio, apoyados siempre en la sentencia de constitucionalidad C-294 de 1995.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal niega el amparo solicitado por considerar que la sentencia de inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, han afirmado la improcedencia de este mecanismo excepcional contra autos o sentencias judiciales en razón a su característica de subsidiariedad. Señala que lo que en realidad se impugna por parte de la sociedad accionante, son los argumentos que sirvieron a los magistrados para fundamentar su decisión, lo que pone de evidencia que se quiere convertir a la tutela en un recurso extraordinario o tercera instancia, lo que es inadmisibles por contrariar la organización constitucional de la rama judicial y generaría incertidumbre jurídica.

LA IMPUGNACIÓN

La sociedad accionante impugna la decisión del Tribunal y para el efecto reitera los argumentos en su memorial de tutela.

CONSIDERACIONES

Como reiteradamente lo ha manifestado esta Corporación, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es un instrumento jurídico de carácter excepcional, subsidiario, preferente y sumario, que permite a todas las personas, sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, si de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, y, a falta de otro medio legal, considera que le han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o, de un particular, pero sólo en los casos expresamente previstos por el legislador.

Mediante el principio constitucional fundamental del debido proceso, el Estado busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, y procura el respeto a las formas propias de cada juicio, que

deben observarse en todos los procedimientos judiciales o administrativos, por lo que procede su protección mediante este mecanismo excepcional, si se incurre por parte de los funcionarios correspondientes en vías de hecho, es decir, en actuaciones abusivas, caprichosas o arbitrarias y apartadas de la Ley, y que el accionante, no cuente ni haya contado con oportunidades dentro del escenario natural, para la defensa de sus intereses presuntamente conculcados.

Por lo tanto si la tutela tiene por objeto la modificación de la apreciación jurídica y fáctica realizada por un funcionario dentro de un proceso determinado, conviene recalcar que el mecanismo excepcional es improcedente, pues como insistentemente lo ha considerado esta Sala, este recurso constitucional no puede servir de pretexto para invadir la órbita de otras autoridades ni para revisar cuestiones que deben ser materia de debate en el trámite procesal correspondiente.

Al descender al caso que ocupa la atención de la Sala se aprecia que la sociedad accionante manifiesta su inconformidad con la decisión de la Sala del Tribunal que confirmó la providencia de primera instancia que declaró probada la excepción de compromiso, porque en su entender con esto se le vulneran su derecho al debido proceso, a la igualdad y la administración de justicia.

Se aprecia en el acta de audiencia de conciliación suscrito ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, que las partes en su cláusula cuarta manifestaron: "Cláusula Compromisoria. Toda controversia o diferencia relativa a este acuerdo a su ejecución e interpretación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo a las siguientes reglas: (...)"

De la revisión del auto impugnado se aprecia que la Sala accionada para tomar la decisión que se ataca, fundamentó su posición en el hecho de que el arbitraje privado a diferencia de lo que ocurre en los procesos jurisdiccionales comunes, es una institución cuyo fundamento implica obligatoriedad para quienes de ella se sirven, y que las partes, al decidir acogerse a este mecanismo, no tienen absoluta libertad para acudir a la jurisdicción ordinaria, sino que por principio y virtud del pacto arbitral, quedan bajo la imposición de recurrir al arbitraje, como lo señala el artículo 2 del decreto 2279 de 1989.

Como se observa, el Tribunal accionado elaboró una teoría que desarrolló y que le sirvió de fundamento para proferir su decisión, con apoyo en una interpretación que realizó de las normas aplicables y de la jurisprudencia que consideró del caso, la que al no mostrarse como caprichosa o voluntariosa impide que pueda ser abordada por el Juez de tutela.

Siendo así, la discusión encierra como aspecto básico un problema hermenéutico, una diferencia de criterios en que se apoya cada una de las partes, en una relación esquemática y lógica que de entrada excluye la arbi-

triedad connatural en toda vía de hecho, como de manera unánime y uniforme se ha afirmado en la jurisprudencia constitucional.

Por las anteriores consideraciones se confirmará el fallo impugnado.

DECISIÓN

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

Comuníquese esta determinación a las partes por telegrama.

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

Notifíquese y cúmplase.

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

DERECHO AL BUEN NOMBRE, DERECHO AL TRABAJO, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: el calificativo de 'piratas' que se les da a eventos organizados por fuera del control de la entidad departamental competente, si bien no es el más apropiado y por ende merece reproche, no corresponde a una conducta ilegal que vulnere algún derecho de los organizadores sino constituye una advertencia a las personas interesadas para que conozcan con exactitud el ámbito de acción y las repercusiones de los certámenes en tal forma organizados por el accionante

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Ref: Expediente No. 5804

Se decide por la Corte la impugnación interpuesta contra el fallo de fecha veintiséis (26) de noviembre de 1998, proferido por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá), por medio del cual se negó la tutela solicitada por José Miguel Ortega Ramírez contra la Liga de Voleibol del Caquetá.

ANTECEDENTES

Pide el accionante que se ordene a la entidad contra la cual dirige su queja "la rectificación del panfleto dirigida (sic) a la opinión pública", toda vez que a raíz de las afirmaciones hechas en dicho comunicado, se vulneran con agravio para el accionante sus derechos fundamentales a la honra, el buen nombre, el derecho al trabajo, el derecho a escoger libremente profesión u oficio y el derecho a la igualdad.

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

1. Desde el año de 1990 el accionante se desempeña como trabajador independiente en el ramo de las actividades lúdicas y deportivas y por ello realiza, con el patrocinio de instituciones públicas y privadas, campeonatos deportivos y recreativos entre los que se cuentan "la organización de

campeonatos de voleibol mixto entre las diferentes instituciones del municipio".

2. Desde fines del año de 1996 la Liga de Voleibol del Caquetá, por intermedio del entrenador Efraín Forero Cañón, viene entorpeciendo dicha labor por cuanto aduce que es únicamente ese órgano deportivo el que "puede organizar estos torneos y que para yo poder realizarlos debo pagar un porcentaje de lo recaudado por concepto de las inscripciones". Como no ha satisfecho ninguna de las exigencias que se le han hecho, se ha iniciado "una campaña de desprestigio contra mí" al informarse a todas las entidades interesadas en sus servicios que su organización es ilegal.

3. Para las 4 de la tarde del 7 de noviembre de 1998, en el Polideportivo del Barrio La Estrella de Florencia, se tenía programado un campeonato entre las entidades de salud "pero este torneo no se pudo realizar puesto que la Liga de Voleibol del Caquetá ahora pasó de las expresiones verbales a las escritas con un panfleto que lo ha denominado comunicado a la opinión pública, donde recomienda a las entidades, clubes, establecimientos educativos, abstenerse en tomar parte en los campeonatos organizados por José Miguel Ortega; panfleto que ha sido entregado a la gran mayoría de instituciones del municipio".

4. La no realización del susodicho campeonato le ha ocasionado grave perjuicio económico al accionante, "por cuanto estas son actividades propias de mi trabajo y son la única fuente de ingresos con la que cuento para mi sustento personal".

FALLO DEL TRIBUNAL

Tras hacer notar que la entidad accionada es una persona de derecho privado con reconocimiento de su personería jurídica, la sentencia impugnada menciona los eventos de excepción que permiten en dicha hipótesis la acción de tutela, entre los que se encuentra, dice, la solicitud dirigida a obtener "la rectificación de informaciones suministradas por particulares", para lo cual son requisitos ineludibles que la información referida "sea inexacta o errónea" y el accionante haya reclamado previamente del particular la rectificación pertinente y este se haya negado a publicarla o lo haya hecho en condiciones que no aseguren la eficacia de la misma, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la que a continuación la corporación sentenciadora extrae los apartes que considera pertinentes.

A renglón seguido el Tribunal apunta que los presupuestos mencionados no concurren en la especie litigiosa en estudio, toda vez que la información suministrada por la entidad accionada en torno a las actividades desplegadas por el reclamante, actividades que califica de "piratas" y realizadas únicamente para "lucro personal", no tienen otro significado diferente, -a la luz de lo dispuesto por la Ley 181 de 1995 o Ley del Deporte-, a obtener que los campeonatos en mención "no están avalados por la liga de ese deporte en el

departamento", motivo por el cual concluye el sentenciador que por este aspecto el referido comunicado "no contiene una información inexacta que amerite rectificación".

En cuanto a la afirmación hecha por la entidad accionada en el sentido de que tales campeonatos son organizados para lucro personal del accionante, la corporación sentenciadora destaca que el propio peticionario de tutela ha manifestado que la "única fuente de sus ingresos" es la organización de dichos torneos, todo lo cual le lleva finalmente a denegar el amparo invocado.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante insiste en exigir protección constitucional y aduce que previamente a la presentación de la demanda de tutela, solicitó rectificación en forma verbal a la entidad accionada, "recibiendo respuesta negativa a mi petición y por lo cual considero que había agotado esta etapa quedándome como última vía la acción de tutela".

Aduce luego que la referencia que en la sentencia se hace a la llamada ley del deporte para desvirtuar que el término de "pirata" asignado a sus actividades por parte de la entidad accionada constituya actuación ilícita, no tiene relevancia "por cuanto el fallo hace alusión al deporte competitivo y la actividad que yo realicé es netamente recreativa y de utilización del tiempo libre (...), y es por esto que no se necesita del aval de la liga de voleibol del Caquetá para la realización de dichos certámenes".

Por último, el accionante sostiene que en este trámite se desconoció el debido proceso y se incurrió por ello en una causal de nulidad al proferirse la sentencia por fuera del término legal y no habérsele notificado dicha decisión en la forma que previene la ley.

CONSIDERACIONES

1.- Como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, tanto el derecho a la honra, entendido como el que tiene una persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás, como el derecho al buen nombre que constituye aspecto positivo de esa misma honra y que le atribuye a las personas prerrogativas suficientes para exigir respeto por su buena fama o imagen, están reconocidos en los artículos 15 y 21 de la Constitución Política, y ambos es preciso considerarlos como fundamentales para los fines previstos en el artículo 86 del estatuto superior.

Así pues, dentro del amplio sistema de protección de los referidos derechos, todas las personas tienen la posibilidad de pedir rectificación de las informaciones que les conciernan, suministradas por entidades públicas y privadas, de manera que si tales informaciones son erróneas o incompletas, puedan obtener que el responsable por el uso de dicha información, introduzca las modificaciones, aclaraciones o supresiones del caso, ello con el fin de preservar la vigencia integral de la privacidad individual constitucional-

mente resguardada, lo que de suyo implica reconocer y garantizar el derecho que todo individuo tiene a ejercer la soberanía sobre su propia actividad cuando ésta no rebasa en modo alguno los controles trazados para el ejercicio de las mismas.

2.- Valoradas las pruebas documentales aportadas al expediente, así como la respuesta entregada al Tribunal por la entidad accionada, se deduce que la información acerca de la actividad desarrollada por el accionante y a la que hace referencia el comunicado abierto cuyo texto puede consultarse a fl. 5 del cuaderno principal, no puede catalogarse como expresión de un ataque ilegal contra la reputación, la fama o el buen nombre de quien es aquí accionante, toda vez que allí se da cuenta de una realidad consistente en que los campeonatos de voleibol organizados por esa persona se celebran por fuera del control de la organización departamental adscrita al sistema nacional de deporte regulado por la Ley 181 de 1995, luego el calificativo de "piratas" que se le da a dichos eventos, si bien no es el más apropiado y por ende merece reproche, encierra, más que una limitante al trabajo o a la libertad para escoger profesión u oficio o un acto de imputación difamatoria de conductas particulares en cuya divulgación no exista interés social, una advertencia a las distintas empresas y clubes de la región participantes, promotores o patrocinadores en los señalados campeonatos para que conozcan con exactitud el ámbito de acción y las repercusiones de los certámenes en tal forma organizados por el accionante.

Y en cuanto atañe a la afirmación hecha en el referido comunicado, en el sentido de que esos eventos deportivos tienen como objetivo primario el lucro personal del organizador, tampoco tiene la significación a la que acaba de hacerse alusión, por cuanto con ello la entidad accionada resalta el beneficio pecuniario de orden estrictamente personal al que dichos torneos responden, por fuera de los fines y objetivos que inspiran esa misma actividad cuando se desarrolla en forma organizada o planificada por el organismo rector al que de acuerdo con la ley le compete hacerlo.

En esas condiciones, es imperioso concluir, como en su momento lo hizo el Tribunal, que la información contenida en el comunicado denunciado por el accionante no es lesiva de los derechos fundamentales al buen nombre y a la fama aducidos, así como tampoco del derecho a trabajar libremente, y por ello carece de sustento jurídico la reclamación hecha para lograr la rectificación de la cual, además, no aparece prueba alguna que acredite que antes de hacerse valer la acción de tutela, había intentado en forma directa ante la entidad accionada, por lo que no se da ninguno de los supuestos que determina la ley en orden a hacer viable un reclamo de la naturaleza del que aquí es materia de examen.

Finalmente, conviene precisar que aunque la práctica deportiva no puede ser una actividad monopolizada por entidades adscritas al Sistema Nacional del Deporte, sí es preciso que exista en dicho ámbito un control más o menos uniforme e información suficiente para el público interesado acerca

de la organización de los torneos, campeonatos y certámenes de similar naturaleza que se llevan a cabo. Por ello la propia Ley 181 de 1995 tiene definido, en el capítulo II destinado a regular los principios fundamentales en esta materia, que las entidades públicas y privadas dedicadas al fomento de la actividad deportiva y recreacional deben concurrir "de manera armónica y concertada" al cumplimiento de los fines en dicho estatuto definidos, lo que permite colegir que aunque la actividad deportiva en mención puede ser ejercida por cualquier persona, es el propio Estado, dentro del marco que la ley fija, el que determina la forma en que aquella se organiza y regula, por lo que sería importante que las partes en conflicto llegaran a un punto de acuerdo que permita a unas y a otras en este caso, sin necesidad de acudir a comunicados de la índole del que motivó la queja que a esta actuación le dio vida, cumplir sus aspiraciones y llevar a la práctica sus iniciativas de manera tal que no se llegue a perjudicar el deporte en el orden departamental o municipal.

En síntesis, por cuanto fue proferido con arreglo a derecho el fallo que es materia de impugnación, ha de recibir confirmación disponiéndose lo conducente para que dentro de esta actuación tenga lugar la fase de revisión constitucional prevista en la Carta Política, ello sobre la base de que carece de sustento jurídico la petición de nulidad elevada por el accionante, pues de haberse configurado las irregularidades que denuncia, ellas ninguna trascendencia tuvieron hasta el punto de impedirle hacer valer sus derechos procesales oportunamente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CONFIRMA el fallo de fecha veintiséis (26) de noviembre de 1998, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá).

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

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

No se suscribe la anterior providencia, el magistrado José Fernando Ramírez Gómez, por cuanto no participó en la deliberación por encontrarse en uso de permiso.

Lina María Torres González, Secretaria.

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: vulnera el derecho la providencia donde a pesar de existir acuerdo entre las partes, se condiciona la entrega de dineros embargados con los cuales se espera solucionar en parte las sumas cobradas, a la notificación del mandamiento de pago, a la existencia de sentencia y de liquidación del crédito

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Ref: Expediente No. 5799

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia de 9 de diciembre de 1998, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso de tutela promovido por el Banco Andino Colombia S. A. contra el Juez Treinta y Tres Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, el Banco Andino Colombia S.A., actuando por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del funcionario judicial mencionado, para que se le ampare su derecho constitucional fundamental al debido proceso "y se subsane el yerro en que seguramente de manera involuntaria se incurrió, y que a la vez constituye una vía de hecho, por parte del precitado funcionario judicial, en providencia de fecha septiembre 8 de 1998, mediante la cual resolvió un recurso de reposición contra providencia anterior, que negó la solicitud presentada por la parte demandante y dos codemandados, para la entrega de los dineros retenidos, con el fin de imputar a la obligación, auto que no es apelable".

Consecuentemente solicita, se ordene al funcionario judicial accionado, disponga "la entrega, en el término de 48 horas, de los dineros retenidos en el proceso mencionado, al apoderado de la entidad crediticia demandante, en la forma solicitada de consuno con los codemandados Comoderna Limitada y José Manuel Puébles Bello, a quienes se retuvieron esas sumas, para que se aplique como abono a la obligación por la cual se ejecuta".

2.- La anterior petición se apoya en los argumentos fácticos que se comprendían a continuación:

2.1.- En el Juzgado 33 Civil del Circuito de esta ciudad, cursa un proceso ejecutivo promovido por el accionante en contra de Comercial Moderna "Comoderna Ltda.", José Manuel Puentes Bello, Lisímaco Vázquez C. y Jaime Alfonso Bello Martínez.

2.2.- Una vez notificados del mandamiento de pago los codemandados Comercial Moderna "Comoderna Ltda." y José Manuel Puentes Bello, aceptaron la obligación, renunciaron a proponer excepciones, procediendo a abonar una suma superior a los cien millones de pesos.

2.3.- Con el propósito de seguir reduciendo el monto de la obligación, los precitados codemandados y el accionante solicitaron de consuno, la entrega de los dineros embargados de las cuentas Corrientes de "Comoderna S.A.", los cuales ascienden aproximadamente a la suma de \$30'000.000.00.; petición que fue negada por el Juez accionado, quien adujo básicamente, que como no estaban notificados los codemandados Lisímaco Vázquez y Jaime Alfonso Bello Martínez, amén de no haberse dictado sentencia, no procedía la entrega de dineros, por lo preceptuado en el artículo 522 del C. de P.C., y ante la posibilidad de violar el derecho de defensa de éstos codemandados.

2.4.- El accionante tilda de equivocada la decisión judicial anotada, porque según él, el proceso ejecutivo normalmente debe terminar por el cumplimiento del pago ordenado en el respectivo mandamiento. Dentro de ese entendimiento sostiene, que como lo anormal es la terminación del proceso mediante sentencia, la preceptiva contenida en el artículo 522 del C. de P.C., procede para el evento en que se presenten excepciones, es decir cuando hay contención.

2.5.- En el caso concreto lo que sucedió fue que el demandado a quien se le embargó el dinero, de consuno con el apoderado del actor, solicitaron su entrega con el objeto de seguir reduciendo el monto de la obligación, que ya fue aceptada y sobre la cual se han realizado varios abonos durante el curso del proceso, como se ha informado al juzgado accionado.

2.6.- Continúa explicando el accionante, que la entrega de dineros en un proceso ejecutivo, no es susceptible de realizarse únicamente de acuerdo a lo previsto en el artículo 522 del C. de P.C., porque en cualquier momento la parte embargada puede disponer de los dineros con el objeto de cancelar el crédito perseguido, como por ejemplo en las circunstancias previstas en el artículo 507 *ejusdem*, en una conciliación, transacción, etc.

2.7.- Alega además, que con el pago de la acreencia por parte de los demandados notificados que han aceptado la obligación, no se les viola el derecho de defensa a los codeudores no notificados, pues en realidad éstos se benefician, al exonerárseles del pago de la deuda, sin que se les haya retenido suma alguna.

3. - Enterado el accionado de la solicitud de amparo en comento, remitió al a quo copia del proceso en cuestión, prueba con apoyo en la cual éste adoptó la decisión que a continuación se resume.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras examinar el acervo probatorio concluyó el Tribunal que no procedía el amparo deprecado, toda vez que no existía la pretendida violación del citado derecho fundamental, ya que el Juez accionado actuó dentro de la órbita de su competencia.

Al respecto, éstos fueron sus argumentos:

"En efecto, se evidencia del libelo introductor, que el juzgador dentro de los límites de su competencia se pronunció buscando, previo a cualquier otra consideración, la protección de la parte ejecutada que aún no ha comparecido al proceso, lo cual, desde cualquier punto, de vista no es reprochable.

"Así, no constituye via de hecho el no acceder a la entrega de dineros por considerar que no existe coadyuvancia de los no notificados a la petición de entrega, situación que podría generar violación al derecho de defensa de los mismos, pues la decisión no desborda los límites de competencia del Juzgado, por manera que no se vislumbra 'situación de hecho' imputable a ésta, y por contera, no está el Juez de la tutela investido de facultades como para deprecia el mérito de la valoración que en torno de tales circunstancias efectuase el funcionario encartado.

"De allí, que habrá que concluir indefectiblemente que si el tema fue analizado y dilucidado al proferirse la decisión inicial y la que resolvió el recurso de reposición interpuesto en su contra, no le es permitido al Juez de la tutela entrar a revisar los razonamientos que sirvieron de punto de apoyo a la ameritada decisión, menos aún si se repara que ellos consultan, racionalmente, los criterios de interpretación de las normas y los fundamentos de orden lógico que deben preceder a la aplicación de la ley".

A lo anterior agregó que la acción de Tutela, así sea como mecanismo transitorio, no fue concebida para revivir oportunidades procesales, ni plantear controversias que no se formularon en las etapas procesales previstas en el ordenamiento respectivo, ni para intentar mejorar la interpretación que el fallador haga en torno de las normas, o la valoración probatoria, o suplir las instancias, porque ello no sólo iría en detrimento de la seguridad jurídica de los asociados sino del principio de la cosa juzgada.

Finalmente anotó, que como los presuntos vicios que tenía el proveído de 18 de agosto de 1998, fueron plenamente debatidos y dilucidados dentro del proceso, no procedía la acción de Tutela para revocar una decisión provista de la presunción de legalidad.

LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad legal el accionante impugnó la anterior decisión, sin exponer argumento alguno a manera de sustentación.

CONSIDERACIONES

1. La transgresión del derecho al debido proceso de la accionante tiene su causa en la decisión tomada por el juez accionado dentro del proceso ejecutivo promovido por aquella, contra Comercial Moderna S.A. - Comoderna S.A., José Manuel Puentes Bello, Lisimaco Vásquez C. y Jaime Alfonso Bello Martínez, mediante la cual negó la solicitud que de consuno le presentaron el ejecutante y la sociedad demandada Comercial Moderna S.A. - Comoderna S.A., de entregar al acreedor los dineros de propiedad de ésta, que fueron embargados y retenidos por petición de aquel, para que fuesen abonados al crédito cobrado.

2. Por vía jurisprudencial se le ha reconocido un carácter eminentemente excepcional y subsidiario a la procedencia de la acción de tutela frente a las decisiones judiciales, de acuerdo al cual dicho amparo sólo puede abrirse paso, cuando se establezcan dos situaciones, a saber: 1ª. existencia de una vía de hecho, y 2ª. ausencia de mecanismos judiciales para atacarla.

La misma fuente ha precisado que se incurre en vía de hecho "cuando la acción u omisión del funcionario judicial carece de fundamento objetivo, y responde más a su capricho o voluntad, que a la competencia que le ha sido asignada". Dicho en otras palabras, allora esa clase de irregularidad, cuando la decisión judicial sea el producto de la arbitrariedad del funcionario.

3. Para desestimar la solicitud incoada por la ejecutante y la sociedad demandada, el funcionario accionado argumentó, en proveído del 18 de agosto del año anterior (fl. 25), que aún no se había proferido sentencia ni se habían practicado las liquidaciones respectivas, motivaciones a las cuales aunó, en auto fechado el 8 de septiembre siguiente, mediante el cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra determinación anterior, que los demandados no habían sido notificados del mandamiento ejecutivo y que al no contar dicha solicitud con el aval de los ejecutados Lisimaco Vásquez C. y Jaime Alfonso Bello Martínez, el despacho favorable de la misma aparejaba el cercenamiento de su derecho de defensa (fls. 27 y 28).

4. Como bien se sabe, la finalidad del proceso ejecutivo estriba en la satisfacción de la pretensión del demandante, de ahí que normalmente concluya con el pago de la obligación cuya solución persigue, finalidad a la cual están ordenadas, por la misma circunstancia, las herramientas las cuales ha sido dotado por el legislador, *vr. g.*, las medidas cautelares sobre los bienes del deudor.

Ahora bien, si el deudor voluntariamente consiente en que los dineros de su propiedad que han sido afectados con una medida cautelar peticionada por el acreedor para asegurar el pago del crédito cobrado, sean entregados a

éste, para ser abonados al mismo y el acreedor, a su turno, accede, sin estar compelido a ello (art. 1649 C.C.), a recibir el pago fraccionado de lo que se le adeuda, tal convenio, además de realizar caros principios del proceso mencionado, como aquel que reclama la máxima satisfacción de la pretensión procesal del demandante, con el sacrificio mínimo del patrimonio del deudor, que desde luego se verá menos comprometido al reducirse el capital sobre el cual debe éste pagar intereses, no repugna a la regulación que gobierna el aludido proceso y fundamentalmente apunta a imprimir efectividad a la finalidad que le es esencial.

Bajo la perspectiva anterior puede afirmarse que las razones que en su momento esgrimió el funcionario judicial accionado para rehusar la entrega de dineros embargados a la sociedad ejecutada, al ente acreedor, con el fin específico de solucionar en parte las sumas cobradas, como fueron la ausencia de notificación del mandamiento ejecutivo, no haberse proferido sentencia ni haberse liquidado el crédito cobrado, tendrían plena justificación si la entrega de tales dineros correspondiese a la fase del proceso ejecutivo que disciplina el art. 522 del C. P. C., en la cual, ningún papel juega la voluntad de pago del deudor y corresponde precisamente a una etapa propia del pago forzado, originado en la resistencia del deudor a la solución de la obligación.

Por el contrario, tales argumentaciones resultan infundadas en la hipótesis suscitada en el asunto que originó el presente trámite, perfilada por la voluntariedad del pago parcial ofrecido por el deudor, con bienes de su patrimonio, admitido por el acreedor, en la cual no encuentran justificación los condicionamientos fijados por el accionado, pues es claro que tanto el pago total de la obligación como los abonos que a ella pretenda hacer el deudor, con la venia del acreedor, pueden efectuarse en cualquier estado del proceso, en tanto éste no haya llegado a la fase determinada en el art. 537 *ejusdem*.

Frente al anterior estado de cosas, no puede menos que inferirse que la resolución judicial cuestionada carece de fundamento y resulta marginada del ordenamiento jurídico, tipificando una vía de hecho que transgrede el derecho al debido proceso del accionante, pues además de no consultar las normas y principios que informan el procedimiento seguido, le irroga efectos perniciosos en cuanto lo priva del legítimo derecho de recibir el pago del crédito cuya satisfacción persigue, fin último del proceso instaurado, determinación que no encuentra sustento ni siquiera en el presunto resguardo de los derechos de los ejecutados que no coadyuvan la solicitud de entrega de tales dineros, pues además de no ser de su propiedad, ella no les veda la posibilidad de concurrir al proceso, una vez les sea comunicada la orden de pago proferida en su contra, para ejercer a plenitud la defensa de sus derechos.

Si por otra parte se tiene en cuenta que la entidad accionante infructuosamente agotó los instrumentos existentes al interior del proceso para salvaguardar sus derechos e intereses, la procedencia del amparo deviene indubitable, situación que impone revocar el fallo que lo negó.

DECISIÓN

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

1º. Tutelar el derecho al debido proceso del accionante Banco Andino Colombia S. A. y en consecuencia ordenar al juez accionado, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que reciba de esta decisión, resuelva la solicitud que de consuno elevaron la ejecutante y la sociedad demandada, Comercial Moderna S.A., alusiva a la entrega de los dineros embargados a ésta última, para ser imputados a la obligación cobrada, en la forma que legalmente corresponda.

2º. Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

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

DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE SANO, SENTENCIA DE TUTELA: 1. Se dispone la suspensión de las obras de canalización que se adelantan en predio de particular ya que afectan el medio ambiente por contaminar el cauce natural de quebrada que, aunque nace en aquel, surte de agua a predios aledaños. 2. El juez de tutela no puede ordenar la demolición de la obra porque además de carecer de elementos de juicio suficientes para evaluar la situación, las autoridades especializadas no fueron citadas al proceso y una decisión en tal sentido implicaría una invasión en la competencia de las entidades administrativas regionales

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*

Referencia: Expediente N° 5809

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala de Familia, mediante el cual resolvió conceder la tutela incoada por Ivonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura contra Alejandro Estrada Villegas.

ANTECEDENTES

1.- Los señores Ivonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura, actuando en sus propios nombres, entablaron acción de tutela como mecanismo transitorio contra Alejandro Estrada Villegas con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana, consagrados en los arts. 11, 49 y 1° respectivamente, de la Constitución Política.

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

2.1.- Relatan los accionantes que desde diciembre de 1997 el señor Alejandro Estrada inició la construcción de una casa y una represa en el inmueble de su propiedad, perjudicando con ello los predios vecinos debido a que

obstruye el cauce natural de la quebrada que corre rauda por sus terrenos e ingresa en los suyos hasta verter en las aguas del río Teusacá. Afirman también que, a falta de acueducto, las aguas de esta quebrada son utilizadas desde hace 20 años para el consumo doméstico de los moradores de la zona.

2.2.- De igual manera indican que la CAR concedió el uso de aguas a Ivonne Vélez Osorio (una de las accionantes), mediante resolución administrativa 0358 del 21 de febrero de 1995.

2.3.- Sin embargo, sostienen los interesados que desde el momento que comenzaron las obras de la represa se produjo la suspensión del abastecimiento continuo del preciado líquido, y solamente vierte el agua sobrante del estanque cuando llueve de manera torrencial y se copa su capacidad de mil 1000 metros cúbicos.

2.4.- Informan igualmente acerca de la multa impuesta al señor Estrada por las autoridades competentes del municipio de La Calera y de la CAR en materia ambiental, pero ello no ha sido suficiente para hacer cesar el daño, pues aún siguen sin acceso al agua corriente, y la que alcanza a filtrarse por entre tubos llega contaminada de óxido de hierro y otros minerales, que es perjudicial para el consumo, pues casos de enfermedades gástricas y de la piel han presentado sus hijos y empleados. Todo ello es atribuido por los quejosos a la construcción de la represa, lo que además, en su sentir, atenta contra el ambiente sano circunvecino y a la salud y la vida de los pobladores.

5.- Sostiene los peticionarios de amparo constitucional, que no obstante las exigencias perentorias hechas al ciudadano Estrada por la Alcaldía y la CAR, cumplen un año de gestiones administrativas en procura del restablecimiento de sus derechos mediante la adopción de las medidas correspondientes, pero se encuentran con la actuación dilatoria del demandado Estrada, quien aduce leguleyadas para oponerse a la demolición de la construcción inconveniente de la mencionada represa. De allí que a pesar de tener presente el tiempo que requiere el desarrollo de un proceso administrativo, les preocupa que sus derechos fundamentales sigan siendo objeto de lesión actual y de la amenaza de continuar, razón por la cual plantean la tutela transitoria, a efecto de evitar un mayor e irremediable daño. Consideran que el anuncio de las autoridades administrativas sobre imposición sucesiva de multas al infractor, no es suficiente garantía del restablecimiento de sus derechos fundamentales aducidos, pues de lo acontecido hasta el momento deducen que el propietario Alejandro Estrada pretende que no se ejecuten las órdenes de las autoridades ambientales.

FALLO DEL TRIBUNAL

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

1.- Se refiere en primer lugar el Tribunal al contenido del art. 86 de la Constitución Nacional, en el sentido de que éste dotó a los asociados de una

especialísima y excepcional acción destinada para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario, por sí o por quien actúe en su nombre, el amparo de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se estimen amenazados o vulnerados por cualquiera autoridad pública, y excepcionalmente, por los particulares, en los casos señalados en la ley. Agrega que estará a su alcance el ejercicio de ese derecho, cuando no cuente el administrado con otro medio de defensa judicial.

2.- Como quiera que las construcciones adelantadas en la propiedad del accionado dan lugar a la ofensa de los derechos fundamentales no sólo de los accionantes, sino de la comunidad, en principio cabrían contra dicha acción perturbadora las acciones populares tendientes a proteger los derechos colectivos, lo cual, al decir del estatuto de tutela, haría improcedente su ejercicio para el amparo deprecado (arts. 6 Decreto 2591/91 y 1005 C.C.). Sin embargo, los criterios de la H. Corte Constitucional expresados en distintas sentencias relacionadas con los derechos colectivos y del ambiente van más allá del tenor literal de estas normas, cuando no sólo la tutela pretende el beneficio de toda una comunidad, sino también el de una persona en particular cuyo derecho subjetivo sufre amenaza. En este evento la acción de tutela es prevalente frente a la acción popular. Los anteriores razonamientos corresponden a los derroteros señalados por la alta corporación mencionada en algunas de sus providencias, particularmente en las T-366 del 3 de septiembre de 1993, T-067 del 24 de febrero de 1993, T-092 del 19 de febrero de 1993 y T-254 del 30 de julio de 1993, de todas las cuales el fallador reproduce aportes pertinentes al tema discutido del ambiente.

3.- Pero con el fin de hacer más énfasis en el examen al derecho fundamental a gozar de un ambiente sano, consagrado en el artículo 79 de la C. Pol., aducido por los accionantes como vulnerado, esa Colegiatura acude a la jurisprudencia constitucional de reciente proferimiento; como por ejemplo, la sentencia T-092 de marzo 2 de 1995, que reitera lo dicho acerca de que el agua potable es un derecho constitucional fundamental en común con otros de igual naturaleza como la salud y la vida, quedando entonces establecido, a su juicio, la procedencia de la acción de tutela cuando con ella se persigue el amparo del medio ambiente sano, pues de él depende la salud y la vida, particularmente, de los accionantes.

4.- De otra parte, el ente judicial advierte la existencia en el expediente de las resoluciones 0358 del 21 de febrero de 1995 y 000102 del 16 de abril a 1998, expedidas por la Corporación Regional de Cundinamarca CAR, mediante las cuales, por la primera le concedió a Ivonne Vélez Osorio (accionante) el derecho a tomar para su uso doméstico aguas de la quebrada sin nombre que cursa por su predio denominado la Esperanza, y por el segundo acto administrativo, formuló cargos al señor Alejandro Estrada, propietario de las obras, en virtud de las facultades consagradas en la ley 99 de 1993, a la vez que dispuso la suspensión de la construcción, el restablecimiento del cauce natural de la quebrada e hizo reconocimiento de los accionantes como interesados legítimos en el debate del asunto. También observa el Tribunal que

la entidad ambiental expidió la resolución No. 00250 el 31 de agosto de 1998, por medio de la cual negó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución contentiva de las medidas restrictivas de sus obras; así mismo encuentra el acto expedido el 13 de noviembre de 1998 que impuso sanción pecuniaria al accionado por valor de \$4'000.000.00 por incumplir lo ordenado y sanciones sucesivas de \$11.387.600, si continúa en el incumplimiento después de 15 días.

De otro lado, el expediente muestra el informe técnico de los auxiliares médicos Gustavo Poveda y Yadira Galarza (fl.15) sobre pruebas de laboratorio que confirman que las aguas corrientes de la quebrada utilizadas para el consumo humano y doméstico de la vereda son distintas a las recogidas de las mangueras de captación provenientes directamente del vertedero artificial o desagüe del estanque construido en el inmueble del señor Estrada. Y además contiene la decisión de mayo 2 de 1998 emanada de la Alcaldía Municipal de La Calera, por la cual impone al accionado y a la señora Paola Turbay multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales por haber construido una casa en su propiedad sin la licencia que debe expedir la Alcaldía, por tal razón ordenó la demolición del dique, estanque, ojo o depósito de agua, y les previene de ser sancionados hasta por 200 salarios mínimos mensuales de incurrir en incumplimiento de la orden.

5.- Hecho el análisis pormenorizado del asunto, incluida la inspección judicial practicada del magistrado ponente al lugar de los hechos, el Tribunal dice que es innegable el perjuicio causado a los vecinos con la construcción de la represa, particularmente a los señores Vélez y Borrero, los accionantes, pues ello, en su momento, fue visto también como irregular por las autoridades ambientales del Municipio y de la Corporación Regional de Cundinamarca, pues las obras privaban de agua potable a los pobladores de los predios circunvecinos, en abierta infracción ilícita del derecho fundamental a un ambiente sano que involucra directamente los derechos a la salud y a la vida.

Ahora, el decir del Tribunal es que el ejercicio que hizo el accionado del derecho de propiedad debía cumplir ciertas premisas referidas al entorno ecológico, en el sentido de la prevalencia que tienen los derechos de la comunidad frente al individual, materializado en el capricho o abuso de cambiar el rumbo natural de las aguas y la forma de su aprovechamiento de un bien de uso público, como lo es el agua de la quebrada sin nombre de que viene habiéndose (arts. 80 Decreto 2811, de 1974 y 5º Decreto 1541 de 1978), lo cual vulnera los derechos constitucionales fundamentales aducidos.

6.- Finalmente, esa Corporación manifiesta que en el presente caso no existe mecanismo judicial de defensa diferente de la acción de tutela para buscar el cumplimiento de la ley.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra particulares, como es el caso en comento, afirma que, de acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la situación fáctica le hace presumir el estado de

indefensión en que se encuentran los accionantes para proteger sus derechos fundamentales ante quién ha dado muestra de desacato del mandato de las autoridades por poner fin a la privación injusta que hoy soportan al carecer de agua potable.

IMPUGNACIÓN

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

1.- En primer término, el abogado de la accionante endilga al fallador de tutela la aplicación errónea de las normas relativas a la pertinencia de la acción de tutela contra particulares para resolver asuntos litigiosos.

Así mismo señala que la accionante Vélez ocultó información importante para las resultas del proceso, con lo cual compromete la legalidad y se impone la revocatoria del fallo.

2.- En segundo lugar, aduce el recurrente que existen motivos para la improcedencia de la presente acción de tutela, porque "los accionantes no tienen un derecho cierto e indiscutible configurado sobre las aguas que pasan sobre el predio de Alejandro Estrada" (fl. 97). Agrega a lo anterior que una de las personas interesadas en la concesión de aguas recibida de la CAR ocultó manifestar la condición impuesta por la autoridad y que tenía que ver con la disposición "a la aprobación de unos diseños y memorias técnicas de las obras de captación", que aún no han sido presentados ni mucho menos aprobados, por lo que fuerza concluir que la beneficiaria no tiene derecho a captar el agua en razón de su incumplimiento.

De lo anterior concluye que la resolución 0358 de 1995, solamente constituye el principio de un proceso que no tuvo desarrollo para configurar el derecho de Ivonne Vélez a captar agua. Sostiene que el día en que instauró la demanda de tutela, la peticionaria aún no había dado cumplimiento a la mentada resolución de la CAR, es decir, no había satisfecho las cargas impuestas por esta entidad. De allí que insista en la irregular apreciación del Tribunal, ya que reconoce a los accionantes el derecho que todavía no tienen.

3.- En tercer lugar, el profesional no duda que "los accionantes tienen su derecho configurado sobre un agua distinta a la que discurre sobre el predio del accionado", pues dice que así quedó demostrado dentro de la denuncia penal por usurpación de aguas que promovió la señora Vélez en contra de su representado, ya que en inspección judicial se probó la existencia de acueducto veredal al que puede acceder la accionante, esto es, que tiene posibilidad de ejercer su derecho sobre dicho acueducto.

4.- En cuarto lugar, su discrepancia del fallo la hace radicar en la calidad de particular que tiene su representado, quién, por regla general no es destinatario de la acción de tutela, además de no estar probadas las causales del ley para hacerla pertinente, pues no prestan ningún servicio público.

5.- En quinto lugar, tampoco advierte que tenga cabida la responsabilidad atribuida a su procurado de haber contaminado el agua proveniente de la quebrada, ni que a raíz de esa presunta contaminación abunden las enfermedades gástricas y de piel en los moradores de la región, pues el enrarecimiento de las aguas se presenta antes de llegar al inmueble del señor Alejandro Estrada, su representado, pues tal afirmación, en concepto del abogado, tiene sustento en el informe de la CAR (fs. 104 y 105).

6.- Reafirma su punto de vista sobre la inviabilidad de la presente acción de tutela, por la existencia de medio judicial de defensa con que cuentan los accionantes; mas aún, anota que ya la Fiscalía se pronunció en relación con este asunto en contra de uno de los accionantes, esto es, la denunciante Ivonne Vélez.

7.- Otra razón de discrepancia que tiene el apoderado judicial del accionado, consiste en afirmar que "la fuente de agua que cruza el predio de Alejandro Estrada no es útil para el consumo humano ni es corriente permanente", lo que dice probar con los testimonios de Daniel Bautista, vendedor del lote a su representado, y de Alvaro Borrero, vecino del inmueble de más de diez (10) años, rendidos ante la Fiscalía.

8.- En el mismo sentido se refiere a las pretensiones de la demanda de tutela, las cuales no tienen pertenencia dentro de esta excepcional y preferente acción, por tratarse de asuntos litigiosos propios del conocimiento de las autoridades competentes. De suerte que la sentencia impugnada usurpa competencia del funcionario administrativo que actualmente tiene a su cargo el proceso, asegura el apoderado judicial.

9.- De otra parte, el carácter transitorio que se alude en la demanda por el supuesto perjuicio irremediable, en concepto del abogado, no tiene justificación, por que realmente el daño irremediable no ha existido, no es actual ni inminente. Tampoco es cierto que se afecte el derecho al mínimo vital del servicio de agua, ya que los accionantes cuentan con otras fuentes, y, además el reservorio no se ha secado con ocasión de la construcción de la represa. Por lo demás, el recurrente reitera la posibilidad de que los interesados acudan en busca de otras medidas que remedien el problema.

CONSIDERACIONES

1.- Tiene sentado esta Corporación que la acción de tutela solo resulta procedente para obtener el amparo de un derecho colectivo como el derecho al medio ambiente sano, cuando, además de serlo de manera individual, se reúnan los demás requisitos para ser procedente.

1.1.- En efecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional en el sentido de que como quiera que la acción de tutela es un medio de protección de los derechos constitucionales individuales lesionados o amenazados, y la acción popular, los protectores de los diferentes derechos de la colectividad cuando son afectados; aquella solamente

resulta procedente respecto de afectación a derechos colectivos únicamente cuando en forma inmediata y directa también lesiona o amenaza derechos constitucionales fundamentales concretos de los individuos o grupos determinados.

Pero, además de lo anterior, se hace necesario que esa afectación mediante lesión o amenaza de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, provengan de una acción u omisión ilegítima de una autoridad pública o de los particulares en los casos de ley, y que no exista medio de defensa judicial o que, teniéndolos, sea necesario precaver un perjuicio irremediable.

1.2.- De allí que, por lo general, de la protección de estos derechos al ambiente sano y similares también dependa el amparo de los derechos constitucionales individuales, por lo que, entonces, de dichas protecciones se encuentran encargados directamente los propios particulares en forma voluntaria, y, en su defecto, por parte del Estado en apoyo a la comunidad. Pero es al Estado a quien se le otorga la responsabilidad de otorgar esa protección en diferentes instancias, entre las cuales cabe mencionar las siguientes: Inicialmente corresponde la mencionada protección a las autoridades ambientales, mediante la regulación, intervención individual (vg. por medio de permisos, licencias, concesiones, etc.) y función controladora (con multas, suspensión, cierres, demolición y decomiso) de lo pertinente del medio ambiente sano y demás derechos individuales relativo a este último, de acuerdo con la ley (art. 83, ley 99 de 1993). Y posteriormente, también se le atribuye a las autoridades judiciales y otras administrativas, la protección correspondiente mediante las acciones populares civiles y administrativas previstas en la legislación ambiental (art. 210 del D. 1541 de 1978 y ley 99 de 1993), las acciones de cumplimiento forzado de leyes y la expedición de otros actos administrativos (art. 77, ley 99 de 1993).

De allí que habiendo medios de defensa administrativos y judiciales de protección de estos derechos colectivos y consecuencialmente de los derechos individuales, por lo general no procede la acción de tutela. Lo uno, porque habiendo autoridades especializadas a quienes, por la complejidad del asunto, se le asignan su protección inmediata, lo lógico es que se acuda a estos medios, tanto más cuanto, por su especialidad e infraestructura, resultan más idóneas, efectivas y oportunas que otras medidas judiciales. Y lo segundo, por que existiendo los medios judiciales ordinarios mencionados, a ellos también debe acudir en forma principal, siendo por tanto improcedente la acción de tutela. De allí que esta solamente pueda resultar viable cuando, a pesar de la existencia de aquellos medios de defensa, sea necesario precaver un perjuicio irremediable, tal como sucedería con el riesgo a la salud producidos con acciones u omisiones ilegales de los particulares o de la autoridad pública, en este caso en materia de aguas, que sea necesario precaver.

2.- Entra ahora la Corte al estudio de la presente impugnación.

2.1.- En esta ocasión se trata de una acción de tutela de Ivonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura, contra Alejandro Estrada Villegas, para solicitar el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad.

2.1.1.- Estiman los demandantes que el accionado vulnera tales postulados con la construcción de una represa en el inmueble vecino al suyo, dado que las aguas utilizadas para dicha obra provienen de una quebrada natural que corren por varios predios, y de las cuales desde hace mucho tiempo se surten para el consumo humano y doméstico todos los moradores de la vereda por falta de acueducto. Dice igualmente uno de los quejosos que cuenta con la concesión del uso de aguas otorgada por la CAR, según resolución 0358 del 21 de febrero de 1995. A pesar de ello, desde el momento en que se produce el represamiento de las aguas en el inmueble del señor Alejandro Estrada, el agua que llega a sus mangueras de captación presentan contaminación por el óxido de hierro y otros minerales que les causa enfermedades gástricas y de la piel a sus hijos y empleados. Informan también que no ha sido posible obtener la solución al problema, no obstante la intervención de las autoridades administrativas ambientales de la CAR y de la Alcaldía Municipal de La Calera, porque el accionado se opone con leguleyadas y mientras tanto el daño a la salud y al ambiente continúa.

2.1.2.- El Tribunal accedió a tutelar los derechos fundamentales al ambiente sano, a la salud y a la vida de los señores Vélez y Borrero, y ordenó que el señor Alejandro Estrada Villegas demuela la represa y restituya el cauce natural de la quebrada, para lo cual le concedió un plazo de 60 días; a la vez le advirtió que el incumplimiento le acarrea las sanciones previstas en el art. 52 del Decreto 2591 de 1991, porque encontró evidencias sobre el quebranto de los derechos aducidos, según se desprende de la diligencia de inspección judicial practicada al predio donde se construye el estanque de aguas provenientes de la quebrada.

2.1.3.- En cambio, el apoderado judicial del accionado, en su impugnación, manifiesta que los señores Vélez y Borrero no tienen un derecho cierto e indiscutible sobre las aguas que pasan por el predio de Alejandro Estrada, su representado. Reconoce que tienen un derecho configurado solamente sobre aguas distintas a la que discurre sobre el predio de su procurado. Llama la atención sobre la ocultación de información que la accionante hizo en esta demanda de tutela.

Considera que el señor Alejandro Estrada es un particular contra quien no procede la acción de tutela, por no desempeñar ningún servicio público. De otra parte, afirma que no puede endilgarse al accionado responsabilidad alguna sobre la contaminación de aguas que han pasado por su predio, pues dicho enrarecimiento se presenta antes de llegar a éste.

Aduce que para la solución de dicho conflicto existen medios de defensa judicial distintos de la acción de tutela, pues la impetrada apunta a resolver cuestiones litigiosas. Acota que la sentencia de tutela usurpa las competen-

cias propias de los funcionarios administrativos que actualmente conocen el proceso.

El recurrente hace reparos al carácter transitorio dado al amparo solicitado, en razón a que no existe perjuicio irremediable que los justifique, pues lejos está la configuración de las causales de daño actual e inminente que se alega.

2.2.- Hecho el anterior resumen procede la Corte al estudio correspondiente.

2.2.1.- En primer lugar, precisa la Corte que en la actuación que dio origen a la tutela han intervenido ciertas autoridades administrativas, con actuaciones y ejecuciones aún pendientes.

2.2.1.1.- En efecto, encuentra la Sala que la Alcaldía Municipal de La Calera que ordenó sancionar con multa a favor del Tesoro Municipal, equivalente a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes a los señores Alejandro Estrada y Paola Turbay Gómez, en calidad de propietarios del predio rural ubicado en la vereda El Hato, por haber adelantado construcción de vivienda sin licencia de construcción, e impuso igualmente sanción consistente en demolición de obra de manera total del muro que sirve de dique o depósito de aguas construido en el mismo inmueble de que son propietarios los señores Estrada y Turbay, advirtiéndoles de la obligación de demoler la obra señalada en el término fijado, so pena de hacerse acreedores de multas sucesivas entre 30 y 200 salarios mínimos mensuales. De esta providencia, la administración local dio traslado a la CAR seccional Zipaquirá y aviso a la Tesorería Municipal, a la Personería Municipal y a Planeación de La Calera (fls. 12 y 13).

2.2.1.2.- Así mismo, aparece que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca ordenó imponer al señor Alejandro Estrada Villegas una multa equivalente a la suma de 4.000.000.00 de pesos, advertir al ciudadano Estrada que su incumplimiento a lo ordenado dentro del término señalado en la providencia, incurrirá en multas sucesivas hasta por valor de \$11.387.600.00, cada una mientras permanezca en rebeldía. Igualmente le comunica que para realizar cualquier actividad con los recursos naturales renovables y del ambiente, debe solicitar permiso y/o autorización ante la autoridad ambiental competente, sin que ninguno de los dos actos hubiere sido cumplido en concreto.

2.2.1.3.- Sin embargo, advierte la Corte que como la acción de tutela *sub examine*, no va dirigida contra dichas autoridades, el fallo de primera instancia no solamente así lo entendió sino que tampoco hizo pronunciamiento alguno sobre el particular, razón por la cual la Corte también se abstiene de hacerlo, que, por lo demás, tampoco ha sido reclamado en la impugnación.

2.2.2.- Pues bien, analizadas la acción del demandante y la impugnación del particular demandado, observa la Corte que tan solo le asiste razón al Tribunal en la amenaza que a la salud y a la vida hace el accionado con la construcción y represamiento de aguas.

2.2.2.1.- Esa amenaza de los mencionados derechos constitucionales fundamentales obedece a que ciertamente aparece acreditado que el propietario del predio construyó un estanque de aguas provenientes de la quebrada sin nombre que corre de forma natural por su finca, obstruyendo con ello la provisión del líquido potable a los habitantes de los lotes vecinos que dicen utilizarlo para el consumo humano y doméstico desde hace 20 años, el cual actualmente llega con intermitencias y contaminado de óxido de hierro y de otros minerales que producen malestares gástricos y de la piel a sus hijos y empleados. En efecto, sobre la afectación al medio ambiente sano y sus consecuencias aparecen pruebas incontrovertibles que así lo revelan. El memorando No. 377 dice que las construcciones del accionado causarán alteración de las condiciones naturales y del paisaje y provocarán "temor entre los vecinos localizados aguas abajo, debido a la incertidumbre en cuanto a la estabilidad del dique de represamiento" (fl. 17). De igual manera aparece acreditado en la inspección judicial que "el señor Borrero manifestó que el agua de la mencionada corriente la utiliza para el servicio de la casa con excepción del consumo humano por cuanto no se trata de agua potable, porque se contaminó con la represa, pero antes sí podían consumirla, ahora para el consumo tiene el agua de Bogotá" (fl. 51). Y esa es la misma conclusión de la Fiscalía ante el Juez Promiscuo Municipal de la Calera, cuando dice: "Se desprende entonces que los testimonios de los vecinos y anteriores propietarios desvirtúan lo afirmado por la quejosa y su cónyuge respecto a la construcción de reservorio teniéndose además que si bien es cierto las aguas de Alejandro Estrada salen presumiblemente contaminadas de sedimentos fecales y de algunos elementos químicos que le dan ese color cobrizo también es cierto que antes de llegar las aguas al reservorio de Estrada es decir dentro de los terrenos de Amparo Vargas, éste despacho observó aguas de color cobrizo plateado con estiércol abundante de ganado mientras que dentro del predio del sindicado no se observaron animales que estuviesen contaminando el agua y por el contrario sí abundante vegetación que la protege" (fl. 140).

Luego aparece claro que por acción unilateral del accionado se ha producido la afectación al medio ambiente sano, y como consecuencia de ello se ha afectado a los demandantes y a otros moradores, de una parte, en la supresión de la posibilidad de aprovecharse de las aguas, incluso para el consumo humano, derecho este concreto que le impide su disfrute y que es independiente de la existencia de acueducto de Bogotá y de la titularidad que se tenga sobre los predios. Y de la otra, porque con aquel deterioro de las aguas represadas por el accionado, también se amenaza la salud de las personas y animales que empleen sus aguas contaminadas, lo cual no deja de serlo por la preclusión penal, pues, como ahora se repite, tal riesgo de contaminación y deterioro de la salud fue generado o, por lo menos incrementado, por el represamiento de aguas atribuida y reconocida por el accionado. A todo lo cual se le agrega el temor de los vecinos, incluyendo a los accionantes, por la estabilidad de las construcciones.

Siendo así las cosas y no teniendo razón el accionado en la impugnación en este punto, se hace pertinente dar protección a tales derechos, mediante la orden al accionado de que suspenda las obras, actividades y comportamientos que están arriesgando la salud de los accionantes, dando inmediato traslado a las autoridades administrativas competentes, como son la Alcaldía Municipal de La Calera y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, para que, de acuerdo con su competencia, adopten las medidas que estimen legalmente pertinentes.

2.2.2.2.- Pero, en cambio, no comparte la Sala la conclusión del Tribunal en el sentido de que la medida de amparo sea la de ordenar la demolición de la obra, es decir, la represa construida, y la restitución del cauce de la quebrada puesto que, además de no ser cierto que las autoridades administrativas no hayan intervenido en el asunto, no puede el Juez de tutela sustituirlas, ni interferir en su actuación, tanto más cuanto la acción de tutela no va dirigida contra ellos.

En efecto, dentro de las intervenciones administrativas, relativas a las construcciones ilegales de represamiento de aguas, lo dicho por la Alcaldía Municipal mediante decisión de fondo de imposición de sanciones urbanísticas por construcción sin licencia en el predio rural de propiedad de los señores Alejandro Estrada y Paola Turbay, por queja presentada por la ciudadana Ivonne Vélez Osorio. E igualmente, lo hecho por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, en lo que señala que el accionado Alejandro Estrada Villegas no ha cumplido con la imposición de las obligaciones señaladas en la resolución 102 de 1998, razón por la cual le impone una multa equivalente a 4.000.000.00 de pesos y lo previene sobre el incremento de la misma por incumplimiento. Así mismo le llama la atención sobre la obligación que le cabe de solicitar permiso y/o autorización de la entidad ambiental competente para poder adelantar cualquier actividad relacionada con los recursos naturales renovables y del ambiente.

Sin embargo, en el desarrollo de estas intervenciones administrativas si bien encuentra la Sala que en algunas de ellas ha existido pronunciamiento provisional o definitivo sobre la conservación o demolición de la construcción del represamiento, no lo es menos que no aparece acreditado en otras que haya existido la ejecución de ello, lo que muestra que tales actuaciones se encuentren pendientes dentro del trámite investigativo correspondiente, sin que, como antes se dijo, pueda procederse contra dichas autoridades administrativas, porque éstas no son las accionadas.

Pero aún así tampoco se abre paso la acción de tutela: De una parte, porque el juez de tutela no puede sustituir a dichas autoridades en las investigaciones adelantadas, ni interferir o anticiparse a ellas, tal como arriba quedó expuesto. Y de la otra, porque sobre la aparente o dilatada inacción de las autoridades administrativas que instrúa el demandante, tampoco puede pronunciarse el Juez de tutela por no haberse adelantado la acción contra ellas. Además, la intervención de dichas autoridades resulta más necesaria,

en este caso, no solo por su especialidad y mayor posibilidad de elementos de juicio para evaluar la situación, sino también porque de ellos en este momento tampoco dispone el Juez de tutela.

2.3.- En consecuencia, el fallo se modificará para disponerse lo del caso.

DECISION

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

1.- Confirmar el numeral primero del fallo en el sentido de tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida de los señores Ivonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura.

2.- Revocar los demás numerales del mismo y, en su lugar, disponer:

a). Ordenar al recurrente Alejandro Estrada Villegas para que inmediatamente se abstenga y suspenda las obras de construcción de la represa o estanque utilizando las aguas provenientes de la quebrada que corre por el predio rural de su propiedad, ubicado en la vereda El Hato del Municipio de La Calera, las actividades de captación de aguas y desvío de las mismas por ductos de hierro y los actos que arriesguen los derechos anteriormente tutelados, y ejecute las obras ordenadas por la ley y las autoridades administrativas a que alude la parte motiva de esta providencia.

b). Remitir copia de esta providencia a la Alcaldía Municipal de La Calera y a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, para que disponga lo pertinente en relación con esta sentencia.

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

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

Cúmplase.

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

Santafé de Bogotá, tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La presente providencia no la suscribe el Magistrado doctor José Fernando Ramírez Gómez por cuanto no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en uso de permiso.

Lina María Torres González, Secretaria.

DERECHOS DEL MENOR ADICTO: vulnera el derecho la entidad departamental que niega tratamiento de rehabilitación al menor con el argumento de la inexistencia en el departamento de programas institucionales dirigidos al adolescente adicto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta

Referencia: Expediente N° 5830

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala de Familia, mediante el cual resolvió denegar la tutela incoada por L. J. contra la Gobernación del Departamento del Huila y el Municipio de Neiva.

ANTECEDENTES

1.- El señor L. J. entabló acción de tutela contra la Gobernación del Departamento del Huila, el Municipio de Neiva y las Secretarías de Salud y Educación, con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, la salud y la educación, consagrados en los arts. 11, 49 y 67 respectivamente, de la Constitución Política.

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

2.1.- Expresa el accionante que es consumidor de drogas estupefacientes desde hace más de dos años y que desea superar esta grave adicción que no solo afecta su vida personal, sino que constituye un flagelo universal. Pero tal aspiración de convertirse en el día de mañana en hombre de bien, toda vez que es menor de edad, no es posible en la ciudad de Neiva, ya que no existe un centro de rehabilitación destinado expresamente a este noble fin; piensa que hace falta la mano o voluntad del Estado en la promoción de políticas de educación social, familiar e integral de toda la población para entender este doloroso problema e inculcar normas de conducta tendientes a superarlo.

2.2.- El joven accionante afirma que el tratamiento de su patología ha consistido en su reclusión en condiciones de promiscuidad con menores delincuentes sindicados de homicidio, hurto, violación, etc., lo cual es nefasto para el menor adicto, pero sano frente a estas conductas, porque es inducido a adquirirlas.

Recuerda las palabras de un ex-ministro de justicia refiriéndose a los aislamientos en los centros de readaptación; por ello reclama del Instituto de Capacitación Juvenil un comportamiento acorde con estos lineamientos. Así mismo, el peticionario plantea la posibilidad de ser trasladado e internado en el Centro de Rehabilitación de Menores La Linda de la ciudad de Manizales, con el fin de lograr, en compañía de su hermano, la recuperación de su estado de salud mental.

FALLO DEL TRIBUNAL

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

1.- Comienza por precisar el Juez constitucional que el accionante está evadido del establecimiento de rehabilitación "Instituto de Capacitación Juvenil de Neiva", donde fue recluido por orden del Juzgado Primero de Menores de esa ciudad; de tal manera que encuentra en curso un proceso dentro del cual corresponde al juez natural resolver sobre el particular, vale decir, respecto de la ubicación del menor en una institución de rehabilitación distinta. Así las cosas, considera el fallador que el campo de acción para el juez de tutela, en casos como el aquí planteado, es casi inexistente por estar legalmente impedido para interferir los actos de los funcionarios jurisdiccionales. Además, no observa arbitrariedad o abuso en el ejercicio de la actividad judicial del despacho.

2.- Por otra parte el Tribunal estima adecuado a la situación del paciente el ofrecimiento que le hace la institución de ser tratado en una comunidad terapéutica que este no ha aceptado, de acuerdo con lo que observa en el seguimiento hecho a su historia clínica por el equipo técnico en junio 9 y noviembre 17 de 1998; a lo anterior se suman las constantes evasiones del menor del Centro formativo, según consta en el informe de seguimiento rendido por dicha casa de rehabilitación. Por las razones anteriores desestima la solicitud de amparo constitucional presentada, por no estar acreditados serios motivos para acceder a ella, cuales serían, por ejemplo, la vulneración del derecho fundamental a la salud que, en su concepto, no aparece estimable, ni ningún otro derecho fundamental que amerite la protección.

Aprovecha la ocasión para recomendar al accionante y a las directivas del "Instituto de Capacitación Juvenil de Neiva", adelantar sus gestiones para vincularse a los programas de rehabilitación de fármaco-dependientes que a partir de enero del presente año funcionará bajo los auspicios de la "Fundación Hogares Claret", la cual preside la primera dama del Departamento.

IMPLUGNACIÓN

El accionante manifiesta su inconformidad con la sentencia de tutela.

CONSIDERACIONES

1.- Tiene sentado esta Corporación que los menores, incluyendo los dependientes de sustancias alucinógenas, si cumplen las condiciones pertinentes, pueden acudir a la acción de tutela para obtener el amparo que permita su oportuna protección.

1.1.- En efecto, ciertamente la Carta Política no hace distinción en cuanto al titular la acción de tutela, cuando la consagra como mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales que fuesen lesionados o amenazados por las acciones u omisiones ilegítimas de autoridades públicas (o de los particulares, en los casos de ley) y también se carezca de medios de defensa o, teniéndolos, sea necesario precaver un perjuicio irremediable (art. 86 C. Pol.). Por ello dicha titularidad no solo comprende a cualquier persona, natural o jurídica, sino que también la hace especialmente viable en favor de los menores, en sus diferentes categorías, como son los bebés, los preescolares, los escolares, los adolescentes y los jóvenes (arts. 44, 67 y 45 C. Pol.).

1.2.- De allí que si los adolescentes y los jóvenes gozan, como todo menor, de los derechos constitucionales a la salud y a la protección como garantía de "su desarrollo armónico e integral y ejercicio de sus derechos" (art. 44, incs. 1° y 2°; C. Pol.), y también disfrutan, como menores especiales, del derecho a una "protección" particular (art. 45 C. Pol.), hay que concluir que cualquiera de los sujetos obligados a su amparo constitucional, como también lo es el Estado, pueden mediante acciones u omisiones ilegítimas vulnerarles o amenazarles tales derechos, y si no hay medio de defensa judicial (que generalmente lo hay) o, habiéndolo, sea necesario precaver un perjuicio irremediable, se hace entonces procedente la acción de tutela para el logro de su amparo.

1.3.- Por tal motivo, todo menor, particularmente el adolescente y el joven, que encontrándose en situación irregular en su atención, desarrollo y salud, requiere una medida de protección que lo ampare, es imperativo constitucional otorgárselo según la necesidad de protección. Y esta última puede ser: La medida de protección de atención en un Centro de atención integral, cuando se trata de menor en estado de peligro o abandono (arts. 82 y 83 del C. Menor); o la de medida de protección correspondiente para el menor infractor, una de las cuales puede ser la de ubicación en una institución abierta, cerrada o semicerrada (art. 204 del C. del Menor); y/o la de rehabilitación especial pertinente, cuando se trata de menores adictos a sustancias que produzca dependencia (arts. 239, SS del C. Menor), a pesar de que en este último caso se trate también de menores infractores de la ley penal (art. 211 del C. Menor). Por consiguiente, cuando el Estado no asume o cumple

ilícitamente con la protección debida, con ello consecuencialmente lesiona o amenaza el derecho que tiene el menor a su rehabilitación, esto es, del derecho que tiene el menor adicto a restablecer las posibilidades de un desarrollo armónico y acertado. Por esta razón, en tal evento se hace procedente entonces el amparo constitucional al menor adicto. Y tal amparo se hace no solo imperativo sino, más aún, toma el carácter de urgente. Porque si el mero transcurso del tiempo en un menor adicto, conduce a que ese menor aumente en su edad a tal punto que pueda dejar de serlo, se hace entonces imperativo que reciba la protección oportuna correspondiente. Y si a ello se le agrega que con dicho transcurso también existe la posibilidad del agravamiento de la adicción, también surge como consecuencia lógica de rechazar la protección oportuna antes que el tratamiento de rehabilitación resulte más difícil o ineficaz por dicho agravamiento. Por consiguiente, en tal evento se abre paso la acción de tutela, desde luego, reitérase, si se dan las demás condiciones antes mencionadas.

2.- Desciende la Corte al estudio de la presente acción de tutela.

2.1.- En esta ocasión se trata de una acción de tutela de L. J. contra La Gobernación del Departamento del Huila, el Municipio de Neiva y las Secretarías de Salud y Educación, para solicitar el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la educación, porque considera que los accionados no le brindan la protección adecuada para su recuperación y rehabilitación de su salud y comportamiento social, como drogadicto que confiesa ser. Hace saber que el Centro de Rehabilitación en que se encuentra recluso por orden del Juzgado Primero de Menores de Neiva, no reúne las condiciones de institución rehabilitadora. Allí se encuentran hacinados menores delincuentes, por eso plantea su deseo de ser enviado en compañía de su hermano al Centro de Rehabilitación La Linda de Manizales.

2.1.1.- El Tribunal no accedió a lo pedido, porque estima que no tiene facultad para decidir la pretensión del quejoso, dado que este está involucrado en un proceso que es conducido por el juez natural, y corresponde a ese funcionario resolver sobre el particular, valga decir, si concede o no la reubicación y traslado del accionante a una institución de Manizales. Tampoco advierte que las actuaciones adelantadas por el funcionario judicial y por las administrativas sean abusivas o arbitrarias para entrar a contenerlas mediante la acción de tutela.

Recomienda tanto al Centro de Capacitación Juvenil de Neiva como al menor accionante, su vinculación a los programas de rehabilitación de farmaco-dependientes que iniciará actividades en el mes de enero de 1999, bajo la orientación de la "Fundación Hogares Claret", presidido por la señora esposa del Gobernador del Departamento.

2.1.2.- En cambio, el accionante, en su impugnación, manifiesta que no comparte la decisión del Juez de Tutela.

2.2.- Teniendo en cuenta lo dicho, encuentra la Corte que está llamada a tener éxito la tutela, pero en la forma como más adelante se indica.

2.2.1.- En efecto, el Tribunal acierta en cuanto reconoce que el menor L. J., es un menor adicto y dependiente de sustancias sicotrópicas y en que, por haber sido sentenciado por el Juzgado Primero de Menores de Neiva por la comisión del punible de hurto calificado, se encuentra amparado por protección en el Instituto de Capacitación Juvenil de Neiva; pero también admite que en esta institución "no hay un programa de rehabilitación para drogadictos". E igualmente acepta el Tribunal que el menor accionante rechazó "la consecución de un amparo en la comunidad terapéutica Nuevo Amanecer de Marizales (fl. 60) basándose en la historia clínica (fls. 38 y 41).

Sin embargo, en lo que desacierta el a quo es en no haber visto que en tales antecedentes se predican de la evaluación de seguimiento hecho en junio 9 y noviembre 17 de 1998, y que la solicitud de tutela tiene fecha 1º de diciembre del mismo año (fls. 38, 41 y 5), y en no haber tenido en cuenta que siendo las medidas de protección "beneficios para desarrollo integral y armónico del menor" (art. 44, Inc. 2; C. Pol.) y por tanto modificable en cualquier momento en beneficio del menor (art. 216 C. Menor), ha debido tener en cuenta que, por lo menos, al momento de la solicitud, cambió su interés y voluntad en sentido positivo hacia la aceptación de la rehabilitación de la drogadicción.

2.2.2.- De allí que no sea lógica la conclusión del Tribunal en cuanto a la no protección de los derechos del menor.

2.2.2.1.- En primer lugar, porque no resulta de recibo la razón de que estando involucrado el menor en un proceso judicial, el funcionario competente para el amparo sea exclusivamente el juez natural y no el de tutela. Puesto que, aún admitiendo la existencia de este proceso, que no está a cargo del Juez Segundo de Menores (tal como lo indica su certificación del 4 de diciembre de 1998), lo cierto es que la medida de protección provisional o definitiva que debió decretar en favor del accionante, como menor infractor de la ley penal por el sujeto menor adicto, si bien tiene competencia para hacerla cumplir, lo cierto que quien debe hacerlo son las instituciones encargadas de esa función, que, en el caso *sub examine*, son los accionados. Luego, si éstos no lo han hecho vulnerando así los derechos de rehabilitación del menor, la urgencia de su amparo, debido al riesgo de la irremediabilidad del perjuicio del menor, permite concluir, como arriba quedó expuesto, que, aún a pesar de la existencia y efectividad de medios judiciales, también corresponde al juez de tutela proteger el derecho del menor lo antes posible, por lo que desacierta el Tribunal al decir lo contrario.

2.2.2.2. En segundo lugar, tampoco encuentra la Sala que se ajuste a la Carta Política la negación de la protección de la rehabilitación del menor con fundamento en la ausencia de programas institucionales de rehabilitación de jóvenes farmaco-dependientes, porque, dado el principio de materialidad que oriente dicha protección en los menores, es el propio Estado quien debe

encargarse que ella se cumpla para que se haga efectivo, disponiendo lo concerniente para ello. De allí que tal argumentación, además de ser inaceptable dentro del deber constitucional de disponer de los medios, para garantizar los derechos fundamentales a la rehabilitación, tampoco constituye razón alguna para dejar de darle ilícitamente la protección al menor.

2.2.2.3.- En tercer lugar, tampoco encuentra admisible la Sala que para la negación del amparo solicitado se hubiese sustentado en el hecho de que, en un momento dado, el menor rechace los tratamientos que existan o se le ofrecen. Porque no es razón válida para dejar de suministrarlos conforme lo recomienda el equipo técnico, pues si son programas establecidos en beneficio del menor, ellos ciertamente suelen cumplirse teniendo en cuenta el asentimiento del menor. Pero tal recomendación en manera alguna exonera a la entidad correspondiente a no aplicar el programa y dejar sin protección al menor adicto, porque legal y constitucionalmente, el programa mismo debe indicar el procedimiento adecuado para los casos de rechazo o resistencia, a fin de lograr de esta manera (vgr. con asistencia social, psicológica, psiquiátrica o de otra índole) que el menor con adicción pueda recibir el tratamiento correspondiente que lo beneficia en su desarrollo.

2.2.2.4.- Pero aun dejando de un lado este aspecto del rechazo, lo cierto es que la sola diferencia de tiempo que puede observarse entre la primera y segunda evaluación del menor (9 de junio y 17 de noviembre de 1998) con la fecha (1º de diciembre de 1998) de presentación de la solicitud de tutela (fs. 36, 40 y 5), demuestran por lo menos un cambio de actitud en el menor, que ahora sí acepta el ofrecimiento, que ha debido tenerse en cuenta para ampararlo en su protección, sin perjuicio de hacerlo con los programas que actualmente o en el futuro (como el de la Fundación Hogares Claret) se hagan en la ciudad de Neiva que beneficie al menor. Luego, debiendo ajustarse la protección del menor a aquellas variaciones que hagan más efectiva o benéfica dicha protección, de inmediato debió tenerse presente, que, al no hacerse, también se vulneró el derecho a la protección arriesgando el derecho al desarrollo integral y armónico del mismo.

2.3. Por lo expuesto, se impone la revocación del fallo atacado, para, en su defecto, resolver lo conducente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de primera instancia a que se refieren los antecedentes, y, en su lugar, Resuelve:

1. Tutelar el derecho a la protección constitucional que tiene el menor L. J., como adicto o exadicto a sustancias que producen dependencia, y en particular, a obtener la rehabilitación mediante los tratamientos médico-asistenciales y de otra índole que ha recomendado el equipo técnico corres-

pondiente. Así mismo, se tutele el derecho a la reserva de su identidad en los términos que, de acuerdo con la Constitución, dispone la ley.

2.- En consecuencia, se ordena a la Gobernación del Departamento del Huila y el Municipio de Neiva, para que, en desarrollo de la protección tutelada, se haga lo siguiente:

2.1.- Que dentro de los sesenta (60) días siguientes a esta providencia disponga todas las medidas conducentes para instituir y poner en funcionamiento los programas de rehabilitación de los menores drogadictos, infractores o no de la ley penal, en el Instituto de Capacitación Juvenil de Neiva, o con otra institución, o disponga el tratamiento personal debido a fin de que, en su desarrollo, se vinculen a este programa de rehabilitación o al tratamiento individual de rehabilitación al accionante amparado.

2.2. Que dentro del término razonable que señale el equipo técnico no mayor a un (1) mes se ordene al Instituto de Capacitación Juvenil de Neiva, a que haga las diligencias efectivas para la consecución del cupo ofrecido al accionante en "la comunidad terapéutica Nuevo Amanecer de Manizales" (fl. 38), o la que se encuentra en proceso de instalación en "la Fundación Hogares Claret" (fl. 53) o en otra que se considere idónea, de acuerdo con la voluntad expresada por el menor (fls. 2 y ss) y las recomendaciones actuales del equipo técnico vigentes y las que periódicamente deban presentarse, de tal manera que se garanticen en forma inmediata los derechos aquí tutelados.

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

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

Cumplase.

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

EPS, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, DERECHO A LA EDUCACION: el derecho a educación especial del menor con discapacidad sicomotriz debe ser satisfecho en primer término por la familia y subsidiariamente, esto es, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado. La negativa de la EPS a prestar el servicio no desconoce los derechos fundamentales del menor.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5775

Decidese la impugnación formulada por Rosa Adriana Rivera contra el fallo del 4 de diciembre de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil- del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D. C., en el trámite de la tutela promovida por la impugnante contra la Caja Nacional de Previsión EPS.

ANTECEDENTES

1. La accionante en mención, actuando en representación de su hija menor Erika Adriana Fernanda Garzón Rivera, propuso acción de tutela contra la entidad citada, aduciendo vulneración de los derechos a la vida, la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la educación. Como forma de resguardo solicita que se ordene a la accionada otorgarle a la menor "...un instituto especializado..." para el desarrollo de las terapias integrales que requiere.

2. Basa su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que la niña en mención, hija legítima de ella y Jaime Garzón Guerrero, nació el 13 de julio de 1987, con problemas de discapacidad sico-motriz, retardo mental severo, luxación congénita de cadera, pie baro equino y síndrome de West, microcefalia;

b) que dicha menor está afiliada a la entidad accionada como beneficiaria de su padre, y como tal tiene derecho a que esa entidad le asigne una insti-

tución especial, dado que es una niña cuyos derechos constitucionales prevalecen sobre los de los demás;

c) que solicitó a la accionada que a la niña le fuera otorgada una institución especializada para el desarrollo de las terapias integrales para el libre desarrollo de su personalidad, ordenadas por la Fundación Cardio Infantil, como son terapias físicas, ocupacional, de lenguaje y sico-motriz.

3. Dice la accionada al replicar la tutela, lo siguiente: a) que el servicio médico asistencial reclamado por la actora se ha venido otorgando a través de la IPS Comfenalco en la Fundación Cardio Infantil, pero no es posible otorgarle el servicio en una institución especializada, debido a que el plan obligatorio de salud tiene sus exclusiones y limitaciones, en especial las previstas en la Resolución 5261 de 1994; b) que presta los servicios de salud a través de sus IPS y no en forma directa, porque no tiene las instituciones especializadas ni la planta física, de suerte que es a esas IPS que corresponde el tratamiento y servicio requerido por los afiliados; y c) que lo pretendido por la accionante es quitarse la carga de cuidado de su menor hija e internarla en un centro de salud, pero esa carga no se le puede trasladar a ella como EPS, porque corresponde a los padres; además de que si lo molesto es el traslado de la niña a los centros asistenciales para los servicios terapéuticos, los puede solicitar a la IPS en forma domiciliaria, según la resolución citada.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El tribunal, después de referirse brevemente a la tutela y a los derechos invocados, señala que a la menor hija de la actora se le ha venido prestando la atención requerida por la Fundación Cardio Infantil, y la accionada no se ha negado a prestárselos, como se deduce de las pruebas arrojadas al expediente; así, según oficio del 19 de octubre de 1998 dirigido por la última a la accionante, le respondió que acudiera a su IPS Comfenalco para efectos de la terapia física, del lenguaje, ocupacional, psicológica, nutrición, etc., lo cual también puede darse en forma domiciliaria.

Por eso, concluye el sentenciador, como no se han vulnerado los derechos de la hija de la accionante por parte de la accionada, es ostensible la improcedencia y consecuente negativa de la tutela impetrada.

LA IMPUGNACIÓN

Dice la accionante en su disensión, en resumen, que de acuerdo con el art. 3 del Código del Menor y la Declaración de los Derechos del Niño, todo menor tiene derecho a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, más cuando le falta madurez física y mental; cuando los padres no puedan hacerlo, debe asumirlo el Estado.

Manifiesta que por encima de la norma vigente sobre exclusiones y limitaciones del POS está la Constitución, y por eso, su hija como beneficia-

ria tiene derecho a la prestación del servicio reclamado por parte del Estado.

Agrega que la afirmación en cuanto a que se quiera quitar la carga del cuidado de la niña se debe a una errónea interpretación, ya que es hija única y nunca ha pensado abandonarla.

CONSIDERACIONES

1. Emanando del anterior compendio que en esta querella constitucional, la accionante acusa a Cajanal EPS de amenazar los derechos a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y la educación de su hija menor, por cuanto dicha entidad, a la cual la niña se halla afiliada como beneficiaria, no le ha autorizado, a través de una institución especializada, la prestación del servicio de terapias integrales ordenadas por la Fundación Cardio Infantil, como son terapias físicas, ocupacional, de lenguaje y sico-motriz, que requiere por unos problemas congénitos de discapacidad por retardo mental severo, luxación congénita de cadera, pie bato equino y síndrome de West, microcefalia.

2. No habiendo duda sobre la naturaleza superior de los derechos invocados, es oportuno principiar por recordar que si bien la Sala, en consonancia con la doctrina constitucional, ha otorgado protección por vía de tutela a personas con enfermedades graves que ponen en peligro la salud y simultáneamente la vida de las mismas, ello ha sido en casos en que aparece como injustificada la negativa de las empresas promotoras de salud -EPS- a que están afiliadas, a suministrarles el tratamiento adecuado, pues en esas circunstancias los afectados se hallan ante un peligro inminente, cuya solución impostergable no tiene otro medio tan eficaz como esta acción.

Y ese amparo se ha dispensado, a pesar de que el Plan Obligatorio de Salud -POS-, paquete de servicios que las EPS brindan a sus afiliados en los términos de la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 y demás normas pertinentes, no garantiza para los afiliados, en general, una plena cobertura, ya que se ha considerado que el principio de respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales tienen prevalencia sobre restricciones de rango infraconstitucional que, por ende, deben ser inaplicadas de conformidad con el artículo 4 de la Carta Política cuando conduzcan a una solución contraria a tan caros valores¹; postulados que, si de la salud y la vida de los menores se trata, deben aplicarse con mayor fuerza, pues sus derechos básicos contemplados en el artículo 44 de la Constitución y demás normas internacionales sobre la materia, tienen prevalencia en el orden jurídico.

3. Por otra parte, el Constituyente fue especialmente pródigo en relación con el resguardo que ameritan las personas con problemas de salud física o mental y que, por consiguiente, se encuentran en condiciones de debilidad

¹ Entre otros. Sentencias de Tutela del 4 de mayo/94 (exp. 1215); 15 de nov./96 (exp. 3480); 21 de enero/97 (exps. 3698 y 3705); 2 de mayo/97 (exp. 4030); 4 mar./98 (exp. 4789); 14 de julio (exp. 5147), y 9 de octubre de 1998 (exp. 5425).

manifiesta (art. 13), al punto que instituyó como obligaciones especiales del Estado, las de adelantar políticas "...de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran." (art. 47), y velar por su educación (art. 68 in fine); obligaciones estatales que en muchas oportunidades han sido explicadas por la doctrina constitucional, inclusive con respecto a menores de edad².

En ese orden de ideas, se han tomado diversas medidas y se han expedido varios ordenamientos, como por ejemplo la Ley 361 de 1997, que versa sobre mecanismos de protección, integración social, educación y rehabilitación de las personas con limitaciones, cuyo artículo 18 estatuye:

"Toda persona con limitación que no haya desarrollado al máximo sus capacidades, o que con posterioridad a su escolarización hubiere sufrido la limitación, tendrá derecho a seguir el proceso requerido para alcanzar sus óptimos niveles de funcionamiento psíquico, físico, fisiológico, ocupacional y social.

"Para estos efectos el Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Trabajo, Salud y Educación Nacional, establecerá los mecanismos necesarios para que los limitados cuenten con los programas y servicios de rehabilitación integral, en términos de readaptación funcional, rehabilitación profesional y para que en general cuenten con los instrumentos que les permitan autorrealizarse, cambiar la calidad de sus vidas y a intervenir en su ambiente inmediato y en la sociedad.

"Lo anterior sin perjuicio de las obligaciones en materia de rehabilitación establecidas en el plan obligatorio de salud para las empresas promotoras de salud y para las administradoras de riesgos profesionales cuando se trate de limitaciones surgidas por enfermedad profesional o accidentes de trabajo."

4. En el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, conocidas las dolencias congénitas padecidas por la menor, hija de la accionante, obsérvase que la Fundación Cardio Infantil, institución prestadora de salud -IPS- que le ha venido ofreciendo los servicios de salud por cuenta de Comfenalco, la que a su vez es contratista de la accionada Cajanal EPS, ha manifestado en varias ocasiones que la paciente requiere "Institución de Educación Especial para manejo integral" de la rehabilitación (fs. 5, 6 y 9 c. 1).

Sin embargo, en forma alguna está demostrado que la EPS accionada, o las IPS que le sirven de contratistas, le hubiesen negado los servicios de salud a la menor afectada en los términos del plan obligatorio de salud, incluyendo las terapias reclamadas en la medida de lo necesario para el manejo de sus padecimientos, según los elementos de juicio obrantes en el expediente; de suerte que mal podría hablarse de un quebranto para los derechos a la vida y a la salud de la misma, lo que por este aspecto hace improcedente la tutela.

² Sentencias T-049 y T-159 de 1995, entre otras.

5. Resta por determinar si es arbitraria y violatoria de los derechos básicos, la conducta de la accionada consistente en negarse a dispensarle a la niña, a través de una institución especial, las terapias solicitadas por la petente y que en su mayoría apuntan hacia la educación o adaptación de aquella, de acuerdo con las limitaciones físicas y síquicas que padece, tal como se desprende de las aludidas manifestaciones de la Fundación Cardio Infantil y del sustrato fáctico de la tutela.

Pues bien: es indiscutible que en cabeza de la menor representada por la actora existe el derecho a que se le otorgue la educación o rehabilitación necesaria para poder tener el mayor desarrollo posible de sus facultades y afrontar de la mejor manera la vida con sus limitaciones, pero ese derecho no puede hacerse valer frente a la EPS accionada, pues ésta solo está constreñida a prestar los servicios de salud dentro del marco señalado por las normas que regulan su actividad u objeto social, que no se extiende a la educación integral, sino a la salud y a la educación o instrucción indispensable para el manejo de la enfermedad y sus consecuencias, tal como se contempla en el POS, que dentro de sus limitaciones y exclusiones estipuló la siguiente: "Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo de la enfermedad y sus secuelas." (art. 18, lit. m, Res. No. 5261 de 1994 del Min. de Salud); exclusión que en este caso no se muestra contraria a la Constitución, por cuanto lo aquí debatido es un tópico que pertenece más al ámbito del derecho a la educación, que al núcleo esencial del derecho a la salud.

Ese derecho a la rehabilitación y educación integral de la menor, a través de una institución especial, debe ser satisfecho, en primer término, por la familia, pues ésta como núcleo fundamental de la sociedad tiene el deber prioritario de atender obligaciones de este tipo en relación con sus miembros (arts. 42, 44 y 67 C.P.); y, subsidiariamente, esto es, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado, conforme a lo antes explicado.

Por ello, si la familia no contare o no tuviere los medios para proporcionarle a la menor la educación integral prescrita por la Fundación Cardio Infantil, bien puede acudir, para que se preste la cobertura en ese sentido, a las entidades oficiales que, en cumplimiento del deber general de asistencia pública que corresponde al Estado, se encarguen del suministro de atenciones como las aquí requeridas, como por ejemplo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; establecimiento que, a propósito, debe ser enterado del contenido de esta providencia mediante el envío de copias de la misma, a efectos de que pueda prestar a la familia de la actora la ayuda en la forma correspondiente, si está dentro de sus competencias y se le solicitare.

6. De modo que al no ser de recibo los argumentos expuestos por la impugnante, el fallo atacado debe ser confirmado.

DECISIÓN.

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

Librese oficio con la remisión de copias aludida en la parte motiva.

Comuníquese esta decisión a los interesados mediante telegrama.

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

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

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: no es procedente la acción de tutela para obtener la orden de practicar una cirugía que, según los médicos expertos, coloca en riesgo la existencia del accionante

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bochara Simancas

Ref.: Expediente No. 5777

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual se accedió parcialmente al amparo constitucional deprecado por el señor Guillermo de Jesús Roldán Parra contra el Instituto del Seguro Social.

ANTECEDENTES

1.- Reclama el accionante protección de sus derechos consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional y al efecto, en concreto, demanda "se tutele mi derecho a la vida para restablecer mi salud, condenando a los (sic) ISS a hacerlo, porque ellos tienen que dar ejemplo a las demás EPS que operan en Colombia, garantizando mi salud y mi vida, derecho fundamental de todos los colombianos".

En el interrogatorio que absolvió en el curso de la primera instancia (Ils. 13 a 15, cd. 1), el actor en tutela expresó: "Yo quiero que se haga justicia conmigo, quiero que me hagan la operación porque no me la hicieron, me tenían que operar del esófago, me sacaron el vaso, y me dejaron una incrustación para comer mas (sic) adelante, como no tengo fe en los cirujanos del Seguro Social quiero que me manden a donde un Cirujano (sic) de donde sea que sea responsable, en otro país, quiero que me operen en una clínica responsable y que me suministren droga para el dolor....Yo solicito que el seguro me haga la operación en segundo lugar, que no me falte droga para el dolor del cáncer que es lo más espantoso que hay, y en tercer lugar, que responda por la negligencia".

Valoradas en conjunto las manifestaciones contenidas en la demanda constitucional y en el referido Interrogatorio, se extracta como fundamento fáctico de la queja: que el accionante es pensionado del ISS; que en 1993, como resultado de una endoscopia, se dictaminó que padecía de "hernia hiatal, esófago de barret, e inflamaciones de diversas clases a pesar de que en esa época no había carcinoma todavía", disponiéndose que debía controlarse, con la práctica de similar examen, cada seis meses; que a pesar de ello, el Instituto no se aprestó a la realización oportuna de las endoscopias; que sólo a principios del año inmediatamente anterior se le practicó nuevamente tal procedimiento, estableciéndose que padece de cáncer en el esófago; que considerado tal resultado, fue intervenido quirúrgicamente extrayéndosele el vaso, cuando lo acertado hubiese sido que lo operaran del esófago; que incluso de antes de la cirugía, el Seguro Social ha incumplido su obligación de suministrarle los medicamentos que se le formulan y con posterioridad a dicha intervención, tampoco le ha practicado los exámenes ni le ha realizado el tratamiento diagnosticado.

FALLO DEL TRIBUNAL

Optó el Tribunal por "Tutelar Parcialmente" los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del accionante, razón por la que dispuso que el ISS, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, "designa.....a la entidad que considere pertinente para que en el mismo término proceda a realizarle la terapia coadyuvante (radioterapia) ordenada por los galenos de la Clínica Asistir,...." al peticionario.

En sustento de sus determinaciones el *a quo* consideró, por una parte, que la negativa de los médicos de la entidad querrellada a realizar la cirugía de esófago para la que estaba programado el accionante, obedeció a sus condiciones de salud, tal y como lo expresaron en sus declaraciones los doctores Antonio Hormaza y Camilo Pachón. Sobre el particular concluye: "que la operación que exige el tutelante (sic) se le realice, no puede ordenarse ya que se arriesgaría su vida por el estado de salud que hoy tiene. Por lo tanto, no puede pregonarse de manera alguna que al accionante se le vulneró el derecho a la vida y a la salud, con la no práctica de la cirugía que reclama, porque el proceder de los cirujanos fue encaminado precisamente para preservar la vida del actor, pues de haberlo hecho de otra forma, comprometía su vida, razón por la que la primera de las pretensiones invocadas en el libelo no puede tener prosperidad".

De otro lado y en lo tocante con las deficiencias denunciadas respecto del suministro de los medicamentos diagnosticados al peticionario, señala el fallador constitucional de primer grado que el cargo no aparece comprobado y que, por el contrario, tal afirmación queda desvirtuada con las fórmulas escritas allegadas al informativo (fs. 21 a 23), que aparecen despachadas, salvo un pendiente que se aprecia en una de ellas, el cual, agrega, no puede mirarse como una negativa a la facilitación de la droga.

Finalmente, con respaldo en las declaraciones de los nombrados galenos, colige acierto en la reclamación del demandante en cuanto hace a que por parte del Seguro Social, no se le ha practicado el tratamiento paliativo (radio-terapia) que le fue prescrito con posterioridad a la intervención quirúrgica que se le practicó. El Tribunal califica tal omisión como lesiva de los derechos fundamentales del accionante, pues estima que el referido procedimiento "podría aliviar su dolor e incluso salvar su vida....".

IMPUGNACIÓN

En oportunidad expresó el accionante: "Me permito una revisión física para poder conceptuar si me pueden operar del esófago, yo estoy en capacidad de que me operen según el Encologo (sic) que me examinó para iniciado en la tutela (sic) 'dijo usted puede ser operado' y le mandaron al jefe ordenes (Nota) Seguro social que adjunto y por ende me operen y me manden Ensure ya que no tomo sino liquido Ativan y Winnadeina F, por lo tanto impugno la presente providencia sería mi mejor navidad y para ustedes".

CONSIDERACIONES

1.- Se impone de entrada recordar, que a voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual propugna por la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos en forma directa y de manera seria son amenazados o violados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o de los particulares, en este último caso en los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no existiendo para el afectado medio ordinario de defensa que de manera eficaz permita la salvaguarda de los derechos que se estime conculcados.

2.- Efectuada la interpretación pertinente de la queja, se colige que con ella su autor pretende que por vía de tutela se ordene la práctica de la cirugía que, en su sentir, debió realizársele (al esófago) y, adicionalmente, se disponga que por parte de la entidad accionada se le suministre la droga y los tratamientos que la han sido formulados.

3.- Conveniente es, entonces, señalar que, como es ya conocido, por constituir la vida el derecho fundamental de mayor alcance y autonomía, ello ha servido de punto de partida a la jurisprudencia constitucional para señalar que "El derecho a la vida se constituye en el más fundamental de los derechos consagrados en la Carta Política de 1991 de manera expresa. Regulado por ésta, desde el primer artículo del capítulo primero del Título II, pone de presente su carácter prevalente y de condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos." (Corte Constitucional, Sent. T-374 de 3 de septiembre de 1993).

4.- Así mismo es del caso indicar, que tanto en lo que concierne con el derecho a la salud como en lo tocante con el derecho a la seguridad social,

que en esencia no ostentan el carácter de fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha precisado que ellos adquieren tal linaje "por conexión", lo que equivale a decir que se les comunica tal carácter "en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales" de forma que éstos quedan sometidos a vulneración o amenaza si aquél no se protege de manera inmediata ..." (Corte Constitucional, Sent. T-068 de 22 de febrero de 1994).

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

6.- A términos del escrito introductorio de la acción, de la exposición juramentada que se recibió al actor y del memorial contentivo de la impugnación, se encuentra que el peticionario se duele del hecho de no haber sido intervenido quirúrgicamente del tumor que en la región del esófago se le detectó, estimándose apto para soportar tal cirugía, circunstancia de la que deduce omisión lesiva de sus derechos fundamentales y negligencia por parte del Instituto accionado y de sus médicos.

7.- Evaluada tal situación, concluye la Corte que, tal y como se desprende de las declaraciones juramentadas rendidas por los doctores Antonio Hornaza y Camilo Pachón, no es admisible reconocer, en la forma como ha sido tratado el mal que aqueja al accionante, impericia o negligencia alguna, y menos que el hecho de no haberse removido el tumor que él presenta en la región del esófago califique como una omisión conculcante de su derecho a la vida. Ciertamente, apreciados en conjunto los referidos testimonios y la historia clínica del enfermo, forzoso es colegir la imposibilidad de llevarse a cabo la cirugía que él por vía de tutela persigue, por cuanto su práctica, por el compromiso que existe de órganos y funciones vitales, implicaría un alto riesgo de poner fin a su existencia.

De suyo, como lo concluyó el fallador constitucional de primera instancia, la determinación de los galenos consistente, en no extraer el señalado tumor, apunta a la preservación de la vida del quejoso, lo que, por sí, traduce en la legitimidad y acierto de la decisión.

8.- Ahora bien, que el Seguro Social no haya practicado a Roldan Parra las endoscopias sugeridas en 1993 o no haya suministrado a él los medicamentos formulados, son hechos que no aparecen aquí debidamente compro-

bados y que, de ser ciertos, en la actualidad surgen como cumplidos y, por ende, no susceptibles de tutela (num. 4º, art. 8º, Decreto 2591 de 1991).

9.- Teniéndose en cuenta que el Seguro Social no expresó inconformidad alguna contra la sentencia del a quo y que de las declaraciones recibidas a los médicos que se han ocupado del caso del accionante se infieren omisiones en la realización de la radioterapia a él ordenada, no cabe hacerse reparo alguno a la prosperidad que el Tribunal reconoció a la tutela, en cuanto a este tópico.

10.- Efecto de lo que se deja analizado es que la sentencia impugnada habrá de confirmarse.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma el fallo de nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

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

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

IMPUGNACION, ACTUACION TEMERARIA: multa a entidad por falta de fundamento de la impugnación presentada (artículo 74 Num 2º Código de Procedimiento Civil)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Santos Ballesteros*

Ref.: Expediente No. 5801

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 4 de diciembre de 1998, que concedió la tutela promovida por el señor L.A.A.M. (solicitó reserva de nombre), quien actúa en nombre propio, contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales Seccional Santiago de Cali.

ANTECEDENTES

1.- En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado el accionante señor L.A.A.M. (solicitó reserva de nombre), quien actúa en nombre propio, interpone acción de tutela, contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales Seccional Santiago de Cali, por considerar que el accionado al suspenderle el servicio médico con el argumento de no contar con las 100 semanas mínimas señaladas en el decreto 806 de 1998, lo que según su manifestación no es cierto, no obstante conocer que se encuentra afectado del virus VIH, le vulnera los derechos constitucionales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad.

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

a) Manifiesta el accionante que está afiliado a la I.P.S. del Instituto de Seguros Sociales con número de afiliación 916776709 y que se encuentra afectado con el Virus de Inmunodeficiencia Adquirido VIH, por lo que los médicos tratantes le han recomendado tomar antirretrovirales, los cuales han sido negados por parte del ISS, con el argumento de no contar con las 100 semanas mínimas señalados en el Decreto 806 de 1998.

b) Señala que el tope de las 100 semanas es legal, pero que en su caso particular viene siendo atendido desde hace aproximadamente tres años en el programa, lo que significa que cuenta con el mínimo de semanas exigidas por ley, pero además expresa que los decretos expedidos por el Gobierno no pueden ser aplicados con retroactividad y que la misma ley regula los casos exentos de períodos de carencia o cuotas moderadoras, como son los servicios de promoción y prevención, los programas de atención al menor, los programas de control en atención de las enfermedades transmisibles, las enfermedades catastróficas o de alto riesgo, dentro de las que se encuentra el VIH/SIDA aseguradas y reaseguradas hasta en un monto de \$60.000.000.00 anuales por persona atendida, por lo que no se explica como el ISS conociendo su estado de salud, y lo perjudicial que es para una persona portadora del virus interrumpir el tratamiento y el recibo de medicamentos, le niega la entrega de las drogas necesarias.

c) Anota que el médico tratante le ha formulado en varias ocasiones Lidovudina, Flecunazol, Leucovorin, Loratadine, Megace, Claritromicina, y Unasyn, pero que al negársele su entrega y en razón a su condición económica no tiene acceso a ellos, pues cada frasco de AZT cuesta en el mercado de \$80.000.00 a \$160.000.00, y lo que gana no le alcanza para comprarlos, y atender sus necesidades básicas como vivienda, alimentación, cultura.

3.- Realiza el accionante un análisis acerca de las características del SIDA, la importancia de los antirretrovirales, y el beneficio de su aplicación, al señalar que retardan el proceso de deterioro del organismo y recuperan el sistema de defensa del cuerpo, al estimular la producción de nuevas células, por lo que mejoran la calidad y cantidad de vida, y la capacidad biológica, psicológica y social, al restablecer a la persona al sistema productivo. Indica que el hecho de suspender la accionada los servicios, implica el no suministro de antirretrovirales, con lo que se vulnera su derecho a la vida. Basa la presunta vulneración del derecho a la igualdad, en que el ISS invierte mensualmente millonarias sumas en hemodialisis como tratamiento para prolongar la vida a los pacientes con problemas de riñón, mientras en circunstancias iguales les niega los medicamentos a los portadores del V.I.H., y por último, considera vulnerado el derecho a la dignidad humana. Solicita ordenar al Instituto de Seguros Sociales suministrarle la droga formulada por los médicos y concederle el derecho de atención médica general, especialista, y de medicamentos, y que las medicina que necesita y que le formulen le sea entregada efectivamente y a tiempo.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

El Instituto de Seguros Sociales Seccional Cali, en oficio dirigido al Tribunal Superior, informa que el accionante cuenta con el número de semanas requeridas en el decreto 806 de 1998, por lo que ha oficiado a la Gerencia de la Clínica Rafael Uribe Uribe, con el objeto de que le presten la atención médica hospitalaria, de diagnóstico y los medicamentos que se requieran.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal concede el amparo y ordena al Instituto de Seguros Sociales Seccional Cali, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, preste al accionante en su totalidad y oportunamente, el tratamiento dispuesto para su enfermedad y que el desarrollo posterior haga necesario.

Señala el *a quo* que en este asunto está involucrado el derecho fundamental de la vida, considerado como el de mayor connotación en la Constitución Política de 1991, y que la falta de atención médica amerita la necesidad de protegerlo mediante el mecanismo excepcional, más aún cuando como en el presente caso la afiliación del trabajador se encuentra vigente, entendiendo que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, comprendido este derecho como conexo a la vida.

LA IMPUGNACIÓN

El Instituto de Seguros Sociales dentro del término legal impugna la decisión del Tribunal con el argumento relativo a las 100 semanas de cotización como tiempo mínimo para el tratamiento de este tipo de enfermedades, por lo que considera la negativa justificada.

CONSIDERACIONES

Busca el accionante que mediante el mecanismo excepcional de la tutela, el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cali, le suministre los medicamentos formulados por los médicos tratantes, y le preste el servicio asistencial que su enfermedad requiere, negado por la entidad, con el argumento de no haber cotizado el mínimo de semanas fijado en la ley para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas.

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

En relación con el derecho a la vida, es sin lugar a dudas el más fundamental de todos los derechos, y se halla consagrado, como tal, en el artículo 11 de la Constitución Política, e implica para su titular, hallarse protegido contra todo tipo de injusticia, sea esta de índole particular o institucional y, además, tener la posibilidad de poseer los medios sociales y económicos que le permitan vivir conforme a su propia dignidad.

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

Por otra parte la seguridad social, de acuerdo con lo señalado por el artículo 48 de la Constitución Política es a su vez, un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

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

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

Es necesario precisar que de acuerdo con la normatividad reguladora del Sistema de Seguridad Social integral, la prestación del servicio de salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud, no es ilimitado sino que está sujeto a diversas restricciones. En efecto, el art. 164 de la ley 100 de 1993, tras prohibir en el Plan Obligatorio de Salud la aplicación de preexistencias, dispone: "El acceso a la prestación de algunos servicios de altos costos para personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a periodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 25 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para periodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica".

A su vez el artículo 60 del Decreto 806 de 1998, norma hoy aplicable, prevé: "Definición de los periodos mínimos de cotización. Son aquellos perio-

dos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ser exigidos por las Entidades Promotoras de Salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese periodo el individuo carece del derecho a ser atendido por la entidad promotora a la que se encuentra afiliado"; y el artículo 61 del mismo decreto, tal y como también lo consagraba el Decreto 1938 de 1994, establece: "Periodos mínimos de cotización. Los periodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son: Grupo 1: Un 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....".

De acuerdo con los lineamientos expuestos en este fallo y de la respuesta entregada por el accionado acerca del cumplimiento de las semanas mínimas cotización por parte del accionante, corresponde a la EPS del Instituto de Seguros Sociales asumir en un ciento por ciento el costo del tratamiento prescrito al accionante, por lo que no se encuentra justificación legal en la negativa al suministro de las drogas y atención médica requeridas, incluyendo exámenes de laboratorio, seguimiento con recursos técnicos, para obtener la cura de la enfermedad, o como sucede, para controlar su evolución y, de esta manera evitar que se desarrollen en el paciente otras enfermedades que puedan conducir a su deceso, debiéndose utilizar todo el tiempo los esfuerzos que sean necesarios. Sólo de esta manera se garantiza a plenitud la salud, a la que tienen derecho estos enfermos hasta ahora incurables.

Ahora bien, si el actor cuenta con el número de semanas requeridas por el Decreto 806 de 1998, y si la accionada ha oficiado a la Gerencia de la Clínica Rafael Uribe Uribe con el objeto de que le presten la atención médica hospitalaria, de diagnóstico y los medicamentos que se requieran, el Instituto de Seguros Sociales está obligado a prestar la atención médica solicitada por el accionante, tal como se desprende de la comunicación visible a folio 41 del expediente dirigida por la Directora Jurídica Seccional ISS Valle del Cauca al Tribunal *a quo*, por lo que carece de todo soporte la impugnación que la misma funcionaria presenta contra el fallo del Tribunal, siendo manifiesta por consiguiente la falta de fundamento del recurso presentado, según el numeral 2° del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil. De conformidad con el artículo 4° del Decreto 306 de 1992, que señala que para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, se impondrá al accionado la multa prevista en el inciso 2° del artículo 73 del mismo estatuto.

Por Secretaría infórmese al Instituto accionado del número de tutelas concedidas por esta Corporación, semejantes a la que constituye el objeto de este amparo, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional trazada en estos asuntos.

Por las razones anteriores se confirmará el fallo impugnado, adicionándolo con la multa impuesta.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: Confirmar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Sala de Familia) de fecha 4 de diciembre de 1998.

Segundo: Condenar al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca a pagar una multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, la que deberá ser consignada a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura, con observancia de las reglas fijadas para el efecto.

Tercero: Comuníquese esta determinación a las partes mediante telegrama y ofíciase al Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto: Por Secretaría infórmese al Instituto accionado del número de tutelas concedidas por esta Corporación, semejantes a la que constituye el objeto de este amparo, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional trazada en estos asuntos.

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

Notifíquese y cúmplase.

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

DILIGENCIAS JUDICIALES, DEBIDO PROCESO: no vulnera el derecho la decisión del juez que ante el cese de actividades de empleados oficiales dispone que ese día no corren términos en el Juzgado y se abstiene de adelantar las diligencias programadas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Referencia: Expediente No. 5822

Decides: la impugnación propuesta contra el fallo de 10 de diciembre de 1998 proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del trámite de petición de tutela formulada por el apoderado judicial de Luisa Esther Velásquez y Guillermo Mejía Arrubla contra el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

1.- Impetrando la protección de su derecho fundamental al debido proceso, solicitó el interesado el decreto de nulidad del auto de 30 de septiembre de 1998 proferido por la juez a cargo del precitado despacho judicial, para que en su lugar se ordene extender el acta de la diligencia del remate que se encontraba fijada para el 24 de septiembre de 1998, declarando desierto el mismo y fijando fecha para una segunda licitación cuya base sea el 50% del avalúo.

2.- Los hechos narrados por el peticionario, pueden compendiarse como sigue:

En el proceso ejecutivo que adelantan Luisa Esther Velásquez y Guillermo Mejía Arrubla contra María Elena Lopera Puerta en el Juzgado 7° Civil del Circuito de Medellín, había sido señalada la hora de las ocho de la mañana del día 24 de septiembre de 1998 para llevar a cabo el remate del inmueble allí embargado, remate cuya base sería el 70% del avalúo del bien. Ese día, pasadas las diez de la mañana, el apoderado de la parte ejecutante, con vista en el expediente, pudo comprobar, de un lado, que no se habían presentado postores pues nadie había consignado el porcentaje que es de rigor, y del otro que, extrañamente, dice, no se había levantado acta alguna de la dili-

gencia respectiva; ello lo indujo a solicitar fecha para una segunda licitación, cuya base sería el 50% del valor, cual lo disponen las normas procesales; no obstante, el juzgado, por auto de 30 de septiembre, si bien fijó fecha para la subasta, advirtió que sería postura admisible la que cubriese, no el 50%, sino el 70% del avalúo, esto es, al decir del demandante, que resolvió "repetir el remate", aduciendo al efecto que, según constancia secretarial, los días 23 y 24 de ese mes estuvo restringido el servicio al público "a causa de las asambleas realizadas por 'Asonal' judicial".

Para el petente, ese 24 de septiembre, al contrario de lo afirmado por el Juzgado, hubo normalidad laboral y acceso del público al edificio, al punto de que en dependencias judiciales aledañas se practicaron diligencias varias, cual lo certifican los respectivos despachos.

3.- Al responder la precedente demanda, la funcionaria a cargo del mencionado juzgado insiste en lo concerniente a las dificultades que afrontaron quienes el día 24 pretendieron acercarse a su despacho, a lo cual le suma el hecho de que, en esa jornada que fue de protesta a escala nacional, participó así mismo el personal de la Caja de Crédito Agrario, oficina encargada de recaudar los depósitos requeridos para hacer postura en diligencias de remate.

4.- Denegó el Tribunal la procedencia de la tutela arguyendo, en lo fundamental, que "la titular del Despacho con base en las constancias secretariales y a su percepción personal y directa, aplazó la diligencia de remate en aras de que a la subasta pública pudieran concurrir los postores, pues precisamente la diligencia se realizaría en la misma fecha y horas (8:00 a 10:00 a.m.) que Asonal Judicial había convocado a los empleados y funcionarios judiciales a la Asamblea".

5.- Al sustentar su impugnación el peticionario se duele de la falta de apreciación de las pruebas indicativas de que, al menos entre las ocho y las diez de la mañana del día 24 no existió imposibilidad para llegar al despacho judicial, agregando, en cuanto a las alegadas dificultades en la Caja Agraria, que, de cualquier manera, tiempo suficiente hubo con anticipación para realizar las respectivas consignaciones.

CONSIDERACIONES

La cuestión fundamental a dilucidar con miras a la resolución de la presente acción no es, cual lo considera el accionante dados los términos en que viene planteado el debate, la de si el día 24 de septiembre de 1998 existieron o no las condiciones requeridas para llevar a efecto la diligencia de remate que, conforme a lo ordenado en auto anterior, en esa fecha había de celebrarse, sino la de si la juez del conocimiento practicó o no la diligencia en cuestión; que si no lo hizo, como en efecto sucedió, del todo desatinado resulta pretender que mediante el mecanismo de la tutela se ordene al juez levantar acta en donde se haga constar que tuvo lugar aquello que nunca acaeció.

En efecto, olvidando por un momento la discusión acerca de la justificación de tal decisión, lo cierto es que la Juez Séptimo Civil del Circuito, llegados el día y hora señalados para celebrar la diligencia de remate, se abstuvo de llevarla a cabo; pues no otra cosa se desprende de las aclaraciones que ha hecho en torno al asunto, de las constancias secretariales que obran en el expediente y de los términos mismos de sus provididos, en donde destaca las situaciones externas que, en su criterio, perturbaban el cabal cumplimiento de la actuación procesal; lo cual la condujo, no a ordenar que se repitiese la diligencia, como lo ha entendido el accionante, sino a fijar nueva fecha para su práctica. De donde, se reitera, carece de soporte la petición de que, considerándose desierto el remate, se abra paso a una segunda licitación.

Con todo, y no obstante cuán obvio se muestre, cabe advertir que las diligencias judiciales, sean de remate o cualesquiera otras, no se cumplen automáticamente, como al parecer lo cree el peticionario; desde luego que no basta para el efecto que en la fecha indicada las correspondientes oficinas se encuentren abiertas al público, como que, sobra decirlo, a más la presencia del juez requiérese de su actividad tendiente a la realización del acto, lo cual implica, entre otras cosas, la apertura de la diligencia con la consecuente posibilidad que tendrán los interesados para intervenir en ella, amén de la disposición del funcionario para tomar las decisiones pertinentes.

De otra parte, no debe dejarse de lado que la subasta judicial, como venta pública de bienes al mejor postor que es, constituye actuación que requiere, como la que más, amén de la publicidad previa, de una ilimitada posibilidad para que, quien a bien lo tenga, en ella pueda participar, todo lo cual revierte en la protección de los derechos del titular de los bienes objeto del remate, a quien más que a nadie interesa el buen suceso de la licitación; y desde este punto de vista ha de estimarse la posición omisiva asumida por la juez frente a la diligencia, en la medida en que ella pudo comprobar que, en mayor o menor grado, el acceso del público a sus oficinas hallábase restringido, a la par que restricciones tenían también los virtuales postores en cuanto las labores de la entidad bancaria en donde podrían consignar la suma de dinero que les permitiría participar en la subasta, encontrábanse así mismo afectadas por las jornadas de protesta que ese día se desarrollaban; todo esto al punto de que, si bien la funcionaria hace énfasis en su disposición personal permanente para prestar el servicio que le era propio, vióse obligada a aceptar y determinar cómo los términos no corrieron en su despacho en ese día 24.

Sin necesidad entonces de consideraciones adicionales y vista la carencia de fundamento de la presente acción, ha de confirmarse la providencia materia de impugnación.

DECISIÓN

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

autoridad de la ley, Confirma el fallo de tutela de fecha y procedencia preanotados.

Por Secretaría, librense las comunicaciones del caso y envíese el expediente, en su oportunidad, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

DERECHO A LA EDUCACION, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: vulnera el derecho la entidad que niega la expedición de certificados de cursos por ella impartidos, cuando se trate de aquellos que no tienen establecida legalmente la exigencia de certificado de idoneidad para ejercer el oficio sobre el cual capacitan

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pinnetta*

Referencia: Expediente No. 5860

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del trece (13) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia, mediante el cual resolvió conceder la tutela incoada por Orlandy Lemus Chavarriaga y otros contra el Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena", Regional Caldas.

ANTECEDENTES

1.- Los señores Orlandy Lemus Chavarriaga, Mónica Ramírez Guerrero, Andrés Felipe Díaz Guarín, Nancy Rubiela Betancur Raigoza y Carolina Ramírez Gutiérrez, obrando en sus propios nombres, entablaron acción de tutela contra el ente público arriba mencionado con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la educación, a la igualdad y al trabajo, consagrados en los arts. 67, 13 y 25 respectivamente, de la Constitución Política.

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

2.1.- Relatan los accionantes que haciendo eco de la promoción que el SENA Regional Caldas hacía del curso de Auxiliar en Sistemas a iniciar en abril de 1996, bajo la dirección del doctor Jorge Iván Gallego Gómez, un grupo de personas interesadas en adelantar estos estudios (entre las que se cuentan ellos), se inscribieron ante la entidad luego de cumplir los requisitos exigidos, como, por ejemplo, el diploma de bachiller y las pruebas del ICFES;

y obtuvieron el p nsu m curricular a desarrollar en el transcurso del programa mediante módulos trimestrales, al ser seleccionados solamente a 30 alumnos que pasaron los exámenes practicados el 26 de febrero de ese mismo año.

2.2.- Afirman que iniciaron labores el día 22 de abril de 1996, habiendo sido designado el señor Oscar Tamayo como el Director de grupo, quien estuvo en el cargo hasta julio de 1997. Todo funcionaba normalmente, pero ignoraban que el curso no contaba con aprobación, incluso sus profesores les aseguraban que saldrían como Auxiliares en Sistemas. Sólo después de tres (3) meses conocieron motu propio que el mencionado curso no tenía la aprobación del SENA Nacional, lo que, en otras palabras, ellos se dieron por llamar estafa oficial por provenir de la entidad estatal.

2.3.- Señalan los peticionarios que a partir de ese momento sintieron la efectiva vulneración del derecho a la igualdad, pues no eran tratados como los demás estudiantes del Sena, por las autoridades administrativas de la Institución; así mismo el acceso a los servicios y demás derechos reconocidos a los alumnos matriculados eran nulos. Sólo mediante la autorización del profesor director del grupo obtenían servicios precarios en la biblioteca y en las otras dependencias donde era indispensable presentar el carnet, del cual carecían. Tampoco tenían acceso a los eventos deportivos y culturales, ni estaban acreditados para participar como usuarios del seguro médico mucho menos tener derecho al subsidio que entrega el Sena a los alumnos de cursos largos, por no estar reconocido el de Auxiliar en Sistemas.

2.4.- A propósito de las notas logradas, la lesión de sus derechos fundamentales se materializa, porque aseguran que no ha sido posible obtenerlas, pues ninguno de los responsables resuelve definitivamente el asunto, y más parece una burla de quienes estuvieron al frente de recaudarlas para su correspondiente y legal registro. De suerte que nada justifica las evasivas para expedir las constancias.

2.5.- Por último, refieren que el SENA les ha ofrecido certificarles el curso de Técnico Operario en Recursos Informáticos, siempre y cuando continúen sus estudios, propuesta que no aceptaron, por ser soluciones a medias. Reclaman, entonces, por no haber sido enterados de la iniciación de un curso que no tenía aprobación, pues su ignorancia generó falsas expectativas. En fin, tampoco aceptan la solución propuesta por el organismo de "la realización de un curso de Procesador de Datos Contables con Proyección a Técnico Profesional en Contabilidad y Finanzas", por considerar que no colma sus aspiraciones ni tiene afinidad con el perfil de capacitación recibido.

FALLO DEL TRIBUNAL

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

1.- Se refiere en primer lugar el Tribunal al contenido del art. 86 de la Constitución Nacional, en el sentido de que éste dotó a los asociados de una

especialísima y excepcional acción destinada para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario, por sí o por quien actúe en su nombre, el amparo de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se estimen amenazados o vulnerados por cualquiera autoridad pública, y excepcionalmente, por los particulares, en los casos señalados en la ley. Agrega que estará a su alcance el ejercicio de ese derecho, cuando no cuente el administrado con otro medio de defensa judicial.

2.- Luego precisa el fallador que el derecho a la educación tiene carácter fundamental otorgado por la propia Carta Política, de tal manera que esa circunstancia comporta para el Estado la obligación de velar por su plena garantía, sin que, a su vez, sea dable al educando sustraerse a los deberes que le impone haber adquirido la calidad de estudiante, bien sea que el servicio lo preste una institución oficial o de índole particular; porque cualquiera que fuese su naturaleza la regulación, supervisión y vigilancia la ejerce el Estado a través del organismo técnico especializado correspondiente, habida cuenta que la educación es un servicio público. Pero destaca que el hecho de crear para el educando algunas cargas u obligaciones al suscribir el contrato, convierte el concepto de la educación en un derecho-deber.

3.- Por otra parte, en punto al examen de la situación planteada encuentra que un grupo de personas atraídas por el ofrecimiento de un programa de estudios para obtener el certificado de aptitud de Auxiliar de Sistemas que entregaría el Sena, acudieron a matricularse después de cumplir los requisitos demandados; entre otros el de acreditar el bachillerato, haber obtenido un determinado puntaje en las pruebas del Icfes y superar las pruebas realizadas por el accionado. También observa que el curso se realizó de acuerdo con la modalidad anunciada y el currículo establecido (fs. 24 y 25). Sin embargo, los estudiantes no han obtenido el certificado prometido de Auxiliar en Sistemas, debido a no estar contemplado en el Plan General de estudios determinado por el Director General de Sena, de conformidad con lo manifestado por la Oficina Jurídica. Por tal motivo, el Director de Formación Profesional del organismo sugirió entregar certificado de Técnico Operador de Recursos Informáticos, siempre y cuando los alumnos cursaran otros módulos complementarios.

4.- En este orden de ideas, estimó esa Corporación que el Sena no ha cumplido cabalmente la Ley 119 de 1994 (art. 2), en cuanto a ofrecer y ejecutar la formación profesional integral por la incorporación de las personas en actividades productivas; tampoco atendió las preceptivas de los artículos 10 y 48 de la citada ley que faculta al Consejo Directivo Nacional autorizar las propuestas del Director General sobre oficios que requieran formación profesional, y también omitió su obligación de expedir títulos y certificados de los programas o cursos que impartió, de acuerdo con la expresa disposición del artículo 4 ibídem.

Concluye que las explicaciones de la entidad para abstenerse de aprobar el curso desarrollado, por no encontrarse dentro del Plan General, no son de

recibo, ya que no resulta comprensible que el Sena anuncie un programa de estudio, con todos los pormenores, duración, requisitos, forma de seleccionar sus alumnos, etc., y luego de crear las expectativas naturales, al final no expida el certificado de acreditación correspondiente. De allí que considere injustificable, desde todo punto de vista, la actitud del Sena como ente de naturaleza oficial que es, de quebrantar abiertamente la ley.

IMPUGNACIÓN

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

1.- En primer lugar, porque resulta jurídicamente imposible certificar a los estudiantes como Auxiliares en Sistemas, pues no cumple el programa las condiciones académicas de la salida ocupacional que aún se encuentra en trámite de incorporación al listado nacional de oficios que registra el Sena.

2.- En segundo lugar, porque los estudios adelantados por los estudiantes no sigueran la modalidad que rige los programas de formación integral para el trabajo que orienta el Sena, los cuales incluyen la alternación de periodos iguales de estudio y trabajo; es decir, que contempla como un tapa lectiva en aula y otra etapa productiva en empresa, siendo considerada ésta esencial en la formación, sin que ello desdiga de la formación por bloques o módulos que enseña el Sena, y que, para el caso, los alumnos se enteraron luego de tres meses de iniciados los estudios, perseverando en ellos a sabiendas de no estar aprobada la mencionada salida ocupacional. Por tal razón considera que no hubo afrenta del derecho fundamental amparado; además, señala que los accionantes si han recibido certificación de sus estudios por todos y cada uno de los bloques o módulos cursados y aprobados.

3.- En tercer lugar, afirma que como hace falta un prerrequisito para expedir un documento, el Sena no vulnera el derecho tutelado. A su vez resalta que el buen adiestramiento impartido por su institución, ha permitido a varios de los alumnos formados en el curso por bloques o módulos, su contratación por la Chec, lo que significa que no es requisito indispensable el Certificado de Auxiliar en Sistemas para desempeñarse como tal.

La recurrente acude a dar un explicación *sui generis* sobre el asunto, con el siguiente ejemplo: Da igual ser dueño de veinte mil pesos (\$20.000.00) representados en un (1) billete de ese valor o en diez (10) billetes de \$2.000.00, con lo cual quiere significar que los alumnos accionantes tienen iguales conocimientos representados en un solo certificado como Auxiliares en Sistemas que si le certifican todos y cada uno de los cinco, diez o más bloques o módulos cursados.

CONSIDERACIONES

1.- Tiene sentado esta Corporación que la acción de tutela es un mecanismo idóneo para proteger el derecho a la educación, cuando quiera que se reúnan los requisitos previstos para la procedencia de aquella acción.

1.1.- En efecto, toda persona, en virtud del derecho constitucional a la educación, tiene la facultad no sólo a que se le permita el acceso y obtención de la enseñanza formal o informal del caso, así como a la obtención de los certificados de acuerdo con el funcionamiento de la institución, lo dispuesto en los reglamentos y los resultados académicos correspondientes. Por esta razón la entidad que se abstiene, estando obligada a ello, a suministrar los certificados que reflejar la realidad académica pertinente, vulnera ilegítimamente aquel derecho, que, por lo tanto, pueda dar lugar al amparo mediante tutela.

1.2.- Pero diferente del derecho a la educación inicial es el derecho a tener ocupación u oficio, porque este último tiene por regla general la facultad de desempeñar permanente u ocasionalmente determinada labor (ocupación), para obtener capacitación para el desempeño de una carrera específica como forma de trabajo (oficio), que tan sólo excepcionalmente, cuando el ordenamiento lo exija, impone una forma de educación formal o informal para la formación laboral. De allí que mientras el ordenamiento jurídico no exija certificado de idoneidad para acreditar la capacitación y el ejercicio de un oficio determinado, no puede reclamarse tal exigencia, ni mucho menos para colocarla como condición del derecho a una educación general, ni a su acreditación.

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

2.1.- Se trata de una acción de tutela de Orlandy Lemus Chavarriaga, Mónica Ramírez Guerrero, Andrés Felipe Díaz Guarín, Nancy Rubiela Betancur Raigoza y Carolina Ramírez Gutiérrez, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena", Regional Caldas, para solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la educación, a la igualdad y al trabajo, porque consideran que la entidad accionada vulnera los derechos aducidos, en relación a que no les ha expedido el certificado que los acredite como Auxiliares en Sistemas, luego de haber hecho todo el proceso de ingreso, selección y demás requisitos exigidos por el organismo, así como haber realizado los estudios curriculares correspondientes señalados en el programa.

2.1.1.- El Tribunal accedió a lo pedido, porque no encuentra ninguna justificación válida para abstenerse de certificar los estudios realizados por los estudiantes que cumplieron su llamado a matricularse en el curso ofrecido en enero de 1996, argumentando ahora la falta de unas prácticas o salidas ocupacionales. Tal proceder, en opinión del fallador constitucional, es a todas luces violatoria del derecho a la educación, por lo cual determina su protección, pues todo ello apunta al desconocimiento de la Ley 119 de 1994 en sus artículos 210 y 48.

2.1.2.- En cambio, el accionante, en su impugnación, manifiesta que es un imposible jurídico certificar los estudios del programa Auxiliar en sistemas, porque los estudiantes no han cumplido con la salida ocupacional. Además, hace saber que los estudios impartidos no cumplen la modalidad considerada esencial para la formación del alumno establecida en el Sena, y

que se refiere a la alternación de períodos en aula y períodos en empresa, o lo que es lo mismo, etapa lectiva y etapa productiva. Pero a ello agrega que los accionantes si han recibido certificación de los módulos desarrollados y aprobados. Y, por último, llama la atención por la importancia que revela el reconocimiento de algunos alumnos del Sena aún no certificados, como es caso de los accionantes, que se desempeñan como empleados de la Chcc. De donde colige que no es fundamental la certificación como el verdadero adiestramiento recibido, esté acreditado en un certificado o en varios de los correspondientes módulos.

2.2.- Visto lo anterior, procede la Corte a su examen.

2.2.1.- Primeramente advierte la Corte que se encuentra acreditado que los accionantes adelantaron las gestiones de matrícula al programa Auxiliar en Sistemas ofrecido por el Sena, luego de presentar las pruebas correspondientes y haber obtenido la aprobación, según obra a folios 1 a 10 del expediente y que el accionado hizo la convocatoria de ofrecimiento de diferentes programas de estudio incluido el de Auxiliar en Sistemas y que se ha abstenido de entregar la certificación a los alumnos que hicieron el curso, porque no se cumplió la condición académica de la salida ocupacional, porque sólo está en trámite. Además, en la impugnación también insiste la recurrente que es material y jurídicamente imposible otorgar el certificado de aprobación de los estudios en el curso impartido de Auxiliar en Sistemas porque "aún no están dadas las condiciones académicas de acuerdo con el programa educativo ofrecido" (fl. 124).

2.2.2.- Dado lo anterior, no encuentra la Sala que tenga razón el accionado para pedir la revisión del derecho tutelado en cuanto a la educación y al oficio.

De una parte, porque de tratarse de una educación general como lo indica este último, no existe razón alguna para que se abstenga de dar la certificación correspondiente a los cursos y conclusión académica ejecutados por sus alumnos, con la denominación del programa educativo ofrecido, o sea, Auxiliar en Sistemas, porque ello no contradice la realidad académica.

Y de la otra, porque, aun tratándose de una capacitación para un oficio, que la misma accionada admite que todavía no está reconocida como oficio en el país, tampoco es argumento para negar dicha certificación. Pues, si aún no tiene ese carácter es porque implícitamente la ley no le da tal carácter, ni exige entonces la expedición de certificado para su reconocimiento o ejercicio. Luego, si ello es así, es porque en tal aspecto opera el principio de la libertad para su reconocimiento y ejercicio, lo que, por consiguiente, no impide la expedición de dicho certificado de tipo académico y no legal.

2.3.- En consecuencia, hay que mantener el fallo.

DECISIÓN

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

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

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

Cumplase.

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

SERVICIO PUBLICO: la acción de tutela por regla general no procede frente a las actuaciones relacionadas con la instalación, suspensión y reinstalación de servicios públicos, por no involucrar comúnmente derechos fundamentales

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5840

Decídese la impugnación formulada por Luis José Guzmán Guerrero contra el fallo del 18 de diciembre de 1998, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil- del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D. C., en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. El accionante en mención propuso acción de tutela contra la referida entidad, aduciendo vulneración del derecho a la igualdad. Como medida de protección pide que se ordene a la accionada liquidarle y cobrarle solamente tres (3) meses del servicio de acueducto, mas no todos los que dejó de pagar una inquilina suya en un predio que posee, de acuerdo con el artículo 140 de la Ley 142 de 1994.

2. Basa su pedimento en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que es poseedor del predio ubicado en la carrera 64 No. 6-64, barrio La Pradera de esta ciudad, del cual arrendó a María Andrea Velásquez un apartamento que contaba con todos los servicios públicos, persona ésta que por un reclamo que le formuló ante un consumo exagerado de agua, pidió la instalación de un contador ante la accionada;

b) que comunicó a la empresa accionada que no había autorización suya para la instalación del nuevo registro de agua y no obtuvo respuesta; luego María Andrea Velásquez desocupó por un dinero que le dio, sin haber pagado ni un solo mes del servicio de agua desde que solicitó el contador, y en

octubre de 1996 llegó al predio una notificación a dicha señora advirtiéndole sobre un embargo por no pago del servicio de agua, circunstancia que lo motivó a un nuevo reclamo ante esa entidad;

c) que a pesar de haberse retirado el contador de la nueva instalación en febrero de 1998, en agosto y octubre del mismo año siguieron llegando recibos de facturación de agua y del servicio de aseo por \$2.052.990, lo cual no es justo, máxime que él sufrió un infarto y no debe tener una contrariedad que afecte su salud;

d) que debe tenerse en cuenta el caso de tutela de José Argemiro Caro Gueite contra la Electrificadora del Atlántico, fallado por esta Corte y similar al suyo.

3. La empresa accionada replicó el amparo aduciendo, en resumen, que efectivamente en el predio aludido por el accionante se hizo una nueva acometida de agua según solicitud de María Andrea Velásquez, ya que según el art. 3° del Decreto 1842 del 91, para tener derecho a ello sólo basta "...la prueba de habitación..."; y que la reclamación del mismo fue contestada mediante oficio del 23 de diciembre de 1993.

También señala que en la cuenta interna de María Andrea Velásquez se detectó una anomalía, en junio de 1998, y por eso en octubre se hizo un descuento de \$1.035.720, quedando un saldo pendiente \$463.000, cuestión que se le notificó al accionante.

Agrega que para lo facturado por el servicio de aseo el interesado debe dirigirse directamente a la entidad ECSA, que es la que se encarga de ello.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El sentenciador, luego de referirse a la tutela como mecanismo transitorio de defensa de los derechos básicos y a la fundamentalidad del derecho a la igualdad, apunta que la tutela por servicios públicos domiciliarios, como lo ha dicho esta Corte, solamente procede cuando además de la preexistencia de un derecho fundamental, existe lesión o amenaza al mismo por una acción u omisión ilegítima; pero no procede por los derechos que se derivan de la relación contractual originada en la prestación del servicio, ya que para ello están las reclamaciones en vía gubernativa y las acciones judiciales.

En el presente caso, concluye el tribunal, no hay suspensión en el servicio, sino un cobro, y como éste no se puede evitar o excepcionar a través de la tutela no procede la protección por esta vía, pues no se involucra derecho fundamental alguno.

Sobre tales argumentos, el fallador termina denegando la tutela.

LA IMPUGNACIÓN

Insiste el accionante en la vulneración de sus derechos, reiterando que no es justo que se le cobre un servicio que no ha disfrutado y fue solicitado

por su inquilina, a quien ha debido suspenderse el servicio después de no pagar los tres primeros meses, según el art. 140 de la Ley 142/94, en lugar de permitirle seguir aumentando la cuenta.

Manifiesta que como poseedor del bien y persona de la tercera edad, que sólo tiene ese bien para vivir, sabe que debe responder por los servicios públicos, pero únicamente debe pagar los tres primeros meses de mora, que es lo que pide en la tutela, tal como ya lo resolvió esta Sala en otra acción.

Añade que si bien el servicio de agua de los 80 meses de mora, según la aclaración que se hizo es de \$483.000, el de aseo es superior a \$600.000 y también le tocaría pagarlo; pese a que no ha sido negligente, porque desde el momento en que se le instaló el contador a María Andrea Velásquez, puso en conocimiento la situación; por ello estima que no debe ser embargado ni obligado a pagar tales sumas.

CONSIDERACIONES

1. Como fluye del anterior compendio, en esta acción de tutela se pretende por su proponente que se ordene a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá abstenerse de cobrarle una cuenta por los servicios públicos de acueducto y aseo, en cuanto que exceda de los tres (3) primeros meses de mora en que incurrió quien era su arrendataria en el respectivo predio, aduciendo que dicha entidad no aplicó lo preceptuado en el art. 140 de la Ley 142 de 1994.

2. Bien vale la pena repetir una vez más que la acción de tutela fue instituida exclusivamente para la protección de los derechos fundamentales, frente a amenazas o vulneraciones por causa de acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en ciertos casos; medio de amparo que tiene un carácter eminentemente residual, vale decir, procedente cuando el afectado no tiene o no ha tenido a su disposición otro medio de defensa judicial, salvo que teniéndolo actualmente lo utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con parámetros jurídicos de universal aceptación, todo acreedor, dentro de los límites establecidos por el orden jurídico, tiene el derecho a hacerse pagar ejecutivamente lo que se le debe, siempre que se le incumpla total o parcialmente en la satisfacción de las prestaciones en su favor, facultad que en condiciones normales no se puede considerar como causante de quebranto de los derechos, pese a las molestias o incomodidades que ello pueda aparejar, porque precisamente se trata de una conducta legítima que, por consiguiente, no puede ser perturbada por la justicia constitucional; doctrina que en su plenitud resulta aplicable a los cobros que realizan las empresas de servicios públicos domiciliarios para hacerse pagar lo que adeuden los ocupantes de los respectivos inmuebles.

4. Ahora bien: la doctrina expuesta por la Sala en el caso citado por el accionante, dejó claramente sentado que la acción de tutela no procede, en

general, frente a las actuaciones relacionadas con la instalación, suspensión y reinstalación de servicios públicos, ya que, por un lado, comúnmente los derechos allí involucrados son derivados de una relación contractual; y por el otro, frente a tales cuestiones existen mecanismos de defensa en la vía gubernativa y a través de las acciones judiciales pertinentes. No obstante, por excepción puede otorgarse la tutela como mecanismo transitorio, es decir, mientras el interesado acude a la vía judicial correspondiente, cuando las actuaciones de las empresas de servicios públicos amenazan o quebrantan un derecho fundamental, como la vida o la salud, de manera ilegítima, y el afectado corre el peligro de sufrir un daño irreparable en tan caros atributos.

5. Sentado lo anterior, si el comportamiento de la accionada ha consistido en intentar tramitar el cobro de la obligación dineraria generada con ocasión del servicio de acueducto al inmueble que el accionante dice poseer, sin suspensión arbitraria del aludido beneficio, puesto que eso no se ha realizado contra éste, según los elementos de juicio obrantes en el informativo, infiérese que la presente acción de tutela, según lo concluyó el tribunal, no puede prosperar, toda vez que la cobranza es una conducta que en principio debe tenerse como legítima y no como generadora de mengua en sus derechos, ya que, conforme se expuso, tiene su manantial en la facultad que asiste a todo acreedor para gestionar el cumplimiento forzado de las obligaciones en su favor y mediante los trámites procedimentales correspondientes; debiendo ser en éstos donde el deudor esgrima los mecanismos o argumentos defensivos que el caso amerite, en orden a que sea el juez competente para conocer de esas materias el que tome la decisión que se acompañe con el orden jurídico.

Desde luego que lo anterior no obsta para que el actor, si considera que el comportamiento de la accionada en torno a la instalación de una segunda acometida de agua en su predio fue abusivo o ilegal, y le causó perjuicios, pueda promover independientemente las acciones judiciales necesarias con miras a que se declare esa responsabilidad; aspectos que son ajenos al resorte funcional del juez de tutela, por cuanto la competencia de éste se circunscribe a remover las acciones u omisiones que pongan en peligro o vulneren los derechos de orden superior, pero no alcanza para remediar disputas de linaje contractual o extracontractual propias de la vida cotidiana.

5. Finalmente, no sobra agregar que lo relativo al servicio de aseo, que simultáneamente se factura con el de acueducto solicitado por quien fuera la inquilina del petente, no compete a la accionada, tal como fue aclarado por ésta al replicar el amparo constitucional; de modo que debe ser ante la entidad respectiva que deben adelantarse las diligencias tendientes a solucionar el problema relacionado con la dualidad de servicios en el inmueble que él dice poseer.

6. Así las cosas, es incuestionable la confirmación del fallo impugnado.

DECISIÓN

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

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

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

DEBIDO PROCESO CIVIL: vulnera el derecho al debido proceso el juzgado que con base en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil niega la expedición de copias de los oficios solicitados por personas que no se han constituido como terceros en el proceso

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Ref. Expediente No. 5849

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha 15 de diciembre de 1998, proferida por la Sala de Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de la cual se negó la tutela solicitada por Margarita Rivaldo Maldonado y Victor Manuel Muñoz contra el Juzgado Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

Consideran los accionantes, quienes actúan por intermedio de apoderado judicial, que el despacho accionado ha lesionado sus derechos fundamentales al debido proceso y de petición, al negarse a expedir copia auténtica y por duplicado de los oficios que decretaron el desembargo del inmueble ubicado en la carrera 46 entre calles 53 y 53B Torre A del conjunto habitacional Centro Nelmar, apartamento 93 A, de Barranquilla, en el trámite de un proceso hipotecario adelantado por el Banco Central Hipotecario contra la "Promotora Nacional de Construcciones Ltda. Centro Nelmar Ltda" y otros.

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

1.- El siete (7) de julio de 1977 Margarita Rivaldo Maldonado, celebró con la sociedad Centro Nelmar Ltda. un contrato de promesa de compraventa sobre el inmueble ubicado en la carrera 46 entre calles 53 y 53B Torre A apartamento 93 A del conjunto habitacional centro Nelmar de Barranquilla.

2.- Pagado el precio del inmueble no se pudo correr la escritura pública respectiva por cuanto sobre dicho bien pesa un embargo del Banco Central Hipotecario "BCH" contra la sociedad prometedora vendedora, decretado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla.

3.- El 31 de octubre de 1997, el Tribunal accionado revocó la sentencia del 28 de febrero de 1997 y por tanto, quedó sin vigencia la orden de remate proferida por el despacho accionado en el proceso hipotecario del BCH contra Centro Nelmar y otros.

4.- En cumplimiento de la decisión adoptada por el Superior, el Juzgado Octavo Civil del Circuito ordenó el desembargo de los bienes, a excepción del apartamento 41 A. en providencia del 8 de julio de 1998. Los oficios respectivos fueron entregados a los ejecutados como propietarios inscritos pero nunca llegaron a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad y por ello, la providencia cautelar en cuestión, de hecho, continúa produciendo efectos.

5.- Margarita Rosa Rivaldo, una de las accionantes, promovió proceso ejecutivo por obligación de hacer contra la sociedad Centro Nelmar Ltda., actuación que cursa en el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Barranquilla, el cual, mediante oficio No 1.765 del 4 de noviembre de 1998, comunicó la orden de embargo del apartamento 93 A, orden que no ha sido posible cumplir por encontrarse el inmueble embargado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito en el proceso seguido contra la citada sociedad por el "BCH".

6.- A su turno, Víctor Manuel Muñoz igualmente aquí accionante, promovió proceso de pertenencia contra el Centro Nelmar Ltda. en conocimiento del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla donde no se ha podido registrar la demanda, debido a la inscripción del embargo ordenado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito a que se hizo referencia.

7.- Por auto del 6 de noviembre de 1998, el Juzgado accionado resolvió negativamente varias solicitudes presentadas por los accionantes tendientes a que se les sea entregada copia de los oficios de desembargo a que se ha hecho alusión, configurándose entonces una situación procesal fraudulenta.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal luego de aludir a la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y de estudiar los hechos sometidos a su consideración teniendo en cuenta la jurisprudencia que consideró aplicable al caso, referida concretamente al derecho de petición invocado por los accionantes, niega por improcedente la solicitud de protección constitucional.

Considera el Tribunal que cuando el juzgado accionado con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, resolvió negativamente la solicitud elevada a su despacho por los aquí accionantes tendiente a que sea expedida copia auténtica y por duplica-

do de los oficios por medio de los cuales se informa a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos el desembargo de los apartamentos 93A y 173A del conjunto residencial Nelmar, argumentando tal negativa en que quienes elevaron dicha solicitud no representan ningún interés ni como parte ni como terceros en el proceso, dicha decisión tuvo soporte legal y por ello no se configura vulneración del derecho de petición invocado, ni se infringió ley alguna al adoptarla.

Estima también el fallador que "...no se observa la violación del derecho al debido proceso aducida por los accionantes por la misma razón de no ser partes en el proceso al cual se refiere, como tampoco se vislumbra la denegación de justicia que se le enrostra al juez demandado".

LA IMPUGNACIÓN

Afirma el apoderado judicial de los accionantes que impugna el fallo del Tribunal por considerar que sus representados tienen derechos sobre los inmuebles a los cuales se ha hecho referencia, y debido a ello no tienen porqué permanecer inermes ante la injusticia que sobre ellos se cierra.

Sostiene que no es posible "...que un juez de la República niegue el cumplimiento de una orden judicial, como ocurre en el presente caso y permita como lo está haciendo que se toque (sic) los preceptos del Código Penal con su conducta negligente y que a mi juicio constituye prevaricato por omisión por una parte y por la otra la de comisión del delito de fraude a resolución judicial, tal como lo establece el artículo 184 del C.P."

CONSIDERACIONES

1.- Sabido es que tratándose de actos provenientes de autoridades públicas integrantes del poder judicial, y a la luz de principios fundamentales que también reconoce el propio ordenamiento jurídico superior, la procedencia de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional es de suyo restringida a aquellos eventos de excepción en que los juzgadores, en lugar de actuar de acuerdo con la Constitución y la ley cual es su deber hacerlo, caprichosamente se apartan de estas fuentes de normatividad positiva, produciendo actuaciones notoriamente arbitrarias, esto es, incurriendo en verdaderas vías de hecho que redundan en menoscabo de derechos fundamentales con agravio, bien sea para las partes que del proceso respectivo son sujetos o bien para terceros que en cualquier forma tengan relación con su trámite.

A este proceder de hecho, que ocurre cuando dichas autoridades actúan con absoluta falta de competencia o de un modo completamente arbitrario o irregular, debe agregarse la conducta del administrador de justicia consistente en retardar u omitir injustificadamente actos propios de sus funciones, pues en tales casos la dilación conlleva un evidente menoscabo para los derechos de las partes o de los terceros en la medida en que constituye, cual

lo ha sostenido esta corporación, una forma de denegación de justicia, ya que conforme al artículo 37 del C. de P.C. es deber del juez dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal.

2.- En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, en aplicación del mencionado deber de impulsión procesal a cargo del juez y ante la existencia de la orden impartida en providencia del 31 de octubre de 1997 por el Tribunal Superior de Barranquilla en el sentido de limitar los embargos lo que dio lugar al levantamiento de la medida cautelar que pesaba sobre los inmuebles a los cuales aquí se ha hecho referencia, y ante el hecho incontestable puesto bajo el conocimiento del funcionario accionado, por los accionantes, de que había transcurrido un año sin que los demandados en el proceso hubieren entregado a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos los oficios tendientes a levantar tal medida, ha debido dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 132 del C. de P.C. cuya finalidad no es otra distinta a evitar que se presenten situaciones anómalas como la que estos autos ponen de presente.

3.- Vistas de este modo las cosas, a diferencia de los sostenido por el Tribunal en el fallo impugnado, cuando el juzgado accionado, invocando el artículo 115 del C. de P. C., negó la expedición de copias de los oficios de desembargo sosteniendo que quienes las solicitaban no son parte ni terceros en el proceso y, además, que su despacho "...no tiene porqué estar repartiendo copias de los oficios respectivos a personas que nada tienen que ver con el proceso ejecutivo de la referencia..." (fls. 87 a 91 del cuaderno principal de este expediente), sometió a los accionantes a una restricción contraria a la ley, constitutiva de una verdadera vía de hecho, habida cuenta que aun cuando es lo cierto que el artículo 115 del C. de P. C. en principio le permite a "terceros" obtener la expedición de copias con observancia de las reglas que dicho precepto consagra, el artículo 132 de la misma codificación es categórico al disponer, en su inciso final, que "cualquier interesado" podrá pedir que se repita el oficio de cancelación de medidas cautelares y que por conducto de la secretaría se haga llegar al destinatario.

Este precepto claro y explícito en su sentido y alcance, ha sido desconocido por el despacho accionado, generando así un claro desconocimiento del derecho de los accionantes a obtener tutela judicial efectiva de sus intereses legítimos inherentes al cumplimiento de la orden judicial de reducción de embargos impartida por el Tribunal de Barranquilla y cuya expresión práctica se encuentra en el auto del 8 de julio de 1998 proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad, ya que como quedó visto, los oficios que ordenan levantar las medidas cautelares no han llegado a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, sin que por lo demás exista otro medio de defensa eficaz para contrarrestar los efectos nocivos que esa irregularidad genera, dado que la decisión del juzgado accionado se tomó negando cualquier legitimación de los interesados cerrándoles el

acceso al proceso, tal como se sigue del auto del 6 de noviembre pasado visible a folio 10 del cuaderno principal de este expediente.

Bastan, pues, las anteriores consideraciones para concluir que el fallo materia de Impugnación deberá ser revocado y en su lugar, habrá de concederse el amparo solicitado, ordenando al juzgado accionado que en cumplimiento de la norma últimamente citada y en la forma allí prevista, envíe a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla copia de los oficios que ordenaron levantar las medidas cautelares que pesaban sobre los inmuebles a que se ha hecho alusión en esta providencia.

Por último se dispondrá lo conducente para que, dentro de este trámite, tenga lugar la fase de revisión constitucional prevista por la Carta Política.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley Revoca el fallo de fecha 15 de diciembre de 1998, proferido por la Sala de Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, y en su lugar Concede la tutela solicitada por Margarita Rivaldo Maldonado y Víctor Manuel Muñoz contra el Juzgado Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad, ordenando a ese despacho que de inmediato y en cumplimiento del presente fallo, ordene que por secretaría se repitan los oficios que comunican el desembargo de los inmuebles ubicados en la carrera 46 entre calles 53 y 53B Torre A del conjunto habitacional centro Nelmar, identificados como apartamentos 93 A y 173 A, al tenor de lo dispuesto en el auto de fecha 8 de julio de 1998, y se hagan llegar dichos oficios a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

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

DILIGENCIA DE REMATE, DEBIDO PROCESO CIVIL: vulnera el derecho el juez al disponer que el pago de impuestos sufragados por el adjudicatario debe efectuarse con el excedente de la enajenación forzada, una vez descontado el valor del crédito y las costas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Nicolás Becerra Simancas*

Ref.: Expediente No. 5834

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por el señor Germán Alonso Aldana León contra la doctora Hilda González Neira, en su calidad de Juez Cuarta Civil del Circuito de esta capital.

ANTECEDENTES

1.- Persigue el accionante el amparo de su derecho de propiedad, el cual estima conculcado por la funcionaria accionada en el proceso ejecutivo de Carlos García contra José Escobar, razón por la que, en concreto, solicita ordenar a ella "la entrega del dinero que cancelé por concepto de gravámenes de impuestos de los vehículos que rematé, por no ser yo, parte alguna en el proceso y estarse violando mi derecho fundamental a la propiedad privada".

Los hechos en que el accionante sustenta su reclamo bien pueden resumirse así: en la diligencia de remate que tuvo lugar en el preanotado proceso, adquirió dos vehículos automotores, respecto de los cuales pagó el valor de los impuestos que se adeudaba por ellos; como en el auto aprobatorio de la subasta la juez accionada omitió disponer devolverle a él ese dinero, peticionó su adición en tal sentido, obteniendo decisión favorable; contra dicho proveído, la parte ejecutante incoó reposición, por hallarse en desacuerdo con el reintegro del valor de los impuestos; el juzgado del conocimiento accedió a la reposición, indicando "que la devolución de mi dinero se hará una vez se haya cancelado el valor total del crédito y las costas a la

parte demandante", criterio que califica de "absurdo" y contrario a su derecho de propiedad, "ya que no soy yo quien deba cancelar los gravámenes que pesan sobre los bienes que se me adjudicaron, pues la ley es muy clara al expresar en el art. 530 del C.P.C., que en el auto en que se aprueba el remate, se debe disponer además de su aprobación, que se cancelen los gravámenes que afecten al bien objeto de remate, y los impuestos son un gravamen (sic) que ya pesaba sobre los bienes, y por ende los vehículos debían entregárseme libres de ellos"; habiendo interpuesto recurso de apelación contra la comenlada decisión, en segunda instancia se declaró inadmisble la alzada.

2.- La Juez accionada, mediante oficio que milita a folios 45 y 46 del cuaderno No. 1 de la presente actuación, en torno al informe que le solicitó el Tribunal, manifestó remitirse "al contenido de las decisiones tomadas que obran en el expediente y, en cuantos (sic) e (sic) refiere a las razones que se me pide indicar en el numeral segundo de su providencia, se hallan consignadas en la decisión tomada el 28 de julio del presente año,...", anexando copia del proceso sobre el que versa la queja.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial denegó el amparo pedido en razón a que el derecho de propiedad, cuya reparación aquí se persigue, no tiene, por sí, rango de fundamental, sin que en el caso de tutela llevado a su conocimiento hayan circunstancias que le brinden tal carácter.

IMPUGNACIÓN

Basa el accionante su inconformidad en el hecho de que la negativa de la Juez accionada a devolverle los dineros que pagó por concepto de impuestos de los automotores, afecta sensiblemente su patrimonio, por ser persona de escasos recursos, y en que tal decisión constituye una vía de hecho y contraría la previsión del artículo 230 de la Carta Política. Resalta su carácter de tercero al proceso ejecutivo y que no dispone de otro medio de defensa para conjurar la lesión económica de que ha sido objeto.

CONSIDERACIONES

1.- Se enjuicia aquí el proveído proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el 21 de julio del año próximo pasado en el juicio ejecutivo que se dejó atrás referenciado (fs. 4 y 5, cd. 1), por medio del cual ese despacho judicial dispuso que "...la devolución al rematante Germán Alonso Aldana León de la suma cancelada por éste por concepto de impuestos se hará una vez se haya cancelado el valor del crédito y las costas del presente asunto a la parte demandante", fundándose para ello en el numeral 7º del artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, del que dedujo que primero debe pagarse al acreedor - ejecutante el valor del crédito y las costas y luego, del remanente, sufragarse el rubro de los impuestos cancelados por el rematante.

2.- Como se ha sostenido en tantas otras oportunidades, la acción de tutela sólo de manera excepcional puede servir para el cuestionamiento de decisiones judiciales, posibilidad que depende, de un lado, de que la determinación reprochada constituya lo que ha dado en llamarse "vía de hecho judicial", por la que se entiende aquella actividad de conducta jurisdiccional que, en cuanto fruto del capricho o del parecer irracional, no tienen ningún fundamento legal, y, de otro, de que con ella se lesione un derecho fundamental del afectado, siempre y cuando no disponga él de medios ordinarios de defensa.

3.- El remate de bienes, como lo tiene dicho la jurisprudencia, corresponde a una venta en la que, por fuerza de la ley, el juez que lo practica actúa en representación del vendedor y, por ende, debe velar porque, como en toda enajenación, su objeto sea entregado al comprador (rematante) libre de todo gravamen. De suyo, por eso, se ha entendido que los valores correspondientes a los impuestos causados antes de la subasta respecto de la cosa vendida, son de cargo del enajenante y que si el rematante, con miras a obtener la aprobación del remate, paga y acredita la cancelación de los mismos, debe reintegrarse a él las sumas que por tal concepto sufragó, del precio mismo del remate.

En ocasión anterior esta Sala de la Corte, al decidir una acción de tutela promovida por el rematante contra la entidad ejecutante, para obtener de ella el pago de los valores que por concepto de servicios públicos del inmueble subastado se adeudaban a las empresas respectivas, expresó que "...la legislación procesal y sustancial de los remates en procesos ejecutivos, imponen al juzgado, como representante del vendedor, hacer los pagos indispensables como los de impuestos (art. 530, inciso 1°, y 529, inciso 1°, C.P.C.) y demás que sean necesarios para cancelar los gravámenes (art. 530, num. 1°. C.P.C.) y entregar, al rematante la casa saneada (art. 539 num. 4° C.P.C.);..." (Sent. de 21 de septiembre de 1998, Expediente de Tutela No. 5374).

4.- Siendo ello así, fluye ostensible la ilegalidad de la determinación de la Juez accionada, contenida en el proveído aquí combatido por vía de tutela, por cuanto con ella se desconocen, como se dijo, las normas de orden sustancial y procesal reguladoras de los remates en los procesos ejecutivos, ilegalidad que, por lo mismo, hace incurso tal pronunciamiento en el campo de las vías de hecho judiciales, provocando de paso, la conculcación del derecho al debido proceso del solicitante del amparo.

5.- Sin duda, se muestra arbitrario y caprichoso el razonar de la funcionaria accionada en el comentado auto de 21 de julio de 1998, pues no podía ella, con ignorancia de las normas atrás invocadas, y apoyándose exclusivamente en el numeral 7° del artículo 530 de la ley de enjuiciamiento civil, desconocer la obligación que, como representante del vendedor (ejecutado), tenía de sanear la cosa vendida en favor del comprador (rematante) y, de otro lado, deducir, como lo hizo, que del precio de la enajenación forzada corres-

pondría cancelarse primero el valor del crédito y las costas y del remanente, en el supuesto de quedar, pagarse el monto de los impuestos sufragados por el adjudicatario de los automotores por ella subastados.

5.- Se sigue de lo expuesto que, si bien es cierto el derecho de propiedad del accionante no ostenta aquí jerarquía de fundamental y, por lo mismo, no es susceptible de protegerse por vía de tutela, el actuar descrito de la juez querellada conculca el derecho al debido proceso del peticionario, el cual, consecuentemente, deberá ser tutelado, para lo que se ordenara a dicha funcionaria, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a cuando se le entere esta determinación, adopte las medidas necesarias para reintegrar al señor Aldana León los dineros que pagó por concepto de impuestos de los automotores que le fueron adjudicados, del precio mismo en que se subastaron dichos vehículos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferido en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y, en su defecto, Resuelve tutelar el derecho al debido proceso del accionante y, en consecuencia, ordena a la Juez Cuarta Civil del Circuito de esta ciudad, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a cuando se le entere esta determinación, adopte las medidas necesarias para reintegrar al señor Aldana León los dineros que éste pagó por concepto de impuestos de los automotores que le fueron adjudicados en el proceso ejecutivo de que da cuenta la queja, del precio mismo del remate.

Notifíquese lo aquí resuelto al accionante y a las personas citadas a este diligenciamiento mediante telegrama; a la funcionaria accionada con oficio, al que se anexará copia de esta providencia; remítase en forma inmediata copia de este proveído al Tribunal de Instancia para lo de su cargo; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Oficiése como corresponda.

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

DEBIDO PROCESO EN REGISTRO INMOBILIARIO: no desconoce el Registrador el derecho del cónyuge, que adelanta proceso de separación de bienes en donde no se ha proferido sentencia que disponga la liquidación de la sociedad, cuando levanta el registro de las medidas cautelares allí ordenadas para inscribir el embargo decretado en un proceso ejecutivo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref: Expediente No. 5909

Se decide por la Corte la impugnación instaurada por Ana Elvira López contra la sentencia del 19 de enero de 1999 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, dentro del trámite de la acción de tutela que contra la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama (Boyacá) adelantó la recurrente.

ANTECEDENTES

1. Afirmó la peticionaria que dentro del proceso de separación de bienes que adelantó contra su cónyuge Estaurofilo Rodríguez, solicitó el embargo y secuestro del inmueble registrado con el número de matrícula inmobiliaria 074-5268 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama, petición que fue acogida por el juzgado del conocimiento, esto es, el Juzgado Promiscuo de Familia de esta ciudad.

Posteriormente, el doctor Miguel Cepeda, quien a la sazón había representado judicialmente al demandado en este proceso, instauró contra él demanda ordinaria laboral que concluyó con sentencia estimatoria de sus pretensiones. El mencionado abogado inició a continuación, ejecución laboral contra quien fuera su cliente, solicitando el embargo de bienes "que son propios" de la sociedad conyugal, entre ellos el lote anteriormente mencionado de matrícula 074-0005268, cautela que fue, efectivamente, ordenada por el Juzgado Laboral.

La Registradora de Instrumentos Públicos de Duitama, para dar cumplimiento de la orden de embargo emanada del Juzgado Laboral del Circuito de esa localidad, de manera oficiosa y con errada invocación y aplicación del artículo 518 del Código de Procedimiento Civil canceló el embargo decretado por el Juzgado Promiscuo de Familia, en el proceso de "Liquidación de la sociedad conyugal", adelantado contra el mencionado Rodríguez López, para darle cabida al embargo del Juzgado Laboral. De esta manera aseguró la protección de un crédito personal del demandado, desprotegiendo el derecho de la cónyuge con un grave perjuicio a su patrimonio.

Puntualiza, además, la solicitante que la señalada registradora le está violando el derecho "de la garantía de propiedad" sobre el aludido inmueble, al decretar de oficio el levantamiento del embargo ordenado por el Juzgado que conoce de la separación de bienes, para garantizar una acreencia "que es propia e individual del demandado Estaurofilo Rodríguez", pues es claro que los costos y costas procesales "son de la parte actora y contratante de los servicios profesionales hasta tanto el juez de conocimiento no diga lo contrario".

En consecuencia, afirma, se le está causando un grave perjuicio, pues una vez el deudor pague la obligación laboral y, subsecuentemente, se desembargue el bien, podrá ser transferido a otra persona con menoscabo de sus derechos. La encausada fundó su decisión de levantar el embargo "en el artículo 58" (sic) del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la prelación de embargos, incurriendo en una flagrante violación de la ley que atenta contra los derechos fundamentales previstos en los artículos 29 y 58 de la Constitución Nacional, toda vez que, de un lado, aplicó una norma que regula lo concerniente a la prelación de embargos en procesos ejecutivos con título hipotecario o prendario amén que confundió la prelación de embargos con la prelación de créditos que constituyen dos situaciones jurídicas totalmente diferentes.

Con relación a la violación del derecho de propiedad precisó que ella tuvo lugar al imponerse un gravamen de embargo sobre un predio de la sociedad conyugal Rodríguez López, sin que hasta el momento se sepa a quién le será adjudicado, poniendo en grave riesgo de ocurrencia la "sustracción de bienes por parte del demandado Estaurofilo Rodríguez y también gravándose con una carga económica que no estoy obligada a soportar".

2. Entrada la encausada de los pedimentos de la reclamante subrayó en escrito dirigido al Tribunal a quo que, de acuerdo con el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, la cancelación del embargo es procedente por no encontrarse en firme la sentencia favorable al demandante, lo que hace imperativo legal que se registre el embargo dando aplicación al artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 1°.

3. Mediante providencia del 19 de enero del año en curso el sentenciador, luego de haber decretado algunas pruebas, denegó la acción de tutela sometida a su consideración.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Después de una dilatada reseña de los antecedentes del trámite de la acción de tutela, acotó el Tribunal que ésta se encamina a la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la Constitución y la ley. Valiéndose, igualmente, de jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló que la mencionada acción tiene dos características esenciales que son la subsidiariedad y la inmediatez, de las cuales ofreció un sucinto concepto.

Añade, más adelante, que con el proceder de la encausada, en relación con la cancelación oficiosa de la medida cautelar decretado dentro del referido proceso de separación de bienes y la subsecuente inscripción de la cautela ordenada por el Juzgado Laboral del Circuito dentro del proceso ejecutivo seguido por el Dr. Miguel Cepeda contra el mencionado cónyuge, no se le han vulnerado a la accionante los derechos fundamentales invocados, por cuanto que es la propia ley la que así lo consagra, amén de que para ello la Registradora acató las normas previstas en los Capítulos IV y V del Decreto 1250 de 1970.

Destaca el Tribunal, que si bien el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil autoriza en los procesos de separación de bienes el embargo y secuestro de aquellos que puedan ser objeto de gananciales y que estén en cabeza de la parte contraria, no es menos cierto que el numeral 2° del mismo precepto indica que el embargo y secuestro practicados en esa clase de procesos no impiden perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en procesos de ejecución antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante, que en aquellos se dicte, estableciendo, igualmente, que en tal caso se dará aplicación a lo previsto en el numeral 1° del artículo 558, de modo que el remanente no embargado en otros ejecutivos y los bienes que en ésta se desembarguen se considerarán embargados para los fines del proceso de separación de bienes.

El Tribunal encuentra, en estos preceptos, la expresa autorización para que la Registradora hubiese cancelado de oficio el embargo ordenado en el proceso de separación de bienes y hubiese inscrito el decretado en el proceso ejecutivo laboral.

Puntualiza, de otro lado, que el Decreto 1250 de 1970 establece el camino a seguir para la inscripción del nuevo embargo y la cancelación del anterior, sin que en parte alguna se advierta que la funcionaria debiera proferir un acto administrativo que tuviese que ser notificado a los interesados y, menos aun, que contra él esté previsto recurso alguno. El proceso de inscripción de un título o documento comprende su radicación, calificación, inscripción y constancia de haberse ejecutado ésta, pasos que fueron observados por la funcionaria encartada. En todo caso los hechos de la demanda no se le endilga cargo alguno respecto del proceso de registro.

Así como no se ha vulnerado el derecho del debido proceso, añade el Tribunal, tampoco se ha menguado el de propiedad porque la ley expresa que el remanente no embargado en otros procesos o los bienes que se llegaren a desembargar, se considerarán embargados para los fines del proceso de separación de bienes.

Sí, finalmente, la medida adoptada en el proceso ejecutivo laboral no era la adecuada, porque lo viable era, perseguir los derechos del demandado sobre los bienes que se adjudicaran una vez liquidada la sociedad, tal cuestión no es asunto que le correspondiese dilucidar a la señora registradora, dado que su labor se concreta a seguir el proceso de registro seguido en el demanda.

LA IMPUGNACIÓN

Para fundamentar su inconformidad afirmó la impugnante que lo decidido por el Tribunal tendría aplicación jurídica si el inmueble embargado estuviese exclusivamente en cabeza del demandado Estaurofilo Rodríguez; pero dado que en la escritura de adquisición reza que fue adquirido por aquél siendo persona casada y con sociedad vigente con la peticionaria, debe concluirse que el bien no es de la exclusiva propiedad del señor Rodríguez sino en sociedad con Ana Elvira López, su cónyuge, razón por la cual las normas invocadas como sustento de la decisión no son aplicables en este asunto, motivo por el cual, al prosperar la tutela deberá ordenarse a la señora Registradora que cancele el embargo proveniente del Juzgado Laboral y en su defecto mantenga el proveniente del Juzgado Promiscuo de Familia, toda vez que en el proceso de ejecución laboral podrían embargársele los derechos que puedan corresponder al allí encausado Estaurofilo Rodríguez dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal, pero el desembargo en la forma practicada no es procedente porque si bien es cierto que está inscrito a nombre de aquél, también lo es que las escrituras de adquisición rezan que tal compra lo fue en sociedad con su cónyuge.

Reitera la inconforme, que además se le está violando, el derecho a la propiedad puesto que estaría entrando a responder con sus derechos sobre el bien embargado, por una deuda personal de su cónyuge, adquirida con posterioridad a la iniciación del proceso de separación de bienes, "y para tal efecto la Corte Suprema ha dicho que las obligaciones adquiridas con posterioridad a la instauración de la demanda de liquidación de sociedad conyugal lo son de aquel cónyuge que la adquirió".

SE CONSIDERA

1. Dentro de las particularidades más significativas de la Constitución Política colombiana de 1991, cabe señalar que ningún funcionario del Estado escapa a la acción de tutela contra los actos u omisiones suyos que vulneren o amenacen derechos fundamentales de las personas, por supuesto que todo mandato, actuación o decisión de las autoridades públicas debe encon-

trar, en cualquier situación u oportunidad, sólido estribo en tales derechos, de modo que resulta atinado aseverar que ellos, además de irradiar de legitimidad el ejercicio del poder estatal, le dan contenido y justificación al mismo. No es posible, entonces, advertir la existencia de título jurídico alguno que permita agraviar tales derechos que, en cuanto son necesarios a la personalidad del hombre, se erigen en un valladar insoslayable contra la arbitrariedad de los operadores del poder del Estado.

Empero, la improcedencia de tal mecanismo es evidente cuando, como en el presente caso ocurre, se dirige contra actuaciones que no se evidencian como caprichosas o arbitrarias y que, por el contrario, se sujetan al ordenamiento legal sin menoscabar los derechos fundamentales de la peticionaria.

2. En efecto, dispone el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil que en los procesos de separación de bienes, entre otros, "...Cualquiera de las partes podrá pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieran en cabeza de la otra; si se trata de bienes sujetos a registro, el secuestro se practicará una vez inscrito el embargo y allegado el certificado de propiedad que comprenda un periodo de 20 años... *El embargo y secuestro en estos procesos no impedirá perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en proceso de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquellos se dicte; con tal objeto se dará aplicación a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 558, y el remanente no embargado en otras ejecuciones y los bienes que en éstas se desembarquen, se considerarán embargados para los fines del proceso de nulidad de matrimonio, divorcio o separación de bienes*" (Se resalta).

El numeral 1 del artículo 558 ejusdem, prescribe, a su vez, que en caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien se procede de la siguiente manera: "... El decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se registrará aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien; *éste se cancelará con el registro de aquél. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su registro, el registrador deberá cancelar el anterior; dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá al juzgado donde se adelanta el ejecutivo hipotecario o prendario copia de la diligencia para que tenga efecto en éste y oficie al secuestre para darle cuenta de lo anterior*" (Se destaca).

Es patente, entonces, que por virtud de las trasuntadas disposiciones legales, mientras no se registre la sentencia que ordene la liquidación de la sociedad conyugal, el embargo de los bienes que se encuentren en cabeza de alguno de los cónyuges y que tengan la calidad de gananciales, decretado en los procesos especificados en el predicho artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, entre ellos, el de separación de bienes, no obsta el perfeccionamiento de la cautela decretada en un proceso ejecutivo; esto es, que el legislador, en franco resguardo de los derechos de los terceros acreedores de

alguno de los cónyuges, quienes podrían sufrir menoscabo por causa de las medidas cautelares que se decretasen en procesos de separación de cuerpos o divorcio, fraguados por componendas de los cónyuges con miras a perjudicarlos, optó por prescribir que el embargo que en ellos se decretase cediera ante el ordenado en los procesos ejecutivos adelantados por éstos.

Pero, además, tal disposición se aviene con la naturaleza propia del régimen de gananciales o de sociedad conyugal previsto en la legislación, el cual, como se sabe se caracteriza porque desde la celebración del matrimonio y durante su vigencia, cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraer el vínculo y los que llegase a adquirir con posterioridad, de modo que, mientras no se decreta la disolución del vínculo matrimonial, cada uno de ellos ejerce autónomamente el derecho de libre disposición de ellos, sin que, subsecuentemente, el otro pueda interferir o restringir tal potestad. Solamente cuando se disuelva la sociedad conyugal, los gananciales o bienes adquiridos durante su existencia pasan a constituir un patrimonio común, pero para el único efecto de su liquidación y distribución entre ellos en la forma y términos establecidos en la ley.

Quiérese destacar, entonces, que mientras no se profiera sentencia que disuelva la sociedad conyugal, o ésta no se hubiese deshecho por cualquiera otra de las circunstancias previstas en la ley (artículo 1820 del Código Civil), los cónyuges se tendrán como separados de bienes y, por ende, disfrutarán de plena capacidad dispositiva de sus haberes, sin que sea posible inferir, como lo hace la peticionaria, que por tener una cosa el carácter de ganancial deba considerarse, aun antes de la disolución de la sociedad conyugal, como de propiedad común de los esposos.

Justamente, los terceros, confiados en esa autonomía y separación patrimonial, se relacionan con el cónyuge, a sabiendas que, por mandato legal (artículo 2488 del Código Civil), "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677", vale decir, que en aplicación del principio según el cual el patrimonio del deudor es prenda de los acreedores, éstos entran en relación con él, pues son sabedores que los elementos que lo conforman o van a conformarlo, constituyen la garantía de sus acreencias y es, precisamente, la protección de esa confianza que la estabilidad patrimonial del deudor les ha inspirado, el fundamento del señalado artículo 691 del Código de Procedimiento Civil.

3. Siendo las cosas de ese modo, es evidente que la funcionaria encausada no incurrió en la transgresión de los derechos fundamentales por los que se duele la accionante, por supuesto que, de un lado, las normas legales que vienen de citarse, la autorizaban, como la autorizan, para cancelar el embargo ordenado en el proceso de separación de bienes en el cual no se ha proferido sentencia de primera instancia, circunstancia esta que se colige, no sólo de las copias aportadas, sino, además, siendo aspecto nuclear de la decisión

cuestionada, del silencio de la peticionaria al respecto. Y, de otro lado, que tampoco pudo afectarse el derecho de propiedad que no ha tenido sobre tales bienes, pues, reitérase, la comunidad entre los consortes sólo surge a raíz de la disolución del vínculo matrimonial, es decir, en este caso, una vez hubiese obtenido sentencia favorable a sus pedimentos.

4. En ese orden de ideas no se abre paso el amparo pretendido por la actora.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma el fallo del 19 de enero de 1999, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, dentro del trámite de la acción de tutela que contra la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama (Boyacá) adelantó la recurrente Ana Elvira López.

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

Notifíquese

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

DESIDO PROCESO, TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO: 1. Cuando ya se ha definido el asunto objeto de controversia, sería ineficaz la orden de tutela tendiente a ordenar a la autoridad accionada el pronunciamiento sobre una nulidad procesal. 2. No es procedente la acción de tutela que versa sobre vicios sustanciales o de fondo. Es indiscutible que frente a dos posturas valederas, ello por sí elimina, en el plano constitucional, la existencia de una vía de hecho judicial, razón por la cual el juez de tutela no puede tomar partido por una u otra, pues al dirigirse el debate a un punto netamente legal, ello corresponde hacerlo a la autoridad judicial competente, como en efecto se hizo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Referencia: Expediente No. 5957

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia de 10 de febrero de 1999, denegatoria del amparo, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D. C., Sala Civil, en la acción de tutela incoada por la sociedad The Interpublic Group of Companies Inc. frente al Tribunal de Arbitramento convocado, integrado e instalado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, conformado por los doctores Luis Fernando Salazar López, Fernando Sarmiento Cifuentes y María Carlota Sáenz Caldas.

ANTECEDENTES

1.- Manifiesta la sociedad accionante que la parte denunciada vulneró los derechos fundamentales a un debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia, al emitir el laudo de 29 de septiembre de 1998 (fols. 186-255), en el proceso arbitral seguido en su contra por los señores John Chiswell y Wladimir Iwanoff, razón por la cual solicita se disponga restablecer la integridad de los mismos "ordenando que los árbitros... proferan un nuevo laudo ajustado a la ley, en el término y conforme a los parámetros que se señalen al efecto".

2.- Luego de indicar que el objeto jurídico del proceso arbitral consistía en obligar a la "demandada a cumplir un contrato de promesa de compra-venta de acciones" en la sociedad Marca Lintas S. A., la parte denunciante expone como fundamento de sus anteriores peticiones los hechos que a continuación se compendian:

2.1.- En respuesta a la demanda que originó el proceso arbitral, la sociedad convocada se opuso a la prosperidad de sus pretensiones, aduciendo que los demandantes habían incumplido lo pactado, en cuanto en la fecha prevista para perfeccionar el contrato prometido no estaban en "capacidad de transferir válidamente la propiedad de las acciones prometidas".

2.2.1.- En efecto, el traspaso de las acciones debía cumplir los requisitos señalados en el artículo 404 del Código de Comercio, plasmado a su vez en el artículo 11 de los estatutos de la sociedad Marca Linta S. A., donde perentoriamente se prohíbe la enajenación de acciones pertenecientes a los administradores, salvo autorización de la Junta Directiva o de la Asamblea General de Accionistas, so pena de nulidad absoluta (artículos 899, *ibidem*, y 1742 del Código Civil).

2.2.2.- En el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, aportado por los demandantes, se da cuenta que éstos "eran miembros de la Junta Directiva de Marca Lintas S. A. desde el 17 de octubre de 1991 y por lo menos hasta el 11 de junio de 1996, fecha de expedición del Certificado (sic.)", pues allí "figura John Chiswell como Presidente de la sociedad y primer suplente del representante legal desde el 14 de febrero de 1992", demostrándose así en el proceso arbitral que los convocantes tenían la calidad de administradores de la sociedad, tanto en la fecha de celebración de la promesa, 28 de octubre de 1991, como en la de su cumplimiento, 31 de octubre de 1995.

2.2.3.- Los actores no probaron en el trámite arbitral que la "Junta Directiva o la Asamblea de Accionistas de Marca Lintas S. A. los hubiera autorizado para vender las acciones en litigio, por el contrario, aceptan que no tenían tal autorización al relacionar en el hecho 27 de la demanda los específicos documentos que pusieron a disposición de los compradores en cumplimiento de las prestaciones a su cargo, en los que no incluyeron la mencionada autorización".

2.3.- El Tribunal de Arbitramento no decidió la "excepción de mérito consistente en la nulidad absoluta de la venta prometida", a pesar de formularse en la contestación de la demanda la genérica prevista en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y ponerse de presente su existencia en el alegato de conclusión, "argumentando que la llamada excepción genérica, equivale a no proponer ninguna". En otras palabras, "ni siquiera se tomó la molestia de fundamentar o dar una explicación... de por qué decidió no aplicar el artículo 404 del Código de Comercio norma esta de imperativo cumplimiento y de orden público".

3.- En esas circunstancias, concluye la denunciante, el Tribunal de Arbitramento produjo "una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso fallado", incurriendo así en las denominadas vías de hecho, toda vez que de haberlas aplicado, frente a la prueba recopilada, "habría variado fundamentalmente la decisión adoptada".

4.- En respuesta a la tutela, los árbitros se opusieron al amparo Invocado (fols. 42-49). Primero, por haber cesado el Tribunal en el ejercicio de sus funciones no sólo en cuanto a la extinción del plazo concedido para fallar en derecho, sino al encontrarse en firme el laudo proferido y haberse interpuesto contra éste, como así se acepta en la tutela, recurso de anulación. Segundo, porque si no se decretó la nulidad absoluta, entre otras cosas "jamás...alegada...en el proceso arbitral", no existe explicación para que no hubiese solicitado "complementación del laudo" respecto de los supuestos puntos dejados de resolver, o invocado como causal de anulación, el "no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al Arbitramento, tal como lo establecía el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989". Y, tercero, porque a pesar de sustentarse "tardía y extemporáneamente", "sin ninguna lealtad procesal", la nulidad absoluta, los árbitros sí observaron que el 28 de octubre de 1991 (fols. 31-32, C-1, pruebas), la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Marca Lintas S. A., había autorizado a los miembros de su junta directiva para enajenar las acciones de su propiedad, "según amplio análisis en derecho que puede leerse en las páginas 31, 40, 41, 45, 50, 58 y 59 del laudo".

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1.- Luego de referirse al objeto de la tutela, a su procedencia restringida frente a decisiones judiciales, en cuanto sólo se admite para atacar las denominadas vías de hecho, entendidas como la transgresión protuberante y grave del ordenamiento legal que debía regir el proceso dentro del cual se proferió la sentencia, así como al derecho fundamental a un debido proceso, el Tribunal identificó que la entidad denunciante había edificado la falta calificada en la circunstancia de no haberse resuelto, por las razones anotadas, la "nulidad absoluta" de la promesa de venta de unas acciones, a pesar de haberse planteado en la contestación de la demanda la excepción genérica y ponerse de presente la existencia del vicio absoluto en los alegatos de conclusión.

1.1.- Sobre el no estudio de la nulidad bajo el supuesto de la excepción genérica, el sentenciador señaló que si bien en el laudo se indicó que aducirla "equivale a no proponer ninguna por no expresar el excepcionante en forma clara y precisa las razones y hechos en que ella se fundamenta", esa interpretación no es en "modo alguno arbitraria o caprichosa", sino encuentra "razonamiento lógico, aunque no sea el único posible", al decirse que dada la naturaleza del proceso arbitral, no era dable a los árbitros "asumir el

papel de las partes para determinar las cuestiones objeto de arbitraje", pues si ese trámite "surge siempre de la voluntad de las partes", "les impone, al menos, unas reglas especiales que les obliga a expresar de manera clara y precisa en su demanda y contestación, todas las diferencias objeto de arbitraje, para que las mismas sean resueltas por los árbitros de manera expresa", al punto que si "dejaren de resolver algunas de ellas, o decidieren puntos no sujetos a su decisión o condenen más de lo pedido por ellas, el laudo resultaría anulable en conformidad con las reglas contenidas en el art. 38 del Decreto 2279 de 1989".

1.2.- En relación con el no reconocimiento de la nulidad absoluta a pesar de ponerse en conocimiento su existencia en los "alegatos anteriores al proferimiento del laudo", el *a quo* estimó que ello no era posible por cuanto al momento de quedar definida la "cuestión litigiosa", en la primera audiencia de trámite, bien por lo aducido en la demanda, su contestación o en la demanda de reconvencción, o lo indicado allí mismo por las partes, conjunta o separadamente, "lo que permite determinar la competencia del Tribunal", no quedó planteado como objeto de decisión la "nulidad del acuerdo negocial".

2.- En todo caso, subraya el juzgador, en el laudo no sólo se dejó sentado que las "partes no discuten ni la existencia ni la validez del contrato de promesa de compraventa (...), el cual admiten, aceptan y ratifican expresamente", sino que se refirió a sus elementos de existencia y validez, para luego hacer un estudio acerca del contenido y alcance de las obligaciones recíprocas asumidas por los contratantes, pasando así a analizar la "forma de negociación de las acciones nominativas, y del derecho de preferencia, cuestión que había planteado la hoy accionante como exonerativas del cumplimiento de la prestación debida".

3.- Por lo demás, la entidad convocada al proceso arbitral no solicitó la complementación del laudo, tal y como lo autoriza el artículo 36 del estatuto arbitral, de donde no puede pretenderse revivir a través de la tutela oportunidades procesales pasadas inadvertidamente.

Ahora, en el entendido que el Tribunal debía haber hecho declaración expresa sobre la pretendida nulidad, se abriría paso el recurso de anulación con fundamento en la causal 9ª del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, alternativa ya utilizada y que "según dan cuenta las copias aportadas le fuera resuelto adversamente".

4.- En consecuencia, frente a la inexistencia de una vía de hecho judicial y haber contado la accionante "con los medios de defensa previstos por la ley para la defensa de sus derechos, sin que hubiere hecho uso de los mismos", el Tribunal negó el amparo impetrado.

LA IMPUGNACIÓN

1.- En el escrito de impugnación, además de insistirse en las razones inicialmente aducidas para invocar el amparo constitucional, se compendia

lo que constituyó la defensa planteada al interior del proceso arbitral, reca-bándose que la excepción de falta de legitimación por activa para obligar a la demandada a cumplir con su carga prestacional de adquirir las acciones, fincada en el incumplimiento de los requisitos de ley para poder transferir-las, como es la falta de autorización de la Junta Directiva exclusivamente, organismo muy distinto a los otros entes corporativos de la sociedad, fue analizada "asimilándola erróneamente a la excepción de Contrato No Cumplido, fundamentada en que los vendedores no habían renunciado al derecho de preferencia".

2.- Fuera de lo anterior, agrega el impugnante, considerar que la interpretación en el laudo del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, no es caprichosa o arbitraria, en cuanto la competencia de los árbitros es eminentemente reglada, es un plantamiento ajeno con el alcance dado por los Tribunales que han conocido de este caso, toda vez que el Decreto 2279 de 1989 en modo alguno creó la jurisdicción arbitral, como tampoco instituyó que el arbitramento dejó de ser un proceso para definir controversias propias del derecho privado, lo cual determina que "sigue siendo parte de las normas propias de la actividad procesal civil", al punto que el artículo 45, ibidem, determina que los "árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil, responderán civil, penal y disciplinariamente en los mismos términos de los jueces civiles del circuito a quienes se asimilan".

En ese orden, concluye, en el proceso arbitral los árbitros tienen competencia para pronunciarse sobre las excepciones perentorias que se encuentren probadas, siguiendo el principio de la congruencia previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, cual acontece con "los hechos que respaldan las excepciones que los árbitros desconocieron" y que eran suficientes para enervar las pretensiones de la demanda arbitral.

3.- Finalmente, subraya el accionante, la adición del laudo no tendría cabida, porque el Tribunal de Arbitramento sí pronunció decisión sobre la excepción genérica y la nominada falta de legitimación en la parte activa para poder obligar a la demandada a cumplir con su carga prestacional de adquirir las acciones, "pero con desconocimiento de las normas que las regulan". De otra aparte, la "falta de aplicación de las normas invocadas" fue alegada en el recurso de anulación del laudo, respecto de lo cual se contestó que no se "trataba de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de aducir ese tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes".

CONSIDERACIONES

1.- En esta oportunidad superfluo resulta decidir si los árbitros, al emitir el laudo definitivo, debían observar imperativamente lo previsto en el artícu-

lo 306 del Código de Procedimiento Civil, porque fundamentadas las excepciones de contrato no cumplido y falta de legitimación en la parte activa para poder exigir de la demandada el cumplimiento de sus obligaciones, en los mismos hechos de la nulidad absoluta, esto es, en la circunstancia de no encontrarse los prometiéndos vendedores en capacidad de transferir las acciones prometidas, tanto en la fecha de celebración de la promesa, 28 de octubre de 1991, como en la de su cumplimiento, 31 de octubre de 1995, bien por no haberse renunciado al derecho de preferencia, ora por no obtenerse autorización del órgano competente de la sociedad Marca Lintas S. A., para enajenar las acciones pertenecientes a miembros de la Junta Directiva, lo cierto es que al declararse infundados los citados medios exceptivos se hizo el análisis correspondiente.

En efecto, en los capítulos V y VI del laudo (fols. 228-235, C-2), relativos al estudio de la "Negociación de Acciones Nominativas" y al "Derecho de Preferencia", respectivamente, el Tribunal de arbitramento concluyó que la negociación había cumplido los requisitos legales y estatutarios. En relación con la autorización para enajenar acciones de los miembros de la Junta Directiva, porque en la parte dispositiva de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el 28 de octubre de 1991 (Acta No. 5), expresamente se autorizó el "traspaso de las 70 acciones de la compañía que son propiedad de Jhon A. Chiswell, así como el traspaso de las 70 acciones de la compañía que son propiedad del señor Wladimir Iwanoff, a favor de The Interpublic Group Of Companies, Inc". Y, respecto del derecho de preferencia, porque si bien ese derecho fue establecido en los estatutos sociales, no podía desconocerse que en la misma asamblea extraordinaria fue "expresamente renunciado por sus accionistas para hacer viable la negociación de acciones entre John Alfred Chiswell y Wladimir Iwanoff y la sociedad The Interpublic Group Of Companies, Inc".

2.- Si en principio, la tutela se utilizó para que se ordenara a los árbitros emitir un pronunciamiento sobre la nulidad absoluta, aun aceptando en gracia de discusión que se incurrió en error al procediendo al desconocerse el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, resulta bien claro que frente a la definición material del punto objeto de controversia, sin consideración al lugar donde se hizo el análisis correspondiente, cualquier amparo que se brindara para ese mismo efecto resultaría ineficaz, vano o inútil.

Si bien en el escrito de tutela se afirma que los "árbitros no decidieron... la excepción de mérito consistente en la nulidad absoluta de la venta prometida", realmente el ataque se centra no al hecho de haberse dejado de resolver, como equivocadamente lo entendió el *a quo*, sino a la circunstancia de no haberse aplicado "el artículo 404 del Código de Comercio norma esta de imperativo cumplimiento y de orden público". En otras palabras, el mecanismo de defensa constitucional se dirige contra "vicios o defectos sustantivos contenidos en el laudo que constituyan violaciones a los derechos fundamentales referidos". (El resaltado es del texto).

Lo anterior se comprueba en el escrito de impugnación al precisarse que no era procedente acudir a los mecanismos de defensa judicial para dejar a salvo los supuestos errores de procedimiento, pues no debía "perderse de vista, que en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Arbitramento, sí se pronunció...sobre las excepciones", "pero con desconocimiento de las normas que las regulan".

3.- En consecuencia, al no quedar el menor asomo de duda que el amparo solicitado lo es en relación con el "vicio o defecto sustancial o de fondo advertido" en una decisión judicial, como lo es el laudo arbitral, debe decirse que la tutela no faculta a los jueces del ramo a invadir competencias de otras autoridades judiciales, por cuanto si ello acaece, no sólo se desnaturalizaría su objeto preciso y directo, cual es la defensa de los derechos fundamentales frente a conductas ilegítimas de los agentes del Estado, o de los particulares en los casos expresamente previstos por el legislador, sino que desconocería los principios de seguridad jurídica (Constitución Política, artículo 2º), necesario para la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, de separación de poderes (artículo 113, *ibidem*) y de autonomía e independencia de la administración de justicia (arts. 228 y 229 *efusdem*).

Lo anterior no implica que las decisiones o actuaciones de los jueces no sean pasibles a la tutela. Por el contrario, como se tiene dicho a partir de la sentencia de inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 (ver cita del Tribunal), su procedencia frente a las autoridades del ramo lo es de manera restringida, en cuanto sólo se le admite para atacar las denominadas vías de hecho. Desde luego, ello tiene su razón de ser, porque si se proscribiera en tales eventos la protección constitucional, sería como afirmar que de los jueces no puede predicarse la violación o amenaza de los derechos fundamentales, desconociendo que al estar compuesta la rama judicial por seres humanos, la infalibilidad de estos no puede asegurarse. Sin embargo, para que excepcionalmente proceda el amparo constitucional frente a determinada decisión o actuación judicial, necesariamente debe presentarse una situación verdaderamente extraordinaria que además de incumplir el juez una norma jurídica de obligatoria observancia, conlleve equivocación de una magnitud tal que el ordenamiento jurídico termine sustituido por su voluntad, y que pese a intentar remover al interior del proceso mediante la interposición de todos los medios posibles, la arbitrariedad y el capricho pudo más que la legalidad.

4.- En el caso concreto, el análisis de las excepciones propuestas, supuso la existencia de un contrato legalmente celebrado, aspecto este que la parte convocada al proceso arbitral, ahora denunciante en tutela, no puso en tela de juicio, al afirmar en el alegato de conclusión (fol. 113, C-2), que "Ninguna de las partes en el proceso ha atacado ni enrumbado su ataque hacia la legalidad o la firmeza del contenido de la promesa de venta, así como tampoco nadie ha cuestionado la licitud de su objeto ni la capacidad de las partes contratantes (...), como tampoco ninguna de las pretensiones se endereza a la revisión de su clausulado; por el contrario, es apoyado en ella y a partir de

su firmeza y la legalidad que la parte demandante legitima sus aspiraciones", de ahí que "nos tenemos que someter a lo pactado por las partes en la promesa de compraventa y será con lo así estipulado a la luz de los estatutos de la sociedad Marca Lintas S. A. que deba decidirse la cuestión litigiosa".

En concordancia con lo anterior, el Tribunal de Arbitramento también dejó sentado, para los efectos del laudo arbitral, "que en el presente proceso las partes no discuten ni la existencia ni la validez del contrato de promesa de compraventa que celebraron el 28 de octubre de 1991, el cual admiten, aceptan y ratifican expresamente".

5.- De manera que si la existencia y validez de la promesa de compraventa constituyó un punto superado, ello por sí excluye la comisión de una falta calificada para la procedencia de la tutela. Además, si el Tribunal encontró que el derecho de preferencia había sido renunciado y que la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el 28 de octubre de 1991, había autorizado el proyecto de negociación y, por ende, el perfeccionamiento del contrato, tampoco pudo incurrir en los errores de juzgamiento denunciados, porque ello supone la actuación, no la inaplicación, de los artículos 403 y 404 del Código de Comercio, así como los correlativos sociales.

6.- Aun cuando la parte accionante para defender y a la vez atacar la promesa confundió los requisitos esenciales de ésta con los del contrato prometido, no se desconoce que el punto neurálgico materia de controversia giró en torno a si los prometedores vendedores estaban en capacidad de enajenar un determinado número de acciones, pues las prometidas en venta eran 140, mientras para la fecha de perfeccionarse el contrato se habían incrementado en 5.600. Sin embargo, el estudio que al respecto se hizo en el capítulo IV del laudo (fols. 217-222, C-1), no resulta caprichoso ni arbitrario; al contrario, resulta razonable frente a la interpretación del contexto de la promesa, concretamente del párrafo de la cláusula tercera donde se hizo constar que la fórmula allí establecida para la "determinación del precio de la compraventa ha sido acordada por tratarse de la compraventa del catorce por ciento (14%) de Marca Lintas S. A., por lo cual la fórmula no es ni sería aplicable a transacciones de acciones de Marca Lintas S. A., que no le garanticen a la promitente compradora alcanzar a poseer el cincuenta y dos por ciento (52%) del capital suscrito y pagado de la sociedad".

Por supuesto, al momento de la promesa las 140 acciones prometidas correspondían al 14% de un total de 1.000, de las cuales el 36% (360) pertenecían a la promitente compradora, con lo cual aseguraba el 52% acordado. Ese mismo porcentaje fue asegurado con el aumento del capital de la sociedad, a cuyo efecto se emitieron 39.000 acciones más, distribuidas proporcionalmente al interés de cada socio en la sociedad, para un total de 40.000, correspondiendo el porcentaje del 14% objeto de la promesa, precisamente a las 5.600 acciones. Luego, si como lo entendió el Tribunal de Arbitramento lo que se adquirió fue el porcentaje de las acciones, independientemente del número, la otra interpretación implicaría sostener que la

capacidad de transferir sólo se predicaba de 140 acciones y no de las restantes 5.460, pese a que en su momento los señores John Chiswell y Wladimir Iwanoff, habían vendido la totalidad de sus intereses, lo que significa que por obra del aumento de las acciones, aunque no en el porcentaje, los citados señores seguirían siendo accionistas de la sociedad.

En todo caso, aceptando que la última interpretación es razonable, es indiscutible que frente a dos posturas valederas, ello por sí elimina, en el plano constitucional, la existencia de una vía de hecho judicial, razón por la cual el juez de tutela no puede tomar partido por una u otra, pues al dirigirse el debate a un punto netamente legal, ello corresponde hacerlo a la autoridad judicial competente, como en efecto se hizo.

7.- En consecuencia, al no encontrarse estructurada una vía de hecho judicial, la sentencia impugnada debe ser confirmada.

DECISIÓN

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

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

Notifíquese y cúmplase.

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

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: las decisiones que se adoptan para determinar la cuantía en el proceso de restitución no configuran vía de hecho si tienen sustento en el numeral 7° del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, independiente de ser o no compartidas por la Sala

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 5987

Decídese la impugnación formulada por Pascual Bohórquez Pérez contra el fallo del 16 de febrero de 1999, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil - del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D. C., en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra el Juzgado 13 Civil Municipal de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. El accionante en mención propuso acción de tutela contra el despacho judicial citado, aduciendo vulneración del derecho al debido proceso. Para su protección pide que se ordene al accionado concederle el recurso de apelación propuesto contra la sentencia dictada dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado de Alvaro Gámez Cupa contra él, David Bohórquez Pinto, Benjamín Bohórquez Pérez y los herederos indeterminados de Elcira Pinto, por tratarse de un asunto de menor cuantía; y que en caso de no concederse dicho recurso se ordene la consulta de la sentencia en virtud de haber sido emplazados los herederos en cita.

2. Funda la infracción aludida en que dentro del proceso antes referido el juzgado accionado dictó sentencia acogiendo las súplicas de la demanda el 28 de noviembre de 1998, y por eso él interpuso el recurso de apelación que le fue negado, aduciendo que se trataba de un asunto de mínima cuantía, para lo cual tuvo en cuenta el canon de arrendamiento inicialmente pactado entre las partes en el año de 1985, desconociendo de facto que mediante sentencia del Juzgado 44 Civil Municipal, confirmada por el Juzgado 16 Civil

del Circuito, se modificó dicha renta y se fijó en la suma de doscientos treinta mil pesos (\$230.000,00) mensuales.

EL FALLO DEL TRIBUNAL.

El tribunal, mediante decisión mayoritaria, comienza por recordar que la tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, que no está llamado a convertirse en vía alternativa o sustitutiva de los procedimientos de las distintas jurisdicciones, y que tampoco procede contra providencias judiciales, salvo cuando en ellas se ha incurrido en vías de hecho y no cabe ningún recurso, como el de queja.

Señala a continuación el sentenciador que bien o mal denegada la apelación, el actor no hizo uso oportuno de las vías procesales, "... como era interponiendo (sic) en forma subsidiaria del de reposición, la expedición de copias para recurrir en queja, limitándose solamente al primero..." y si lo intentó fue luego en forma extemporánea, lo que es suficiente para denegar la tutela.

Adicionalmente, dice el fallador, el proceso era de mínima cuantía como atinadamente lo entendió el juzgado accionado desde cuando admitió la demanda, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 20 del C.P.C., ya que el contrato de arrendamiento era por seis meses con un canon de \$45.000,00 mensuales, sin importar para tales efectos que con posterioridad ese canon se hubiese incrementado, aserto que apoya en doctrina que cita.

Por tales motivos, la corporación termina negando la tutela peticionada.

LA IMPUGNACIÓN

Se limita a expresar el accionante en su disensión, que se acoge a los argumentos del magistrado que salvó el voto, conforme al cual, la cláusula contractual sobre el valor de la renta del arrendamiento había sido modificada por decisión judicial, y según el nuevo monto fijado el proceso es de menor cuantía, y como tal, debe gozar de la doble instancia.

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con el anterior compendio, en esta queja constitucional el accionante acusa al Juzgado 13 Civil Municipal del Distrito Capital de vulnerar su derecho al debido proceso, dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado de Alvaro Gámez Cupa en contra suya y de otros; quebranto que invoca por cuanto ese despacho le negó el recurso de apelación contra la sentencia que acogió las súplicas de la demanda, aduciendo que el asunto era de mínima cuantía y como tal de única instancia, no obstante que él estima que la cuantía es menor, debido a que para tales efectos se debe tomar el valor de la renta mensual del arriendo vigente cuando se presentó la demanda.

2. Así planteado el asunto, conviene reiterar la bien conocida doctrina jurisprudencial que pregona la improcedencia de la tutela contra providencias o actuaciones judiciales, en virtud de la declaratoria de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991¹, lo que con mayor fuerza se aplica cuando, cual ocurre en el caso de autos, se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y se ha agotado, no pudiéndose adicionar al trámite surtido una acción de esta clase, ya que nadie puede alegar que careció de los medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció o debió ejercer los recursos de que disponía, pues este mecanismo constitucional no es adicional o alternativo, susceptible de ser elegido a discreción por el interesado, porque "... en nuestro sistema pugna con el concepto mismo de esta acción la idea de aplicarla a los procesos en trámite o terminados, ya que unos y otros llevan implícitos mecanismos pensados cabalmente para la guarda de los derechos..."

3. Sin embargo, en los circunscritos casos en que las providencias o actuaciones judiciales se produzcan a través de las vías de hecho, vale decir, cuando el administrador de justicia sustituye los dictados de la ley por su voluntad caprichosa o arbitraria y procede sin un fundamento objetivo, la doctrina constitucional ha dejado a salvo la procedencia de la tutela, aunque de manera restringida, porque además es necesario que el desacierto, manifiestamente contrario a toda razonabilidad, genere un desmedro para los derechos fundamentales y el afectado no tenga o no haya tenido otro medio eficaz para su defensa; eventualidades en que el sentenciador constitucional debe limitarse a remover el acto generador del daño o peligro, puesto que no le es dado entrar a manipular el problema litigioso que allí se debata².

Del mismo modo, es también preciso rememorar que el error judicial capaz de abrir la puerta a este excepcional tipo de control debe ser patente y superlativo, esto es, totalmente fuera de los cauces del orden jurídico, desatino que no puede predicarse de las interpretaciones legales que dentro de la autonomía funcional hacen los administradores de justicia, aunque puedan ser discutibles o no se compartan, ya que "... las decisiones de los jueces, conforme lo establece el artículo 228 de la C.P., son independientes, y estos en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley (Art. 230 C.P.), de manera que la interpretación legal para los efectos de la aplicación de la norma no es susceptible del mecanismo de la tutela..."³.

4. Colocado el caso *sub lite* bajo las premisas que anteceden, no puede menos que concluirse en el hundimiento de la petición de tutela, porque la decisión del juzgado accionado de no conceder el recurso de apelación inter-

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992.

² *Ibidem*, Fallos T-079 y T-178 de 1993. Tesis reiteradas, entre otras, en la Sentencia C-037/96, que revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

³ Sentencia T-191 de 1997.

puesto por el accionante contra la sentencia de restitución, contenida en el auto del 13 de noviembre del año anterior (fls. 320 copias c. ppal. del proceso de restitución), que es el cimiento de la inconformidad, no entraña una vía de hecho, toda vez que se trata de una determinación fundada en unas razones que, independientemente de ser o no compartidas, tienen sustento en la regla 7 del artículo 20 de la codificación procesal civil, según un criterio interpretativo que para nada se muestra caprichoso o arbitrario, pues que la primera parte de tal norma, en relación con la determinación de la cuantía en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, ha dado lugar a diversas interpretaciones, ya que algunos exponen que para tales efectos debe tenerse en cuenta la renta inicialmente pactada, al paso que otros opinan que debe tomarse la vigente al momento de presentarse la demanda; conclusiones que no pueden sufrir desmejora por la circunstancia de que el canon primariamente señalado en el contrato que sirvió de base a dicho proceso, hubiese sido modificado mediante decisión judicial, ya que de todas maneras el negocio jurídico siguió siendo el mismo.

Y si así son las cosas, no es posible hallar un desajuste superlativo en la decisión, precisamente porque la valoración legal del juzgador accionado tiene germen en su discreto pero soberano contorno funcional hermenéutico, lo que impide la intromisión del juez de tutela, conforme se dijo.

5. Pero además de lo anterior, está claramente acreditado en el legajo que frente a la negativa del remedio procesal en comento, el accionante no agotó el sendero legal para proponer el recurso de queja, puesto que con la reposición propuesta a continuación no solicitó subsidiariamente la expedición de copias para recurrir de hecho ante el correspondiente superior jerárquico, de conformidad con el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil (fls. 323 y s. ib.), falencia que indiscutiblemente frustró la posibilidad para que el último, con plena competencia para ello, definiera al interior del proceso si estuvo o no bien denegada la apelación contra la sentencia; amén de que también le impide acudir a la subsidiaria acción de tutela para tratar de rescatar esa clara oportunidad de defensa, ya que como lo ha reiterado la doctrina constitucional, quien no hace uso oportuno y adecuado de los instrumentos procesales para la protección de sus derechos, se abandona voluntariamente a las decisiones que le son adversas, omisiones de las que no puede responsabilizarse al Estado, pues es inadmisibles que la firmeza de los proveídos no controvertidos por el interesado constituya transgresión u ofensa a unos derechos que no se hicieron valer en ocasión propicia, siendo "...inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal."

Ahora bien: el segundo recurso de reposición que interpuso a continuación el accionante, diciendo también interponer "... en subsidio el recurso de

queja..." (sic), en orden a que se le expidieran las copias correspondientes (fl. 336 od.), era palmaríamente extemporáneo, tal como fluye con claridad diamantina de lo normado por el aludido artículo 378 del C.P.C.

6. Así las cosas, emana la confirmación del fallo impugnado.

DECISIÓN

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

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

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

AGENCIA OFICIOSA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: carece de legitimación para presentar acción de tutela, en calidad de agente oficioso, el defensor de oficio designado a quien ha sido declarado reo ausente/**ACTUACION TEMERARIA:** se está ante una falta de lealtad procesal cuando se acude a la tutela para reclamar la enmienda de situaciones que pueden solucionarse con la oportuna utilización de los instrumentos existentes al interior del proceso, circunstancia que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el peticionario es un profesional del derecho

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Referencia: Expediente No. 6010

Decide la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada contra el fallo del 19 de febrero de 1999, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, dentro de la Acción de Tutela promovida por Carlos Gilberto Gómez Cifuentes, quien obra como agente oficioso de Armando Ricardo Félix Moncaleano Montoya contra la Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

El abogado Carlos Gilberto Gómez Cifuentes, anunciándose como agente oficioso del ciudadano Armando Ricardo Félix Moncaleano Montoya, solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, la protección del derecho al debido proceso del agenciado, reconocido con el rango de fundamental por el art. 29 de la C.P., el cual estima vulnerado por la institución accionada, por conducto de su Fiscal Seccional Ciento Ochenta y Seis de Bogotá y su Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca, con ocasión de los hechos que narró y se compendian así:

1. Con motivo de la crisis del sector cooperativo, originada en la no restitución de los fondos que inversionistas públicos y privados depositaron en

las cooperativas autorizadas por el Estado, la Fiscalía ordenó, entre otras, la apertura de investigación penal por la colocación de valores del Inurbe, que totalizados superaron los cuarenta y cuatro mil millones de pesos, cuya instrucción correspondió a la Fiscalía Ciento Ochenta y Seis Seccional de Bogotá, Delegada ante los Jueces Penales del Circuito.

2. A dicha investigación fue vinculado, entre otros, Armando Ricardo Félix Moncaleano Montoya, representado en tal actuación por el defensor de oficio designado a raíz de la renuncia de su apoderado de confianza, quien funge ahora como su agente oficioso, como lo acredita la certificación que aporta, "... misma que demuestra mi legitimación en causa para la interposición de esta solicitud de amparo".

3. Al producirse su designación como defensor de oficio, se estaba surtiendo la notificación de la providencia que dispuso la clausura de la investigación. Este proveído fue impugnado por vía de reposición, único recurso admisible, solicitando del funcionario investigador el cumplimiento de su deber constitucional de efectuar una averiguación integral de los hechos motivo de su intervención, vinculando a todos los posibles partícipes del hecho punible, particularmente a los representantes legales de las compañías fiduciarias que gestionaron la inversión de los fondos del Inurbe en las fracasadas cooperativas, pues con ello se posibilitaría el resarcimiento del daño en el evento de declararse una responsabilidad penal. También le solicitó oír en declaración a quien era el Ministro de Desarrollo para la época en que se sucedieron los hechos investigados e indagar por la devolución de veinte mil millones de pesos, por parte de algunas de las cooperativas, que según informes de algunos medios de comunicación, volvieron a sus arcas.

4. Como la providencia que admite el recurso de reposición no es susceptible de otro recurso, solicitó a dicho funcionario proveer sobre las pruebas pedidas, en providencia separada. Pese a ello, decidió sobre éstas en la misma providencia mediante la cual desestimó el recurso de reposición, negándolas, por considerar que existía prueba suficiente para calificar el mérito de la investigación, amén de no resultar posible ordenar la declaración del ex-ministro, por haberse compulsado copias del proceso con destino a la Corte Suprema de Justicia. Consecuentemente dispuso proseguir con el traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión.

5. El Fiscal Ciento Ochenta y Seis Seccional omitió su deber legal de ordenar la notificación de dicha providencia y por ello al defensor de oficio y a los restantes sujetos procesales "... les fue imposible conocer el hecho de que el expediente se hallaba en traslado para alegar de conclusión, cercenando de manera inexplicable el término de que disponían para cumplir su cometido profesional, que quedó reducido apenas a dos días cuando la ley autoriza ocho".

6. Por fuerza de la misma omisión, el defensor de oficio de Moncaleano Montoya no pudo agotar los mecanismos procesales de contradicción contra la providencia que negó la práctica de pruebas oportunamente solicitadas,

amén de recortársele el término para estudiar el complejo asunto, disminuyéndose cualitativa y cuantitativamente el derecho fundamental de su procurado a tener una adecuada defensa, pues acababa de producirse su designación para continuar representándolo y por ende, estaba materialmente imposibilitado para enterarse cabalmente, en un par de días, de tan intrincado caso.

7. Advertida la irregularidad anotada, el defensor de oficio de Moncaleano Montoya le solicitó al funcionario investigador su enmienda, en ejercicio del derecho de petición, pero éste se rehusó a cumplir la exigencia legal de notificar dicha determinación. En la misma fecha pronunció resolución interlocutoria mediante la cual calificó el mérito del sumario, profiriendo resolución acusatoria contra el agenciado, proveído que "... no contiene un discurso jurídico de naturaleza lo suficientemente inteligible como para comprender cuáles son las razones de orden probatorio y jurídico en que se fundamenta el Fiscal para emitirla".

8. Recurrida en apelación dicha providencia, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca, por auto de 17 de enero del año en curso, decidió el recurso interpuesto confirmando la resolución de primera instancia. Con dicha determinación convalidó las irregularidades denunciadas por vía de apelación, al considerar que no estructuraban el vicio anulatorio alegado, e igualmente desestimó la petición de nulidad propuesta con estribo en la falta de motivación del pliego de cargos.

Luego de destacar la procedencia del amparo transitorio pedido y la transgresión del derecho al debido proceso del agenciado, deducido de las vías de hecho que le imputa a los funcionarios mencionados, por razón de los desvíos cometidos en la actuación reseñada, solicitó ordenar al funcionario judicial que actualmente conozca de tal asunto "... declarar la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de clausura de la instrucción, inclusive" y consecuentemente proceder en la forma expresamente indicada en el escrito promotor del proceso de tutela.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de compendiar la argumentación fáctica expuesta en el libelo de tutela y lo pretendido por el agente, se refiere el tribunal a la naturaleza de la acción incoada, destacando sus caracteres esenciales. Precisa enseguida que el peticionario es el defensor de oficio del procesado Armando Moncaleano Montoya en el sumario que origina el presente trámite, quien no exhibe poder de aquel para tal efecto, mencionando simplemente estar agenciando oficiosamente sus derechos.

Luego de referir que el derecho fundamental cuya tutela se petitiona está radicado en la persona del imputado y que su defensor de oficio cuenta con todas las facultades atribuidas por la ley para procurar la defensa de su representado, dentro del proceso penal, enfatiza que tal calidad "... no lo habilita para interponer esta acción de tutela".

Reitera que la falta de titularidad del derecho fundamental cuyo restablecimiento reclama impide acoger sus pretensiones, pues "... el interés subjetivo y específico en la resolución de la supuesta violación de los derechos fundamentales invocados en la demanda, corresponde a persona distinta que no intervino en estas diligencias constitucionales"

Acota que si bien el actor adujo presentar la solicitud de amparo como agente oficioso del imputado en el proceso penal referido, no satisfizo las exigencias prescritas por el art. 10 inc. 2º. del Decreto 2591 de 1991, señalando "... las condiciones por las cuales el titular del derecho no puede promover su propia defensa".

Las reflexiones precedentes lo llevan a inferir que "... no es posible obtener la tutela de derechos individuales ajenos, actuando dentro de la acción de tutela sin poder específico, como si fueran propios" y consecuentemente desestima "... las pretensiones de la demanda tutelar".

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la determinación adoptada, el agente oficioso la impugnó relacionando liminarmente el marco normativo que perfila la institución del defensor de oficio, así como el contenido y alcance de su función, para precisar que "... su designación no obedece al querer personal del sindicado ni del litigante sino que deviene del cumplimiento de la obligación estatal de procurarle a todo aquel que deba concurrir ante la jurisdicción penal, la posibilidad concreta de defenderse, razón que justifica el hecho de que la aceptación del cargo sea obligatoria y forzoso su desempeño".

Con fundamento en lo anterior expresa que la presencia de un defensor de oficio dentro de un proceso penal "... traduce la imposibilidad de ejercer directamente, el interesado, el derecho a la postulación y designación de defensor de confianza" y cualquiera sea la causa que motive su presencia en el proceso, es decir, la contumacia, la renuncia del defensor de confianza del implicado o el incumplimiento de los deberes y cargas procesales que le competen, ella implica la falta de condiciones del titular del derecho para ejercer su propia defensa, "... la imposibilidad del sindicado de ejercer la atribución de designar su defensor de confianza". Acota que si la función del defensor de oficio tiene como objetivo hacer realidad el derecho a la defensa del acudido en el proceso penal, resulta paradójico que se "... le desconozca legitimación en causa para hacer valer ese mismo derecho fundamental a través de la tutela con la exigencia de requisitos que (...) se entienden comprobados por la designación que el mismo Estado ha hecho del Abogado como Defensor de Oficio de aquel", pues con ello se le recorta su defensa al circunscribirla al ámbito del proceso penal, consagrando a la postre "... un grave precedente de limitar las facultades de la defensa de oficio, poniéndola en posición de minusvalía frente a la que se desarrolla a virtud de un contrato de mandato"

Con fundamento en lo expuesto colige que la determinación adoptada transgrede el art. 86 del la C.P., al vedarle a todos aquellos "... que - por múltiples razones- no pueden acudir al proceso penal", la posibilidad de impetrar la tutela del derecho fundamental al debido proceso, conculcado en tal actuación.

Dice haber invocado su condición de agente oficioso de Moncaleano Montoya en la solicitud de amparo, deducida de llevar su defensa oficiosa en el proceso penal referido, así como haber aportado la prueba de tal calidad con la certificación expedida por la Fiscalía General de la Nación. Relieva no haberse arrogado la titularidad del derecho fundamental vulnerado y por ello estima que la mención contenida en el fallo impugnado acerca de la imposibilidad de proteger derechos individuales ajenos como si fuesen propios, revela "... que ni siquiera hubo un intento de aproximación al contenido material de la demanda, salvo para la incierta reseña de los hechos que la motivaron", circunstancias que, según expone, ponen de manifiesto que "... el agente oficioso ha empeñado -cualitativamente- una porción mayor de su entendimiento en la preparación del texto material de la demanda, que la que le han destinado sus falladores de primera instancia en que a despecho de los derechos sustantivos cuya protección se reclama, se acogen a solución que atenta contra el principio de informalidad de este trámite sin intentar aproximarse al objeto de su conocimiento", vedando de contera la prerrogativa otorgada por el art. 86 de la C.P., dada la imposibilidad de pedir nuevamente el amparo constitucional con fundamento en las mismas circunstancias.

Posteriormente adiciona la precedente argumentación reprochándole al *a quo* haberle solicitado, en proveído del 16 de febrero de 1999, acreditar la imposibilidad del agenciado para promover la defensa de sus derechos y proceder a proferir sentencia el 19 de febrero siguiente, sin darle oportunidad temporal para aducir las probanzas requeridas, que cataloga de superfluas, por haberse anexado a la solicitud de amparo, actitud que en su opinión sólo demuestra en la corporación sentenciadora "... el propósito claro de evadir la responsabilidad de emitir fallo de fondo".

CONSIDERACIONES

1. El art. 10 del Decreto 2591 de 1991, reglamenta lo relacionado con la legitimación e interés para promover la acción de tutela, prescribiendo que ésta "...podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de su representante. (...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud".

Como se advierte de la lectura del texto legal citado, la protección de los derechos fundamentales que resultan menguados o puestos en peligro por

la acción u omisión de la autoridad, o de los particulares, en su caso, no necesariamente debe ser reclamada por la persona agraviada, es decir, por la titular del derecho respectivo, pues si bien ésta puede propender a la defensa de tales derechos, en forma personal y directa, de igual manera puede pedirse la tutela de los mismos por persona que actúe en su nombre.

La representación para el efecto indicado puede provenir, bien del acto de apoderamiento emanado del presunto afectado, o gestarse en la agencia oficiosa autorizada por la aludida norma, para aquellos eventos en los cuales la persona que padece el daño no está en condiciones de promover su propia defensa, por hallarse "ausente o impedida" para concurrir por sí misma, según las voces del art. 47 del C. de P. civil, al regular igual figura procesal, o en estado de desamparo o indefensión, o sea, en una situación de impotencia que le impide demandar judicialmente (D. 2591 de 1991, art. 46). Mediante este instrumento se facilita y asegura su acceso a la administración de justicia, poniendo en marcha la actividad jurisdiccional a partir de la solicitud propuesta por el agente.

La institución en cuestión supone, entonces, la imposibilidad de la defensa personal y directa, o por intermedio de apoderado, pues solo esto la justifica, para evitar, como lo dice la Corte Constitucional, que "... por la sola falta de legitimación par actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos" (Sent. T - 044 de 1996).

Como las circunstancias que legitiman una intervención de tal naturaleza se encuentran expresa y normativamente determinadas, para su procedencia "...es indispensable no sólo que el agente oficioso afirme actuar como tal, sino que además demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia. En todo caso, con base en lo dispuesto por el inciso 2º. del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, cuando tal circunstancia ocurra, deberá ésta manifestarse en la respectiva solicitud". (Corte Constitucional, Sent. SU-707 de 1996).

Por supuesto que el estado de indefensión que puede surgir de la ausencia, debe presentarse como un fenómeno ajeno a la voluntad de quien se dice afectado, porque no es la contumacia lo que trata de superar la norma, sino la imposibilidad de acceder directamente a la administración de justicia, derivada de circunstancias no provocadas u ocasionadas por el presunto afectado. En otras palabras, la ausencia, para concretar el análisis a lo pertinente del caso, además de aparecer como algo objetivo, no puede estar ligada, como ya se indicó, a la rebeldía, porque esta además de constituir un desprecio de la autoridad del juez, y con ello una deslealtad para con la administración de justicia, implica en la mayoría de los casos un comporta-

miento de mala fe que en manera alguna se puede patrocinar. Tal por ejemplo, el caso de quien voluntariamente se oculta para evadir la responsabilidad que eventualmente se le pueda deducir en un proceso penal.

2. En el asunto *sub judice*, el abogado Carlos Gilberto Gómez Cifuentes invoca su condición de defensor de oficio de Armando Ricardo Félix Moncalcano Montoya en el proceso penal que motiva el presente trámite, para legitimar su intervención como agente oficioso de éste, en la solicitud de protección constitucional de su derecho al debido proceso, el cual estima vulnerado en dicha tramitación por parte de los funcionarios denunciados.

A su juicio, la circunstancia de contar con un defensor de oficio, como consecuencia de la renuncia justificada del defensor de confianza nombrado por su representado, denota su imposibilidad de "... de obtener poder para el reclamo constitucional y por ende, demuestra la imposibilidad del accionante de ejercer por sí mismo su propia defensa".

Como bien se sabe, toda persona contra la cual se prosigue una investigación penal puede hacerse o no presente en ella, designando un abogado que la asista jurídicamente y lleve su representación, o ateniéndose a la labor que despliegue el defensor que le procure el Estado en orden a hacer realidad las garantías estatuidas por el art. 29 de la C.P., para hacer efectivo su derecho a la defensa, habida cuenta que el proceso no puede adelantarse válidamente si no cuenta con una defensa técnica, suministrada de una u otra forma.

Ahora bien, del hecho de confiarse la defensa de sus intereses a un defensor de oficio no puede inducirse, per se, como pregona el agente oficioso, que el procurado esté imposibilitado para proveerse de una asistencia letrada, o para promover directamente la defensa de sus derechos, pues si bien la intervención del defensor de oficio puede obedecer a la imposibilidad, normalmente deducida de la falta de capacidad económica para contratar los servicios profesionales de un abogado, igualmente puede devenir de la propia voluntad de aquel, de no postular un profesional que lo represente y aun de su rebeldía a comparecer al proceso al cual ha sido formalmente vinculado, circunstancias que por supuesto no presupone, ni descarta su capacidad real de designar un defensor o de ejercer la propia defensa de sus derechos.

Así las cosas, como la condición de defensor de oficio de la persona en nombre de la cual actúa el agente, no traduce por sí "...la imposibilidad de ejercer directamente, el interesado, el derecho a la postulación y designación de defensor de confianza" o "...que el titular del derecho de postulación no está en condiciones de promover su propia defensa", como lo dice el impugnante, ningún reproche cabe hacer a la decisión del *a quo*, porque en ausencia de manifestación y comprobación de circunstancia alguna merced a la cual el agenciado se halle en situación de desamparo o indefensión que materialmente le impida solicitar la protección constitucional de sus derechos fundamentales, la tutela pedida no se podía conceder, pues como lo tiene definido la jurisprudencia constitucional "... si del escrito mediante el

cual el agente oficioso demanda el amparo constitucional de los derechos de su agenciado no surge, de manera clara y expresa, que éste último se encuentra en absoluta imposibilidad de defender sus derechos por sí mismo, la acción de tutela deberá ser rechazada de plano, sin que al juez le esté autorizado entrar a estudiar ninguna de las cuestiones de fondo que se han sometido a su conocimiento" (Sent. T-555 de 1996).

3. De otro lado, el principio de informalidad que es propio del trámite de la tutela, incluyendo la solicitud, garantiza el acceso efectivo, porque el accionante ni siquiera tiene que hacer presentación personal del memorial, pues la acción puede ser ejercida, como lo establece el art. 14 del inc. 3º del Decreto 2591 de 1991, "sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual gozará de franquicia". De modo que el señor Moncalcano desde el lugar donde se encuentre, y así como él cualquier otra persona que voluntariamente se haya ausentado para evadir el llamado de la justicia, de todos modos no está en estado de indefensión con respecto al reclamo de sus derechos fundamentales, porque no obstante su contumacia o rebeldía para acudir al proceso penal, tiene garantizado el acceso a la acción de tutela sin salir de su ocultamiento provocado.

4. Por disposición del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, en la acción de tutela resultan aplicables los principios rectores del derecho procesal civil, entre ellos, el llamado principio de moralidad, que impone a los intervinientes en un proceso, entre otros, los deberes de ser veraces en sus afirmaciones y proceder con lealtad y probidad, principio cuya transgresión reprime dicha normatividad con las sanciones previstas en los artículos 72 y 73 del C. de P.C.

Pues bien, en el presente asunto esa lealtad procesal no es la que orienta la actitud del accionante, porque como fácilmente se advierte, y según quedó descrito, acude a la tutela para reclamar la enmienda de situaciones que pueden solucionarse con la oportuna utilización de los instrumentos existentes al interior del proceso mismo, particularmente en su etapa de juzgamiento, como la petición de pruebas durante el término de traslado para preparar la audiencia -art. 446 C. de P.P.-. La circunstancia anotada adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el peticionario es un profesional del derecho y en tal calidad tiene el deber de conocer tales aspectos.

Por otra parte, solicita el amparo constitucional de los derechos del agenciado esgrimiendo razones carentes de fundabilidad, como la nulidad de la resolución de acusación pronunciada en su contra, deducida de la falta de señalamiento claro de las razones de orden probatorio y jurídico que la cimentan, cuando tales razones constan en dicho pronunciamiento, como se expuso al desatar el recurso de apelación propuesto en su contra, en tanto que la pretendida falta de claridad sólo encarna su disenso con el con-

tendido de dicha decisión, que como bien se sabe, resulta insuficiente para fundar válidamente un proceso de tutela.

En el anterior orden de ideas, la temeridad que caracteriza su proceder además de la reprobación natural que merece, debe ser sancionada en la forma prevista por los preceptos mencionados, decisión con la cual debe adicionarse el fallo impugnado.

Por otra parte, tampoco es leal con la Administración de Justicia, el mencionado abogado, cuando acude a la presente acción reservándose los verdaderos motivos de la ausencia de quien dice representar, que como quedó dicho, no son otros que su ocultamiento para evadir los efectos personales del proceso penal que contra él adelantaba la Fiscalía.

En armonía con lo expuesto, el fallo impugnado debe recibir confirmación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

1º Confirmar la sentencia objeto de impugnación.

2º Sancionar a Carlos Gilberto Gómez Cifuentes con multa de diez (10) salarios mínimos mensuales que deberá consignar a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura, observando las formalidades previstas en la ley, por haber incurrido en temeridad al incoar la presente acción. Para el efecto, remítase copia de la presente providencia con los requisitos legales, suministrando la identificación del sancionado y la dirección donde puede localizarse. Oficiese.

3º. Además, se oficiará al Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y Cundinamarca, Sala Disciplinaria, para lo de su competencia. Para tal efecto se compulsará copia de esta providencia.

4º. Notifíquese lo decidido, mediante comunicación telegráfica a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo pronunciado.

Notifíquese y Cúmplase.

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

DERECHOS DEL MENOR, DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: cuando la licencia otorgada al padre para vender bienes del menor fenece en los términos del artículo 653 del Código de Procedimiento Civil, la realización de la subasta exige la obtención de una nueva licencia judicial que en el presente caso no existió, por tanto, el juez accionado carecía de competencia para enajenar el inmueble hasta tanto no se aportara la mencionada autorización

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Nicolás Bechara Simanca*s

Ref : Expediente No. 5998

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por la señora Josefa María Ramírez Ceballos y por su menor hija Karen Maryoris Henao Ramírez, a quien aquélla representa, contra el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esa ciudad y el señor Oscar Henao Petti.

ANTECEDENTES

1.- En busca de la protección de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, haciendo referencia al proceso de jurisdicción voluntaria (licencia judicial para la venta de bienes de menores) adelantado por el señor Oscar Henao Petti en el Juzgado también accionado, las autoras de la queja solicitan se declare "la nulidad" de dicha actuación desde la sentencia de 16 de enero de 1996, a fin de poder intervenir en la misma y hacer valer allí los derechos que les corresponden.

En apoyo de su solicitud las peticionarias señalan, en síntesis, que por escritura pública No. 552 de 6 de febrero de 1987 Josefa María Ramírez Ceballos transfirió, mediante venta simulada, a su menor hija Karen Maryoris Henao Ramírez, representada en ese acto por su padre, el inmueble en cues-

ción; que en el tiempo en que ellas residieron en la ciudad de Matcazo (Guajira), el señor Oscar Henao Pettí, valiéndose de la licencia concedida en la sentencia proferida en el asunto judicial de que se trata, vendió dicho bien, siendo adquirido en subasta por quien, desde antes del remate y hasta la actualidad, hace vida marital con él, señora Linda Toncel de Ahunada; y, que a pesar de así haberlo manifestado en la demanda con que se dio inicio a esa tramitación, Henao Pettí no ha adquirido con los dineros fruto de la enajenación bien alguno para la menor, quien, por tanto, hoy en día no tiene casa de habitación.

Al desarrollar el concepto de la violación de los indicados derechos fundamentales las accionantes, en concreto, reprochan del referenciado proceso: que el Juzgado querellado debió "utilizar la figura procesal del llamamiento ex officio, como lo indica el artículo 58 del C. de P.C., ..." y, consecuentemente, disponer la citación de la madre de la menor; que en el aviso de remate no se hizo la debida identificación del inmueble; que el remate del bien se verificó vencido el término de 6 meses, fijado para la utilización de la licencia judicial concedida; que el precio de la enajenación fue irrisorio; y, que fue impropio que en ese proceso se diferenciara el lote de terreno y la construcción en él levantada, para proceder a la subasta sólo del primero.

FALLO DEL TRIBUNAL

Después de referirse a la procedencia sólo excepcional de la acción de tutela cuando su objeto es combatir providencias judiciales y al debido proceso, el a quo descarta que la decisión adoptada por el juzgado del conocimiento en el proceso a que se refiere la queja, incurriere en el campo de las "vías de hecho"; agrega, que "Lo que se pretende con la acción impetrada no es otra cosa que la nulidad de la venta hecha por el Ministerio de la Justicia, pretensión que no es posible decretar en virtud del trámite sumarísimo de la acción de tutela"; una vez sostiene que la propiedad corresponde a un derecho fundamental, precisa la inprospección de la demanda constitucional por disponer la accionante de otras formas de defensa, como serían promover el correspondiente proceso penal por fraude procesal, o demandar la nulidad de la venta del inmueble que Ramírez Ceballos hizo a la menor, o intentar contra el padre de la niña la acción por enriquecimiento sin causa, o exigir de éste rendición de cuentas de la administración de los bienes de la menor.

Con tal base, en definitiva, el Tribunal deniega el amparo constitucional deprecado.

LA IMPUGNACIÓN

Por intermedio de apoderado judicial constituido para el efecto, las accionantes impugnan la comentada sentencia de tutela. En resumen, plantean en apoyo de su inconformidad, que los medios de defensa que sugiere el Tribunal, los que analiza en detalle, no denotan ser eficaces en aras a obte-

ner el restablecimiento de sus derechos fundamentales; reiteran la violación del debido proceso, por cuanto el aviso de remate elaborado en el asunto a que remite la queja no satisface las exigencias legales, por no identificar en debida forma el inmueble materia del remate anunciado, y porque la subasta tuvo lugar después de vencido el término de seis meses de vigencia de la licencia otorgada; insisten en la conculcación del derecho de acceso a la administración de justicia, por no haber dispuesto la funcionaria accionada en el proceso que fue de su conocimiento, el llamamiento ex officio de la madre de la menor; cuestionan el entendimiento que el Tribunal dio a las pretensiones de la demanda, pues, aclaran, no es la finalidad de la acción que se declare nula la venta que se hizo del inmueble, sino que se invalide parte de la actuación cumplida en el trámite de que se trata, para que las peticionarias puedan intervenir en él y hacer valer sus derechos; reprochan que el aludido proceso de jurisdicción voluntaria haya servido, en últimas, para perfeccionar el acuerdo a que llegaron el padre de la niña y su actual compañera, la rematante del bien, quien, fruto del mismo, se apoderó del inmueble que era de propiedad de la infante; defienden la procedencia del amparo frente a Henao Pettí; como particular, por hallarse la menor accionante en estado de subordinación frente a éste, por ser su padre.

Como conclusiones, las impugnantes señalan, que "Frente al desarrollo del trámite (sic) procesal dispuesto por el Juzgado Segundo Promiscuo De Familia De Valledupar en torno a la demanda de Licencia Judicial de enajenación de un bien de una menor propuesta -a través de apoderado judicial- por el Señor Oscar Henao Pettí, se estructura una vía de hecho judicial, por defecto o violación grosera del procedimiento, lo que hace procedente la acción de tutela propuesta..." y que "En suma, debe ampararse a las accionantes, concediéndose en su favor, la tutela que suplican y así posibilitar su ingreso al proceso de jurisdicción voluntaria propuesto por el Padre (sic) de la menor Henao Ramírez y excompañero de Josefina María Ramírez Ceballos a fin de hacer valer los derechos que les corresponden".

CONSIDERACIONES

1.- A voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual propugna por la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos en forma directa y de manera seria son amenazados o violados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o de los particulares, en este último caso en los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no existiendo para el afectado medio ordinario de defensa que de manera eficaz permita la salvaguarda de los derechos que se estimen conculcados, salvo que se proponga como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irreparable.

2.- Considerado el hecho de que la acción de tutela en cuestión, a más de estar dirigida contra el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Valledupar, aparece propuesta contra el señor Oscar Henao Pettí, quien, sin duda, os-

tenta carácter de particular, pertinente es, entonces, complementar el concepto general atrás consignado, para indicar que, conforme la previsión constitucional mediante la cual se instauró este especial mecanismo y la reglamentación que de él ha hecho el gobierno nacional, su operancia sólo tiene cabida cuando cumple los requisitos generales impuestos para todo caso de tutela, como son que propenda por el amparo de derechos fundamentales de que sea titular su promotor respecto de acciones u omisiones que desborden el marco de comportamiento definido por la Carta Política y por la ley provenientes de la autoridad y/o del particular accionados, siempre que la víctima no tenga a su alcance un medio de justicia ordinaria que de manera eficiente permita la protección de sus derechos, y adicionalmente, que aparezca comprobada alguna de las circunstancias que desarrolla el citado artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, esto es, que el desconocimiento del derecho fundamental se ocasione a quien se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular causante del desmedro alegado.

3.- Debe, en principio, admitirse aquí la procedencia formal de la solicitud de amparo respecto del señor Henao Petti, pues es lo cierto que a voces del numeral 9º del artículo 42 del ya citado Decreto 2591 de 1991 "Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela" y porque la licencia judicial por él solicitada a efecto de poder vender el bien inmueble que era propiedad de su hija, corresponde a un acto ejecutado en desarrollo de la patria potestad de que el padre está investido y que, por lo mismo, frente a esa precisa circunstancia de la enajenación de bienes de la niña, supone su subordinación al progenitor.

4.- Sentadas las premisas generales que se dejan consignadas, no encuentra la Corte que el amparo suplicado esté llamado a prosperar respecto del citado Henao Petti, como quiera que según se dijo, estando él facultado, en desarrollo de la patria potestad que ejerce sobre su hija, para vender los bienes de ésta, sin que fuera necesario contar con el consentimiento expreso de la madre o de la menor misma, el hecho de haber demandado el otorgamiento de la licencia judicial, de haber obtenido respuesta favorable a ello y de haber procedido a la enajenación en pública subasta, no engendra, por sí, acciones que puedan tildarse de ilegítimas, circunstancia de la que se deduce la insatisfacción del primero de los requisitos indispensables para que una demanda de tutela se abra paso, como es, se repite, el acaecimiento de acciones u omisiones ilegítimas por parte del sujeto accionado, ya se trate de una autoridad pública o de un particular.

5.- Siguese a ver ahora, si la gestión cumplida en el proceso de licencia judicial por la Juez querellada da margen para que la protección aquí solicitada deba o no acogerse.

5.1.- De manera permanente la jurisprudencia constitucional ha sostenido en relación con la tutela encaminada a enjuiciar la actividad de los jueces en los procesos sometidos a su conocimiento, que ella procede solo por vía de excepción cuando la conducta del operador judicial incursiona en

lo que ha dado en llamarse "vía de hecho", esto es, cuando su gestión es carente de todo fundamento objetivo y/o legal y, por lo mismo, se muestra abiertamente caprichosa o contraria a los postulados que fija la Carta Política y la ley, provocando, ya sea por acción o por omisión, le lesión, en grado de amenaza o vulneración, de un derecho fundamental de quienes quedan comprendidos por los alcances de sus decisiones.

5.2.- Verificado el estudio del proceso de jurisdicción voluntaria en cuestión, se impone advertir que en él, de un lado, no era obligatorio para la Juez del conocimiento disponer la vinculación a ningún título de la madre de la menor propietaria del bien inmueble objeto de la venta solicitada, por lo que debe descartarse la violación aquí denunciada del derecho de acceso a la administración de justicia, y, de otro, que esa tramitación no muestra anomalía alguna desde cuando fue admitida la demanda hasta cuando se proferió la sentencia de 16 de enero de 1996. En verdad se aprecia, que tal asunto se sujetó a las disposiciones generales de los artículos 650 y 651 del Código de Procedimiento Civil y a las especiales del artículo 653 de la misma obra.

5.3.- En lo que atañe a la gestión realizada con posterioridad al proferimiento de la indicada sentencia y de su notificación se encuentra que, ciertamente, erró el Juzgado en la elaboración del aviso de remate ya que el que anunció la subasta que en definitiva se practicó, militante en copia a folio 75 del cuaderno No. 1 de este expediente, indiscutiblemente adolece de falta de identificación del inmueble a rematar en la forma que lo exige el numeral 2° del artículo 525 de la ley de enjuiciamiento civil, norma aplicable por la remisión que a su vez contienen los artículos 653, 617 y el numeral 7° del artículo 471 de la misma compilación procesal civil.

Con todo y ello, el comentado error no es susceptible de corregirse por vía de tutela, pues para su enderezamiento el numeral 2° del artículo 141 del Procedimiento Civil señala el camino de la nulidad del remate, "siempre que se alegue antes de proferirse el auto que lo aprueba", de donde es lo propio entender que las aquí accionantes gozaron de la oportunidad de obtener la invalidación de la subasta al interior del proceso mismo, con respaldo en la circunstancia examinada, sin que pueda afirmarse que ellas no conocieron la situación de la que ahora se quejan en oportunidad, pues esa eventualidad ni siquiera se menciona en su demanda.

Ha de tenerse en cuenta, además, que como pasa a estudiarse, existe un defecto de mayor envergadura en las actuaciones de la Juez accionada que conducirá al acogimiento de la tutela y que permitirá el pleno restablecimiento de los derechos de las peticionarias.

5.4.- Surge palmario del estudio realizado por la Sala que, como lo reprochan las accionantes, la diligencia de remate en que se vendió a la aquí citada, señora Linda Leonor Toncel de Ahumada, el inmueble de propiedad de la menor (ote de terreno), tuvo lugar vencido el término de seis meses que con arreglo al artículo 653 del Código de Procedimiento Civil, se fijó en el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia de 16 de enero de 1996

y que, al tenor de dicha disposición judicial, debía contarse "a partir del día siguiente la (sic) la ejecutoria de esta providencia".

Ello significa, que para el 8 de noviembre de 1996, fecha en que se realizó la subasta del bien, la licencia otorgada ya había fenecido y que por ende, para procederse a la venta del inmueble se requería de una nueva licencia judicial que no existió.

Jurídicamente el defecto a que alude la Sala traduce, que la Juez accionada, al momento en que realizó la enajenación del inmueble a la señora Linda Leonor Toncel de Ahumada, carecía de competencia para ello, pues, se insiste al estar precluido el término de la licencia que había otorgado, la única forma para verificar la venta a través de un remate, era obteniendo el interesado una nueva licencia, previa la tramitación del procedimiento respectivo. Desde luego que al vencerse dicho término la licencia se extinguió por Ministerio de la ley, tal como lo dispone el artículo 653 del Código de Procedimiento Civil.

5.5.- En este orden de ideas forzoso es colegir, por tanto, que la realización del comentado remate sí se erige como un acto arbitrario y caprichoso de la juez querellada constitutivo, por ende, de una vía de hecho judicial, con el que se lesionó el derecho al debido proceso de la menor accionante, pues, se reitera dicha funcionaria al proceder en la forma como lo hizo, esto es, al vender el bien de la niña cuando estaba vencido el término de utilización de la licencia por ella misma otorgada, ocasionó que el padre de la menor se sustrajera, de ser ese su interés, de tramitar un nuevo proceso de licencia judicial para ahí sí, y dentro de la vigencia de la nueva licencia que se concediera, proceder a la enajenación del bien raíz. Tal usurpación por parte de la combatida funcionaria denota, nitidamente, la conculcación del derecho al debido proceso de la infante, que será el que amerite protegerse.

6.- En armonía con las conclusiones obtenidas por la Corte se revocará la sentencia impugnada y, en su defecto se accederá a la petición de tutela con miras a proteger el derecho al debido proceso de la menor accionante, por lo que se dejarán sin efecto todas las actuaciones adelantadas por el Juzgado accionado en el asunto judicial de que se trata con posterioridad a la fecha en que se extinguió la licencia allí concedida y, consecuentemente, se ordenará a la funcionaria implicada, que dentro de las 48 horas siguientes a cuando se le entere esta determinación, adopte las medidas necesarias para que las cosas retornen al estado en que se encontraban a tal momento.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar y, en su defecto,

RESUELVE:

Primeru: Tutelar el derecho al debido proceso de la menor accionante.

Segundo: Dejar sin efecto todas las actuaciones adelantadas por el Juzgado accionado en el asunto judicial de que se trata con posterioridad a la fecha en que se extinguió la licencia allí concedida y, consecuentemente, ordenar a la funcionaria implicada, que dentro de las 48 horas siguientes a cuando se le entere esta determinación, adopte las medidas necesarias para que las cosas retornen al estado en que se encontraban a tal momento.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a las accionantes, al accionado señor Oscar Henao Petti, a la citada señora Linda Leonor Toncel de Ahumada y al apoderado judicial de las accionantes; al Juzgado accionado mediante oficio al que se anexará copia auténtica de este fallo; remítase en forma inmediata copia también auténtica de este proveído al Tribunal de instancia para lo de su cargo; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Librese el oficio del caso.

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

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO: Incurre en vía de hecho el juez al no examinar a la luz de la legislación que corresponde, si a favor del comprador demandante operó la cesión del respectivo contrato de arrendamiento para que así confluyan en él las calidades de propietario y arrendador necesarias para legitimarse por activa en la causa. En el contrato de arrendamiento allegado con la demanda, no obra la nota de cesión a favor del demandante, la cual es necesaria como presupuesto para su notificación con exhibición del título, o para su aceptación con un acto que la suponga como el pago de la renta al cesionario

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref. Expediente No. 5985

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia de 27 de enero del año que avanza, proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del distrito Judicial de Santa Marta, mediante la cual se denegó la acción de tutela instaurada por Juan Francisco Suárez Solano, en frente de los Juzgados Primero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena).

ANTECEDENTES

1. Actuando por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, el accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, de petición, al trabajo y al debido proceso, supuestamente vulnerados por los órganos judiciales accionados.

Pide al efecto, ordenar la suspensión de la ejecución de la sentencia de 7 de octubre de 1998, proferida por el Juzgado 1° Civil Municipal de Ciénaga y confirmada por el Juzgado 2° Civil del Circuito de la misma ciudad, en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado que en su contra promoviera Manuel María Huguet Nova.

2. Funda el actor su petición en los hechos que cabe resumir así:

2.1 Recibió en arrendamiento del señor Manuel Guillermo Gual Oliveros, una casa de habitación con sus respectivos servicios, ubicada en la carrera 21 No. 5-06 de Ciénaga.

Dicho contrato fue cedido por el arrendador a la propietaria del inmueble, señora María Robles Varela, el 24 de julio de 1992.

2.2 La nueva arrendadora pretendió, en dos (2) oportunidades, obtener la restitución judicial del predio aduciendo distintas causales, sin alcanzar tal cometido.

Posteriormente, su hijo adoptivo Manuel María Huguet Nova, lo demandó con idénticas intenciones, sin que las pretensiones fueran acogidas por falta de legitimación en la causa por activa.

2.3 El 2 de febrero de 1998, el señor Huguet Nova demandó nuevamente la restitución del inmueble, fundándose en la causal de mora en el pago de la renta correspondiente al mes de agosto de 1997, canon que el arrendatario consignó en la Caja Agraria a favor de María Robles Varela, quien se negó a recibirlo aduciendo que el nuevo propietario del bien era su hijo.

No obstante tal ardid, el juzgado del conocimiento, esto es, el 1° Civil Municipal de Ciénaga, acogió las pretensiones de la demanda, decisión que apelada fue confirmada por el Juzgado 2° Civil del Circuito de la misma ciudad, mediante sentencia de 14 de diciembre de 1998, desconociéndose las normas comerciales que regulan la materia y, por contera, aplicando indebidamente las del Código Civil, ya que se trata del arriendo de un local destinado al funcionamiento de un establecimiento de comercio.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relacionar los antecedentes del asunto, abordó el a quo el análisis de rigor precisando, de antemano, las características y finalidad ontológica de la acción incoada, para luego adentrarse en el estudio de cada uno de los derechos aducidos como conculcados, mereciéndole especial atención el relativo al debido proceso, el cual ilustró con cita jurisprudencial atinente a la procedencia del amparo contra providencias judiciales cuando mediante ellas se incurre en vía de hecho.

Posteriormente se refirió al caso sometido a su decisión, señalando, en relación con los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, que el accionante se limitó a enunciar las normas superiores que los consagran, es decir no indicó los hechos constitutivos de la vulneración denunciada, como tampoco allegó prueba sobre el particular; respecto del derecho al trabajo sostuvo que el proceso de restitución del inmueble donde se ubica la droguería "Caribe No. 3", no le impide al peticionario el desempeño de su oficio, ya que puede desarrollarlo en otro lugar; que en lo atinente al derecho a la doble instancia no se refirió en que consistió su conculcación,

máxime cuando la apelación del fallo de primera instancia fue resuelta por el Juzgado 2° Civil del Circuito; y, en fin que las decisiones supuestamente vulneradoras de los derechos invocados por el accionante contienen, en términos generales, razonamientos coherentes y lógicos que se ajustan al ordenamiento civil sustantivo y procedimental, pues el contrato de arrendamiento en materia comercial no tiene identidad propia, a punto que está incluido en el Código respectivo dentro del título "Del establecimiento de comercio", amén de que en concepto del doctrinante Bonivento Fernández, se le someti6 a una restricción absurda e inadmisib1e y, consecuentia1mente, qued6 con vacíos que deben ser llenados con las normas del Código Civil.

De suerte que, prosigue cuando el autor refiere que la ley mercantil excluye a los inmuebles con destinación comercial, de la reglamentación ordinaria y les imprime un tratamiento distinto, con criterio proteccionista al arrendatario empresario, lo que quiere significar es que dicha normatividad le garantiza al tenedor el derecho a la renovación del contrato bajo las condiciones impuestas por el legislador.

Si bien, acota la sentencia de primer grado contiene incoherencias como la de "consignar lo concerniente al aumento del canon de arrendamiento y la no notificación al demandante de la sentencia por edicto" (sic), no lo es menos que quien se hallaba legitimado para alegar la nulidad actu6, en la segunda instancia, sin proponerla. De donde, dicha irregularidad se considera sancada.

En todo caso, concluye, las impropiedades señaladas en nada afectan o lesionan el derecho al debido proceso y, por ende, el de defensa máxime si se tiene en cuenta que el peticionario impugn6 la sentencia de primer grado y al resultarle adverso el fallo de segunda instancia, pretende obtener por medio de esta acción, el fallo deseado, lo cual es improcedente por cuanto, dado su carácter subsidiario, no puede convertirsela en el último recurso de quien ha sido vencido en un proceso.

Con pie en tales discernimientos, denegó el amparo solicitado.

LA IMPUGNACIÓN

Pretende el accionante, a través de su apoderada, se revoque la sentencia de primer grado esbozando, en resumen, las siguientes razones:

No es requisito de la acción de tutela la demostración de los principios o normas constitucionales invocadas como vulneradas y, por ende la exigencia del Tribunal en ese sentido carece de fundamentación.

En relación con el trato discriminatorio, ignor6 el a quo que el mismo se refiere a la calidad de comerciante que ostenta el arrendatario y a la destinación del bien arrendado y, por tanto, que al resolverse el asunto con fundamento en normas no aplicables a los establecimientos mercantiles, se genera una desigualdad que contraria el art. 14 de la Carta Política, amén de que al haberse ordenado la restitución del inmueble bajo parámetros legales equi-

vorados se irroga un perjuicio grave e irremediable, al desconocerse que los establecimientos comerciales que tienen un buen nombre y desempeño en su actividad, se hacen acreedores a una prima comercial, de donde no es lo mismo su ubicación en el centro de la ciudad -lugar en el que se encuentra el del peticionario-, que en un barrio de estrato 1, lo que conllevaría la pérdida de su buen nombre y generaría gastos de transporte de mercancías, etc.

De otro lado, que si bien es cierto impugnó el fallo de primer grado, no sólo lo hizo porque le fue adverso sino porque aspiraba a que los errores cometidos en la primera instancia, fueran corregidos por el superior lo que, a la postre, no aconteció y, por ende, no le queda otro camino que la tutela para evitar la vulneración de sus derechos y la concreción del perjuicio irremediable sufrido.

Y, en fin, que el Tribunal no advirtió entre las pruebas aportadas a este trámite, que existen dos sentencias "diferentes en su forma y contenido en apartes de la misma, toda vez que es de notoria observancia que los párrafos o texto no corresponden en sus páginas" (sic), lo que indica que el juzgado las cambió o modificó, pues una es la expedida el 14 de diciembre de 1998 y otra la allegada como prueba solicitada por el *a quo*, lo que, a su entender, constituye una posible actuación fraudulenta que conlleva vulneración del derecho al debido proceso.

CONSIDERACIONES

1. Los hechos en los que el accionante funda su petición de amparo, apuntan, como se vio, a una posible vulneración del derecho al debido proceso el que, como se sabe pertenece a la estirpe de los fundamentales y, como tal goza del amparo constitucional brindado por la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política.

2. Ciertamente, a dicha prerrogativa se refiere el artículo 29 de la norma superior, prescribiendo que su aplicación opera frente "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", y que:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

Fluyen de allí, como postulados esenciales, los de que en el proceso se debe dar siempre la posibilidad de intervención plena y eficaz del implicado, de juzgarlo conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, así como las de presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que le sean adversas.

En consecuencia, si dichas etapas se oniten en un determinado proceso, no se remite a duda que con ello se viola el derecho de defensa y, por lo mismo, se coloca al procesado en estado de indefensión el que, como es bien sabido, se produce cuando la persona sin culpa de su parte, no ha podido defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

3. El mecanismo que se analiza no es, en principio de rectibo contra providencias judiciales, pues en procura de la autonomía e independencia que caracterizan la administración de justicia y en guarda de la seguridad jurídica, no es conveniente que las actuaciones jurisdiccionales puedan impugnarse por fuera del proceso en que fueron proferidas, dado que allí los sujetos procesales cuentan normalmente con oportunidades de defensa idóneas a tal fin. Por manera que si al interior de la controversia judicial existen mecanismos que permitan conjurar los yerros en que incurriere el juez, o si la decisión judicial no comporta una abierta u ostensible transgresión del ordenamiento legal, o si no se hallare desprovista por completo de justificación jurídica, o si obedece a una interpretación normativa que no sea opuesta a la razón, resulta apenas obvio que ella se torne invulnerable a la acción de tutela.

4. Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Corte, se advierte de las fotocopias del expediente dentro del cual se proferieron las sentencias censuradas, que ciertamente en estas se incurrió en la vía de hecho que se les enrostra a los respectivos juzgadores, pues pretendiéndose la restitución de un local destinado exclusivamente al funcionamiento de un establecimiento de comercio por quien lo compró a su dueño, no se examinó ni dilucidó en ellas, a la luz de la legislación que correspondía, si en favor del comprador-demandante operó la cesión del respectivo contrato de arrendamiento, para que así confluyeran en él las calidades de propietario y arrendador necesarias, por supuesto, para legitimarse por activa en la causa.

Tan cardinal aspecto era de obligatorio examen por parte de los juzgadores, para la correcta definición del asunto en el fondo, sin que de ello se preocuparan no obstante que el aquí accionante edificó parte de su defensa en ese preciso extremo, en los términos que puede deducirse de los escritos de contestación de la demanda, de los de alegaciones y los de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia (fs. 29-33, 62-63, c. ib., y 4-6, c-copias 2ª. Instancia).

El sentenciador de segundo grado; en particular, dio por sentado en su fallo que el demandado tenía la condición de arrendatario del demandante Manuel María Huguet y, a la postre lo condenó como tal, a restituírle el inmueble fundándose en estas consideraciones: que Huguet lo compró a su propietaria Sara (Sarita) Abdala Cabana; que Suárez Solano -el inquilino- fue enterado de tal hecho por el abogado Faudy Antonio Arzuaga Abdala, mediante escrito de 23 de julio de 1997; que María Robles Varela -la arrendadora del predio-, también le notificó a aquél dicho suceso expresándole, además, que en virtud de esa negociación no podía recibirle la renta correspondiente al mes de agosto de 1997, ya consignada en la Caja Agraria, según constaba en el título de depósito No. 0093621 de 1º de agosto de 1997; y que el arrendatario aceptó cualquier cesión del contrato, según aparece del mismo.

Dichas argumentaciones, en verdad, no pueden aceptarse como suficientes para acceder a la restitución demandada, si se repara en que en el con-

trato de arrendamiento allegado con la demanda, no obra la nota de cesión en favor del demandante, la cual es necesaria como presupuesto para su notificación con exhibición del título, o para su aceptación con un acto que la suponga como lo sería el pago de la renta al cesionario, según las normas que gobiernan la materia. En efecto, tal como lo impera el artículo 888 del C. de Co., "La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito...". Por su parte el art. 894 *ibidem* dispone: "La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, ...". Y el artículo 691 del C.C., establece: "La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente".

No se desconoce que el arrendatario aceptara anteladamente la cesión del contrato por parte del arrendador, pues así aparece pactado en la cláusula décimo-sexta del contrato, sino que dicho traspaso no aparece consignado en el respectivo documento, formalidad que como se viera, debe cumplirse en las convenciones de tracto sucesivo de naturaleza mercantil, amén de la notificación consiguiente, salvo que antes de efectuarse esta, el inquilino se dé por enterado de la cesión y la acepte con un acto como el señalado antes, lo que no se vislumbra del expediente para la época en que se causara la renta del mes de agosto de 1997, cuya mora se alegó como causal de terminación del arrendamiento, a tanto que el localario la consignó en favor de María Robles Varela, quien venía ejerciendo como arrendadora.

Ahora bien, si la susodicha cesión no se dio por lo ya anotado, mal puede entenderse como notificación de la misma, la comunicación que de la compra del inmueble por parte de Huguet, enviara un tercero al arrendatario, esto es, el abogado Faudy Arzuaga Abdala, máxime cuando su calidad de mandatario de aquél solo aparece demostrada para los efectos de la formulación de la demanda de restitución del inmueble, que no para la época en que remitiera el mencionado escrito al inquilino.

5. Así las cosas, no se aprecia en la providencia cuestionada, el análisis que el asunto requería, como tampoco que la decisión allí contenida se hubiere fundado en criterios objetivos, racionales, responsables y serios, enseñoreándose así la vía de hecho. Y es que no puede adecuarse al debido proceso "... 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..." (Sent. T-442, octubre 11 de 1994).

6. Corolario de lo discernido es que la sentencia denegatoria del amparo deberá ser revocada para, en su lugar concederse ordenándose al Juzgado 2° Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena), que decida el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 7 de octubre de 1998, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de la misma ciudad, en el proceso abreviado promovido por Manuel María Huguet Nova contra Juan Francisco Suárez Solano, con fundamento en las normas legales que gobiernan la materia, toda vez que la pronunciada el 14 de diciembre del mismo año, por lo ya anotado, no tiene de providencia judicial sino la apariencia que da la forma.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Revoca la sentencia impugnada y, en su lugar, ordena al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena), que decida el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 7 de octubre de 1998, proferida por el Juzgado 1° Civil Municipal de Ciénaga (Magdalena), en el proceso abreviado promovido por Manuel María Huguet Nova, conforme a derecho, en el término de cinco días contados a partir del siguiente a aquel en que reciba el expediente respectivo, para lo cual habrá de solicitarlo a dicho despacho judicial, una vez reciba la notificación de esta providencia.

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

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

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, DERECHO DE PETICION: vulnera el derecho el juez que omite pronunciarse sobre petición elevada por terceros. El pronunciamiento que efectúe el accionado debe ser en el proceso, no puede entenderse satisfecha la solicitud con la presentación de informe al juez de tutela

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Planetta*

Referencia: Expediente No. 6082

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, mediante el cual resolvió denegar la tutela incoada por José Bayardo García Acosta contra la Fiscalía 24 Delegada - Adscrita a la Unidad de Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos.

ANTECEDENTES

1.- El ciudadano José Bayardo García Acosta, obrando a través de apoderado judicial, entabló acción de tutela contra la autoridad judicial arriba citada, con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y de petición, consagrados en los arts. 29 y 23 respectivamente, de la Constitución Política.

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

2.1.- Refiere la apoderada judicial del accionante que su procurado sufre daños de orden moral y económico causados por la autoridad judicial accionada al omitir el impulso procesal que tiene que ver con el incidente de desembargo de bienes que fueron objeto de la medida de cautela ordenada dentro del trámite de extinción de dominio iniciado por la Unidad de Extinción del Derecho de Dominio y Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación, en contra de los bienes de propiedad de José Aulí López Chacón y

Bianca Yolanda García de López, y que diera lugar al secuestro de la finca El Vergel junto con los bienes muebles que allí se encontraren, diligencia practicada por funcionario comisionado de la población Monterrey Casanare el día 29 de julio de 1998 a la cual no pudo asistir por encontrarse fuera de esa jurisdicción municipal, recayendo la cautela sobre 64 novillos de levante que son de propiedad de su representado.

2.2.- Afirma la representante judicial del peticionario que este es un tercero de buena fe, y que debe ser resuelto dentro del incidente de desembargo propuesto, pero que, sin embargo, la accionada ha omitido dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 333 de 1996, mostrando una flagrante negligencia en atender sus peticiones radicadas en octubre 1º, noviembre 26 y diciembre 15 de 1998, razón por la cual acudió el pasado 15 de febrero y constató la absoluta pasividad de la Fiscalía. Acota que han transcurrido 140 días y el despacho no ha impulsado el trámite procesal, sin que exista otro mecanismo judicial de defensa distinto de la tutela para hacer valer sus derechos.

FALLO DEL TRIBUNAL

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

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

2.- En relación con el derecho del debido proceso aducido por el interesado en su protección, el fallador de la tutela estima que la actuación cuestionada no tiene el carácter de vía de hecho, por no ser de tal magnitud la falencia que pueda llegar a presentar; y esa apreciación descansa en la abundante y reiterada jurisprudencia constitucional que reproduce en los apartes pertinentes.

3.- De otra parte, expresa el juez constitucional que es reiterada la jurisprudencia acerca de la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a menos que no sean en verdad actos jurídicamente válidos, sino auténticas vías de hecho que den lugar al amparo del derecho lesionado con dicha acción u omisión ilegítimas, bien por su arbitrariedad, abuso o capricho. Por ello, se anticipa a desestimar su ocurrencia en este proceso civil, pues encuentra que la actuación judicial, aún cuando se afirme lo contrario por el accionante, descansa en las normas procesales pertinentes en cuanto al trámite e intervención en el proceso por el interesado. Pues, en su

entender, recaba, la absoluta claridad de la jurisprudencia constitucional que únicamente admite la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales o administrativas, cuando sea demostrada una real y grave lesión de las garantías constitucionales causadas por la violación de la normatividad aplicable al juicio de que se trate, es decir, cuando sea indiscutible el quebranto del derecho fundamental del debido proceso.

4.- De otro lado, precisa el Tribunal la diferencia existente entre el trámite de incidente de desembargo dentro del proceso penal ordinario o el civil, y el regulado por la ley de extinción del derecho de dominio, que, con toda su especialidad, también garantiza el derecho de terceros de buena fe. De suerte que es menester esperar el desarrollo del proceso y se cumplan las etapas previstas en él, que, para el caso, aún no concluye, por tanto será la sentencia definitiva la que pondrá término a la reclamación de los bienes del interesado, dada la naturaleza especial otorgada por la ley al trámite incidental dentro de una investigación de extinción de dominio y lavado de activos.

IMPUGNACIÓN

La abogada expresa su inconformidad con la decisión sin aducir ninguna razón adicional a las planteadas en los hechos.

CONSIDERACIONES

1.- Tiene sentado esta Corporación que en materia judicial penal, la acción de tutela sólo procede en vías de hecho.

1.1.- En efecto, como solamente la garantía del debido proceso en materia judicial no sólo asegura la intervención y defensa de los interesados, pudiendo estos corregir o sanear sus eventuales irregularidades, es lógico entender que se acude a ella (con las peticiones, recursos, objeciones, incidentes, etc. que sean del caso) y no a la acción de tutela cuando de vulneración o amenaza de aquélla se trate. Por esta razón, la procedencia de esta acción de tutela se restringe a la vía de hecho, porque en ella se vulnera en forma tan absoluta la garantía del debido proceso que sólo encuentra fundamento en la arbitrariedad, el capricho o el abuso, tal como sucede cuando se obra sin jurisdicción o cuando teniéndola se actúa sin la forma, el contenido o la sustentación jurídica pertinente. En tanto que no se configura vía de hecho en providencia judicial, aunque ésta sea discutible, cuando quiera que se interpreta o aplique la normatividad o se aprecien las pruebas, pues se trata de funciones jurisdiccionales constitucionales que le sirven de sustento.

1.2.- Ahora, tratándose de la garantía del debido proceso a que tiene derecho constitucional y legalmente los terceros de buena fe en los procesos de extinción de dominio (art. 29 C. Pol. y arts. 11, siguientes y concordantes de la Ley 333 de 1996), los derechos sustanciales de éstos y la consagración de aquélla se encuentran adecuadamente protegidos.

1.2.1.- En efecto, cuando la Ley 333 de 1996, en desarrollo del art. 34 inciso segundo de la C. Pol., señala la naturaleza jurisdiccional, real o patrimonial de la acción de extinción de dominio contra "el titular real o presunto a los beneficiarios reales de los bienes, independientemente de quien los tenga en su poder o lo haya adquirido, y sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe" (art. 7º), no solamente está exigiendo que "el proceso se inicie y desarrolle con bienes concretos y determinados ... salvo los llamados bienes equivalentes ..." o que "sobre ellos ejercía la persona contra la cual se ha intentado, o sus causahabientes que actuaron de mala fe", sino que también respeta y "quedan protegidos los derechos de los terceros de buena fe" (sentencia de la H. Corte Constitucional No. C-374 del 13 de agosto de 1997).

1.2.2.- Por tal razón, la garantía del debido proceso también se encuentra especialmente regulada (art. 17, ley 333 de 1996) con relación a dichos terceros de buena fe, en el sentido de que así como la procedencia de las medidas cautelares de embargo pueden adoptarse en "cualquier estado del proceso" (art. 19 Ley 333 de 1996), de igual manera se consagra en esa oportunidad, esto es, durante "el trámite de la acción de extinción de dominio" la posibilidad de "comparecer al proceso" (arts. 11 y 12, párrafo, Ley 333 de 1996) para ejercer antes del fallo "acciones y recursos legales" (arts. 12, párrafo, 15, literal a y f, Ley 333 de 1996) y obtener en esa oportunidad las decisiones provisionales o definitivas correspondientes (positiva o negativa) durante el trámite o, en su caso, en la sentencia (art. 21, Ley 333 de 1996), relativa a solicitudes de levantamiento de las medidas cautelares y orden de entrega de bienes afectados por ellas.

1.2.3. Ahora, si ello es así, cualquier eventual vulneración o amenaza de la garantía del debido proceso tiene que alegarse dentro del trámite ante las autoridades penales pertinentes, sin que pueda acudirse a la acción de tutela para corregir las eventuales irregularidades, a menos que dichas autoridades incurran en vías de hecho. Y ello acontece precisamente cuando la autoridad judicial penal sin expedir por escrito y oportunamente decisión motivada alguna, se abstiene de facto e injustificadamente a dar trámite a la solicitud directa o incidental formulada por quienes aducen la calidad de terceros de buena fe, ya que con ello, además de vulnerar el derecho de petición que en este evento se le concede en dicho trámite penal, se le impide el acceso a la administración de justicia y se le hace nugatorio o ineficaz su derecho de defensa directo o a través de los recursos (arts. 23, 29 y 229 de la C. Pol.). Por lo tanto, si bien en tal evento dichos derechos resultan amparables en torno a procurar una decisión por escrito que respondiendo a dicha solicitud, pueda facilitar su controversia y defensa, no es menos cierto que no le asegura, per se, el derecho a obtener una decisión favorable, la que en todo caso queda sujeta a las prescripciones constitucionales y legales.

2.- Seguidamente aborda la Corte el estudio de la presente impugnación.

2.1.- Se trata de una acción de tutela de José Bayardo García Acosta contra la Fiscalía 24 Delegada-Adscrita a la Unidad Extinción del Derecho de

Dominio y Contra el Lavado de Activos, para solicitar el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y de petición, porque la accionada ha omitido resolver el incidente de desembargo de sus bienes representados en 64 novillos de levante que fueron objeto de secuestro en la finca El Vergel, contra cuyo propietario se adelanta la investigación de extinción del derecho de dominio, no obstante haber sido planteado desde octubre 1 de 1998 y reiterado en varias peticiones subsiguientes.

El Tribunal no accedió a lo pedido, porque considera que si eventualmente ha existido una inadecuada o tardía actuación en el despacho del asunto, lo cierto es que ello, por sí solo, no es suficiente para afirmar el quebranto del derecho del debido proceso por una presunta arbitrariedad o que la abstención de la autoridad en la resolución del caso pueda ser abusiva y como tal configure una vía de hecho; tampoco estima que el derecho de petición haya sido atropellado, porque si bien es cierto que el quejoso aún no ha obtenido respuesta a sus solicitudes de desembargo, también lo es que, a diferencia del proceso civil y penal ordinarios, el trámite incidental en un juicio de extinción de dominio está sujeto a la Ley 333 de 1996 y no a las normas de estatuto procesal o C.P.C.

El accionante, en su lugar, manifiesta que discrepa del fallo y por eso lo impugna.

2.2.- Visto lo anterior encuentra la Corte motivo suficiente para acceder a la tutela impetrada, imponiéndose así la necesidad de modificar el fallo atacado.

2.2.1.- Primeramente precisa la Sala que la presente acción de tutela no se dirige proplanamente contra la decisión en virtud de la cual la Fiscalía 24 Delegada Adscrita a la Unidad de Extinción del Dominio y contra el Lavado de Activos ordenó el embargo y secuestro de la finca El Vergel y de los bienes que allí se hallaren, sino contra la abstención de facto o verbal de dicha autoridad judicial a darle trámite a la solicitud incidental del levantamiento de embargo y secuestro de 64 novillos y orden de entrega de los mismos.

Asimismo, aparece acreditado de una parte, que el expediente de dicha solicitud, llamado oposición No. 10 (fls. 33 a 52), solamente comprende la mencionada petición del 1º de octubre de 1998, la relación del ganado de José Bayardo García, los poderes del accionante al apoderado dentro del proceso, la solicitud de reiteración de trámite a la anterior petición con fecha del 15 de diciembre de 1998, el acta de embargo y secuestro de los semovientes a que alude la presente tutela con sus respectivos anexos. Y de la otra, también aparece acreditado, dentro del informe de la fiscal accionada (fls. 53 a 60), entre otros aspectos, los siguientes: que dentro de la investigación de "extinción de dominio contra bienes de propiedad del señor José Aulí López Chacón y Blanca Yolanda García de López, bajo el radicado 029" mediante resolución del 10 de julio de 1998 "se ordenó el embargo y secuestro de la finca El Vergel, de propiedad de los señores antes mencionados así como la incautación de los bienes muebles, enseres, semovientes y demás que llegaren

a encontrarse en la misma" (folio 52). Igualmente dice la accionada que, a su juicio, "se ha cumplido a cabalidad lo allí dispuesto" (el trámite del art. 15, ley 333 de 1996) y que verbalmente (por parte de la Secretaría Judicial II) se le hizo saber que "el trámite a seguir es el especial estipulado en la ley y no el incidental previsto en la normatividad penal o civil", pero seguidamente agrega que "es cierto que la petición presentada por la doctora Chaves (refiriéndose a lo de levantamiento de embargo y secuestro) No se ha resuelto y la única razón para ello es de orden procedimental y el argumento de tal proceder es el siguiente y que da respuesta al numeral 2 de la tutela", los que más adelante procede a exponer (como los de improcedencia del trámite incidental, la falta de oportunidad procesal para resolverlo, etc.). (Lo resaltado es de la Sala)

2.2.2.- El anterior relato pone de presente, contrariamente a lo que dice el Tribunal que, frente a una petición dentro del proceso penal para acceder a la administración de justicia como tercero de buena fe en materia de levantamiento de embargo y secuestro y orden de entrega de los bienes, no ha tenido decisión alguna por escrito, en forma oportuna y adecuada, lo que, independientemente de su eventual contenido, debe proferirse a fin de que el peticionario tenga la oportunidad por lo menos de obtener una decisión que le permita controvertirlo ante el mismo funcionario y, si fuere el caso, ante el superior, o de facilitarle los actos propios de la defensa a que dé lugar su eventual trámite, prueba y alegaciones.

Ahora, como quiera que esta omisión de decisión escrita no queda ni puede darse por subsanada por la comunicación verbal de la secretaria judicial, ni tampoco con el contenido del informe rendido para esta tutela, donde suministra los argumentos de dicha abstención, pues esa no es la forma, ni el lugar y oportunidad para hacerlo a fin de satisfacer aquellos derechos, se impone entonces proceder al amparo de dicha garantía a obtener el interesado una decisión, sin que con ello quede asegurada su favorabilidad.

2.3.- En consecuencia, el fallo debe modificarse para acceder a lo pedido, en el sentido antes mencionado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, Revoca el fallo del 4 de marzo de 1999, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en la acción de tutela de José Bayardo García Acosta contra la Fiscalía 24 Delegada Adscrita a la Unidad de Extinción de Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos. En su lugar,

RESUELVE:

1.- Tutelar el derecho constitucional fundamental de petición, acceso a la administración de justicia y defensa que, dentro de la investigación penal contra José Auli López Chacón y Blanca Yolanda García de López, les fueron

vulnerados al accionante, José Bayardo García Acosta, en la tramitación de la solicitud del 1° de octubre de 1998 llamada oposición No. 10 (radicación No 029) que, en su calidad de tercero de buena fe, presentó para el levantamiento del embargo y secuestro de ciertos bienes y su correspondiente entrega.

2.- Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la Fiscalía 24 Delegada Adscrita a la Unidad de Extinción de Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta sentencia, adopte mediante providencia judicial por escrito la decisión que, conforme a derecho, corresponda al trámite o resolución de la precitada solicitud, por las razones expuestas en la parte motiva.

3.-Notifíquese a las partes interesadas, comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto, y ofícese.

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

Cumplase.

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

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: Improcedencia del recurso de revisión en tutela

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Santos Ballesteros*

Ref.: Expediente No. 6166

Decídese sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión impetrado por la accionante María Sonia Velasco Uribe, contra la sentencia del 5 de marzo del corriente año proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria, por la que se puso fin a la acción de Tutela por ella formulada.

Al respecto,

SE CONSIDERA:

1.- La naturaleza extraordinaria de que se hallan revestidos los recursos de casación y revisión, exigen para su interposición y procedencia una expresa consagración legal, que proviene precisamente de su especie excepcional frente a los demás recursos ordinarios previstos en el procedimiento para las instancias y aún para la acción de tutela.

Los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, reglamentarios del mecanismo excepcional, no contemplan en ninguno de sus textos el recurso extraordinario de revisión, dejándolo excluido del procedimiento propio de esta acción, no siendo válido invocar para su procedencia, las normas de integración o de aplicación supletoria o analógica, que sólo proceden ante vacíos dejados por el procedimiento especial.

La naturaleza excepcional del recurso conlleva de suyo una aplicación selectiva y restringida a los asuntos que la propia ley procesal indica, lo que desde luego impide que su procedencia pueda admitirse de manera supletoria, porque no es predicable en materia de recursos extraordinarios, como sí puede ser examinada entre los diversos procedimientos en materia de recursos ordinarios.

Con fundamento en lo precedentemente expuesto y ante la impertinencia del recurso extraordinario interpuesto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Rechazar por improcedente el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por la señora María Sonia Velasco Uribe, contra la sentencia del 5 de marzo de 1999 proferida por esta Corporación, en la acción de tutela promovida por la recurrente contra Juan Hernando Velasco Uribe.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese por telegrama a los interesados.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Santos Ballesteros.

DEBIDO PROCESO ADUANERO: para evitar fraudes o conductas ficticias de parte del usuario aduanero, en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984 se fijó un término para que la mercancía fuera recepcionada en puerto extranjero. La DIAN desconoció el derecho del usuario accionante cuando al cumplirse los términos del artículo 281 hizo efectiva la caución por no haberse aportado el documento que demostraba este hecho; sin tener en cuenta que, la mercancía no sólo ya había arribado a puerto extranjero sino que el aporte del certificado pertinente, por provenir de un tercero, no dependía de su exclusiva voluntad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *José Fernando Ramírez Gómez*

Referencia: Expediente No. 6206

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia de 11 de marzo de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, dentro del proceso de tutela promovido por José Octalívar Valencia en su condición de representante legal de la Sociedad Inversiones Viviana Ltda. contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Administración Regional de Aduanas de Cartagena.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil - Familia, el señor José Octalívar Valencia, actuando en su calidad de representante legal de la Sociedad Inversiones Viviana Ltda., solicitó el amparo del derecho fundamental al debido proceso, con fundamento en los hechos que se compendian a continuación:

1.1. La sociedad que representa importó, vía marítima, dos vehículos embalados en el contenedor GSTU 731166-9, cobijados con conocimiento de embarque No. 1053-96 y registro aduanero No. 602462, de 2 de agosto de 1996.

1.2. Ante la imposibilidad de culminar el proceso de legalización de dichos vehículos, su representante solicitó se autorizara su reembarque, al tenor de lo dispuesto en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984, ante la Administración de Aduanas Nacionales, petición que fue despachada de manera favorable mediante auto No. 191 del 8 de octubre de 1996. En acatamiento a lo dispuesto en el precepto citado, la sociedad accionante constituyó la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 287269 de Latinoamericana de Seguros S.A.

1.3. El 6 de diciembre de 1996, se realizó la operación mencionada, reembarcando los vehículos, inicialmente a Puerto Marzanillo (Panamá), a donde llegaron el 10 de diciembre del mismo año, amparados con el conocimiento de embarque (B/L) No. CTG WSM 000282 de la Compañía Crowley American Transport Inc., en el cual aparece como consignatario Multiservicios de Carga S.A. - International Freight Forwarding.

1.4. La mercancía fue recibida por dicho consignatario en el puerto de destino el 10 de diciembre de 1996, es decir, luego de transcurridos dos (2) meses desde la autorización de reembarque. No obstante los múltiples requerimientos efectuados por la accionante, éste no expidió oportunamente el documento que acreditaba tal situación, lo que ocasionó que la accionada hiciera efectiva la póliza de cumplimiento, previa declaratoria del incumplimiento de las disposiciones legales que regulan el reembarque de mercancías, mediante Resolución No. 00144 de 5 de mayo de 1997.

1.5. Ante la conducta omisiva del consignatario, no se impugnó la anterior decisión, cobrando en consecuencia ejecutoria el 21 de mayo de 1997, pues sin el documento en mención era imposible demostrar el cumplimiento de la obligación.

Con todo, la accionante insistió ante el consignatario, obteniendo finalmente el documento, cuya expedición se efectuó el 4 de junio de 1997.

1.6. Con apoyo en dicho documento la Compañía Aseguradora, solicitó la revocatoria directa de la citada resolución, la cual fue resuelta de manera negativa mediante resolución No. 029 de 23 de septiembre de 1998, bajo el argumento de la extemporaneidad de su presentación, desconociendo así "los actuales principios constitucionales e ignorando las pruebas aportadas por Latinoamericana de Seguros S.A."

1.7. Como la accionante no tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo con el fin de controvertir esta decisión, la acción de tutela es el único mecanismo a su disposición dispone para defender sus derechos fundamentales.

2. Atendiendo una petición del a quo, el accionado rindió un informe detallado sobre el asunto al cual hace alusión la presente tutela, amén de allegar copia del respectivo expediente administrativo y de las resoluciones Nos. 2747 y 8489 de 1998 (fs. 60 al 107, c.l.).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras elaborar un marco conceptual sobre el derecho del debido proceso, destacar el carácter de subsidiariedad que le es inherente a la acción de tutela y referirse a las características que deben concurrir para que se configure un perjuicio irremediable, el Tribunal concluyó que el amparo deprecado resultaba improcedente, porque la accionante dispone de otros medios de defensa judiciales, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como son la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas en los artículos 84 y 85 del C. C. A.

Así mismo, consideró que tampoco procedía como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues éste no se evidenciaba en la actuación.

A las razones anotadas agregó:

"También se llega a la conclusión de la no viabilidad de la presente tutela, atendiendo que la actuación del ente tutelado, se ciñó al ordenamiento legal vigente, sin que el afectado hubiere expuesto en oportunidad la imposibilidad en que se encontraba para aportar la prueba requerida, que en últimas dio lugar a la expedición de la Resolución número 00144 de 5 de mayo de 1997. Luego, no puede revivir el término que tenía para ello a través de la presente acción. Si la prueba acompañada con posterioridad, con la interposición del recurso de revocatoria directa, debe o no tenerse como tal, es cuestión que ha de ventilarse y decidirse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través del respectivo proceso que antes se señaló, ya que el juez de tutela no puede inmiscuirse en materia (análisis y valoración probatoria), que por ley corresponde su conocimiento a otra autoridad".

LA IMPUGNACIÓN

A manera de introducción dice el impugnante que la decisión adoptada por el Tribunal se fundamenta principalmente en dos aspectos, uno de carácter procesal y otro de carácter sustancial, a los que se refiere en su orden.

En relación con el primero alega que el a quo se equivocó en la apreciación de las circunstancias fácticas del caso concreto. Precisa que la transgresión de los derechos constitucionales de su poderdante se concretó con la expedición de la Resolución 0029 de 23 de septiembre de 1998, es decir, al momento de resolverse la solicitud de revocatoria directa, pues hasta esa oportunidad se le presentó a la Administración la prueba de arribo de la mercancía al puerto extranjero, pero hizo caso omiso de la misma "aferrándose al tenor literal del artículo 281 del Decreto 2666 de 1984".

Sostiene, además, que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo, la citada Resolución 0029, por ser un acto administrativo que resuelve una solicitud de revocatoria directa, no es susceptible de ser controvertida ante la jurisdicción de lo contencioso admi-

nistrativo, por lo que debe concluirse que Inversiones Viviana Ltda. no contaba al momento del desconocimiento de sus prerrogativas constitucionales, con otro medio de carácter judicial que le permitiera ejercer la defensa de sus derechos transgredidos.

También dice que no se está ejerciendo la acción de tutela como un mecanismo alternativo o adicional, pues si no se agotó la vía gubernativa, fue porque la citada sociedad no tenía la opción de interponer los recursos alegando el cumplimiento, porque la prueba de este hecho le fue proporcionada con posterioridad a dicha oportunidad.

De otra parte, anota, que la acción fue interpuesta invocando la tutela como mecanismo definitivo y no transitorio, por lo que no son pertinentes las consideraciones que efectuó el *a quo* sobre el concepto de perjuicio irremediable.

En relación con el segundo aspecto dice que la inconformidad con el fallo impugnado radica esencialmente en que en las consideraciones sustanciales esbozadas por el *a quo*, se hace referencia exclusivamente a la garantía constitucional del debido proceso, desconociendo que de acuerdo al planteamiento de la acción impetrada, la violación de los derechos fundamentales de Inversiones Viviana Ltda. se extiende a otras garantías constitucionales diferentes a la señalada, especialmente al principio consagrado en el artículo 228 de la C.P., el cual parte de la base, del desconocimiento del principio de Justicia consagrado en el preámbulo y en el artículo 2º *esjudem*.

En ese orden de ideas, pasa a puntualizar los aspectos que sirven de fundamento a su posición, así:

"- La Justicia y la Equidad se hallan consagrados en el preámbulo y en el artículo 2º de la Constitución como una garantía constitucional imperante en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que constituyen derechos sustanciales para todos los que habiten el territorio nacional.

"- La finalidad del artículo 281 del Decreto 2666 de 1984 es el mantener indemne el orden aduanero, evitando fraudes o conductas delictuosas por parte del usuario aduanero mediante la recepción de la mercancía en el puerto extranjero.

"- En el caso concreto el orden aduanero permaneció indemne lo cual se demuestra con el documento aportado por vía de revocatoria directa, en el que consta la llegada de la mercancía a país extranjero.

"- El artículo 228 de la C.P. consagra una fórmula para dirimir el conflicto en que se halle un derecho sustancial cuando quiera que se vea transgredido en el ejercicio de la función de administrar justicia, ordenando al funcionario correspondiente darle prevalencia a éste en todos los casos.

"- En el presente caso la Administración con su actuación desconoce la fórmula consagrada al privilegiar las formalidades en detrimento de los derechos sustanciales de Justicia y Equidad.

"Imponer una sanción habiéndose demostrado la satisfacción de la finalidad de la norma, quebranta el principio de justicia, toda vez que privilegia las ritualidades consagradas en el tenor literal del artículo 281 del Decreto 2666/84.

"No sobra destacar que la tendencia de nuestro ordenamiento jurídico es la de obtener la aplicación del principio de Justicia el cual, a más de estar consagrado en el preámbulo y en el artículo 2º de la C.P., se halla contemplado en el artículo 64 del Decreto 1909 de 1992 (Estatuto Aduanero) y el artículo 683 del Estatuto Tributario.

"En consecuencia, se impone la revocatoria de la decisión del *a quo* como quiera que queda demostrado que la actuación de la Administración vulnera de manera flagrante las garantías constitucionales señaladas.

"La violación al debido proceso, insistimos, no es más que reflejo del desconocimiento de la fórmula consagrada en el artículo 228 C.P. En otras palabras, el desconocimiento del debido proceso surge en el momento mismo en que se transgrede el principio consagrado en el señalado artículo 228.

"Sobre este particular es indispensable poner de relieve nuestra discrepancia con las consideraciones del *a quo* al sugerir que la garantía constitucional del debido proceso se agota con la observancia de las formalidades consagradas en las normas vigentes de carácter legal.

"Consideramos que el debido proceso es un concepto más amplio que la simple observancia del tenor literal de las normas legales; su ámbito de acción cubre con mayor razón a las disposiciones de carácter constitucional por lo que a nuestro juicio no se salvaguarda dicha garantía cuando el funcionario de conocimiento cierra los ojos ante la vulneración de disposiciones procedimentales de carácter constitucional aferrándose al tenor literal de una norma de rango legal.

"Aceptar tal postulado sería desnaturalizar de paso la fórmula consagrada en el artículo 228 de la C.P. por cuanto no se le daría prevalencia al derecho sustancial en los eventos en que el funcionario de conocimiento observara en su actuación la plenitud las formalidades legales, lo cual es contrario a la filosofía del plurimencionado artículo 228 C.P."

CONSIDERACIONES

1. Para abordar el problema planteado y reiterado a propósito de la sustentación de la impugnación, la Corte previamente hará un compendio de la realidad fáctica que muestra el expediente, con apoyo en la cual efectuará el análisis jurídico que el presente caso demanda.

1.1. Mediante Resolución No. 00144 de 5 de mayo de 1997, la Administración Especial de Impuestos y Aduanas de Cartagena, declaró el incumplimiento por parte de la sociedad accionante, de las disposiciones legales correspondientes al reembarque de mercancías, autorizado de acuerdo al

artículo 281 del Decreto 2666 de 1984, mediante auto No. 00191 del 8 de octubre de 1996. Decisión que obedeció al hecho de no haberse presentado dentro del término que contempla esa disposición, la prueba de la llegada de la mercancía al país extranjero. Consecuentemente se ordenó hacer efectiva la póliza No. 287269, expedida por Latinoamericana de Seguros S.A., por valor de \$23.075.654.00, a favor de la Nación, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (fls. 19 al 21, c. 1).

1.2. El 29 de agosto de 1997, la aseguradora mencionada solicitó la revocatoria directa de la anterior decisión, aduciendo la certificación que demostraba que la mercancía objeto del reembarque había llegado al puerto extranjero a los dos meses de haber sido autorizada esa operación. En la misma solicitud explicó que pese a los múltiples requerimientos efectuados por el importador a la sociedad Multiservicios de Carga S.A. - International Freight Forwarding, para que expediera una certificación al respecto, la misma sólo se había expedido hasta el 4 de junio de 1997 (fls. 22 al 29, ib.).

1.3. Recurso que fue despachado de manera negativa por la accionada mediante la Resolución No. 0029 de 23 de septiembre de 1998, argumentando que la decisión no ameritaba reparo, pues estaba demostrado que Inversiones Viviana Ltda. incumplió con la obligación de acreditar ante esa Entidad, dentro del término señalado en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984, la llegada de la mercancía al país extranjero (fls. 30 al 41).

2. El anterior compendio muestra que la accionante en su condición de importadora actuó de acuerdo a la ley, al reembarcar oportunamente la mercancía, la cual arribó al puerto extranjero el 10 de diciembre de 1996, es decir dos meses después de que se le concediera la autorización de reembarque mediante auto No. 00191 de 8 de octubre de 1996.

3. Como no fue posible la demostración de tal hecho dentro del término señalado en el citado artículo 281, la accionada declaró incumplida la obligación y como consecuencia ordenó hacer efectiva la caución; decisión que fue mantenida, no obstante la solicitud de revocatoria directa formulada por la aseguradora que había expedido dicha garantía, bajo el argumento de la preclusión para hacer valer la prueba que a propósito de ello se adujo.

Dentro de ese entendimiento, el acto administrativo cuestionado mediante esta acción de tutela aparenta legalidad en cuanto se encuentra en completa consonancia con la declaración literal del precepto en que se fundamentó la decisión. Sin embargo, ese juicio de legalidad pasa a un segundo plano si se analiza el caso concreto a la luz de los principios consagrados en la actual Constitución Política.

Para ello es conveniente recordar que los procedimientos, ya judiciales, ora administrativos, sólo se justifican en la medida en que constituyan un instrumento idóneo para la búsqueda de la verdad, porque ésta corresponde a un principio de justicia que legitima las instituciones y purifica la democracia. La crisis de la justicia, entendida como órgano del Estado, dimana

del fracaso en la averiguación de la verdad, al aparejar iniquidades, impunidad, ineficacia y desorden.

Si como lo ha dicho la Corte Constitucional, la Constitución demanda del juez no sólo decisiones en derecho sino justas, impregnadas de los valores y principios esenciales del ordenamiento, forzoso es entonces concluir que los procedimientos formales de validez no siempre serán el camino para el descubrimiento de la solución ideal.

Formalmente, como se anotó, la decisión de la administración aparenta legalidad. Sin embargo, vista ella con criterios de equidad y razonabilidad resulta injusta, por cuanto desconoce la verdad y fortalece el procedimiento formal en detrimento de derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa. Claramente en el caso operaba una preclusión, pero ante el descubrimiento de la verdad, la solución no podía ser otra que el reconocimiento de ella, porque la pugna que se sigue presentando entre los principios de legalidad y seguridad jurídicas con los principios de equidad y justicia, muchas veces, y ésta es una de ellas, debe dirimirse en favor de los segundos cuando de por medio se halla la verdad; máxime si se está frente a procedimientos donde la administración es juez y parte interesada a la vez, y por ende, orientada por un criterio de parcialidad, cual puede ser la simple defensa de los intereses fiscales del Estado, pero con olvido de la persona que es centro de actuación.

El desacuerdo del caso se da en el campo teórico del derecho. Es un desacuerdo "sobre el fundamento del derecho", como diría Dworkin, porque el funcionario administrativo dio al art. 281 que esgrimió como base normativa, una interpretación literal, fuera de contexto, incompatible con los postulados constitucionales actuales que requieren de "una labor hermenéutica en la que los elementos configuran un todo dotado de sentido y no simplemente una sumatoria de partes separables". De tal manera que la labor del juez no se agota con la simple aplicación de la regla de la subsunción, como argumento de lógica formal, sino que necesariamente tiene que avanzar y profundizar en la búsqueda del "fundamento del derecho".

Si se aborda esa tarea de hermenéutica con respecto al contenido del art. 281 del Decreto 2666 de 1984, se concluye que el término de preclusión y la garantía de cumplimiento fueron establecidos para evitar fraudes o conductas ficticias de parte del usuario aduanero y hacer coercible el reembarque de la mercancía. Por eso, como la certeza del cumplimiento no la brinda el simple hecho de la remisión de la mercancía, lo que se exige probar no es esto, sino la recepción en el puerto extranjero, porque así es como queda indemne el orden aduanero interno. La demostración de este último hecho trae como implicaciones, la eficacia de la norma, por la no ocurrencia del fraude y la resolución de la caución o póliza de cumplimiento. Cualquier decisión contraria, como la que es objeto de denuncia mediante esta tutela, desconoce la verdad, privilegia los procedimientos formales, secundariza los derechos fundamentales y excluye criterios de dinámica probatoria que abo-

gan por un delicado equilibrio de la carga habida consideración de la posibilidad y facilidad probatoria.

De otro lado, el problema es de pura razonabilidad, pues no tiene lógica aplicar friamente un plazo cuando la actividad probatoria que en él debe cumplir el usuario, no depende de su exclusiva voluntad, por cuanto la demostración del hecho objeto de controversia depende de la expedición de un documento (generalmente), por parte de un tercero, cuya voluntad no está a discreción del interesado nacional. Esto sin tener en cuenta las distancias y circunstancias de fuerza mayor que igualmente se pueden interponer frente al interés del usuario.

Para finalizar, volviendo al caso concreto, para verificar la inequidad en el tratamiento dado por la accionada al usuario, basta verificar que el hecho cuyo cumplimiento se garantizó con el otorgamiento de la póliza, es decir, "la llegada de esa mercancía a país extranjero", tuvo ocurrencia a los dos meses de la autorización del reembarque, o sea en la mitad del tiempo consagrado por la norma para "acreditarse", fijado "dentro de los cinco (5) meses siguientes a la autorización del reembarque" (art. 281, Decreto 2666 de 1984). De modo que desde mucho antes, como se anotó, la norma cobró eficacia y el ordenamiento interno quedó indemne, pues como igualmente se explicó, ella no puede tener fundamento distinto que evitar el fraude.

En virtud de lo discurrecido, la Corte revocará el fallo impugnado y en su lugar concederá la tutela, en el sentido de ordenar a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Administración de Aduanas de Cartagena, examinar en un término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, el documento aportado con el fin de probar la llegada de la mercancía al puerto extranjero, y darle a éste los efectos legales pertinentes, de acuerdo con los razonamientos aquí expuestos.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: Revocar la sentencia de fecha y lugar de procedencia arriba anotada.

Segundo: Tutelar a Inversiones Viviana Ltda., los derechos fundamentales a un debido proceso y de defensa, los cuales fueron vulnerados, mediante la Resolución 0029 de 23 de septiembre de 1998, expedida por la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Administración de Aduanas de Cartagena.

Consecuentemente, se ordena a esa autoridad, examinar en un término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, el documento aportado con el fin

de probar la llegada de la mercancía al puerto extranjero, y darle a éste los efectos legales pertinentes, de acuerdo a los razonamientos de la presente sentencia.

Oficiése a la citada autoridad y acompáñese copia de la decisión.

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

Notifíquese y cúmplase.

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

DERECHO AL BUEN NOMBRE, DEBIDO PROCESO CIVIL: la mención del sentido de la decisión en las listas de notificación por estado no desconoce derechos del accionante

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Antonio Castillo Rugeles.*

Ref. Expediente No. 6297

Decide la Corporación la impugnación interpuesta contra la sentencia de 22 de abril del presente año, proferido por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual se denegó la acción de tutela interpuesta por Campo Aníbal Castillo Pinzón, en frente del Secretario del Tribunal Superior de Bucaramanga.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, el accionante solicita la protección de sus derechos al buen nombre, al honor y la dignidad, supuestamente vulnerados por el funcionario público accionado.

2. Como hechos sustentatorios de su invocación, se extractan:

2.1 Mediante Decreto 074 de 4 de marzo de 1999, expedido por la Juez 5º Civil Municipal de Bucaramanga, fue desvinculado del cargo de Secretario, grado 9º, desempeñado en propiedad en dicho despacho judicial.

2.2 Interpuso recurso de apelación contra tal acto administrativo y en desarrollo del trámite surtido en la segunda instancia, el Secretario del Tribunal efectuó una notificación por estado en la que consignó: "recurso de apelación contra el Decreto 074 del 4 de marzo de 1999 emanado del Juzgado 5º Civil Municipal de Bucaramanga, por el cual declaro que el señor Campo Aníbal Castillo Pinzón, se halla incurso en inhabilidad sobreviniente para desempeñar cargos en la rama judicial, cesante definitivamente en sus funciones, entre otras declaraciones", con lo cual no solo le impartió confirmación al decreto impugnado, sino que violó el artículo 321 del C. de P. C. respecto al contenido de dicha notificación, así como los derechos fundamentales cuya protección reclama, ya que el público tiene acceso a los estados.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Previo el resumen de los fundamentos fácticos esgrimidos como soporte del amparo impetrado, abordó el *a quo* el examen de la situación planteada concluyendo, al cabo del mismo, que la acción instaurada deviene improcedente pues en aquellos casos en que la eventual vulneración de derechos fundamentales haya originado un daño consumado, este no podría remediarse por vía de tutela, según las previsiones del art. 6-4° del Decreto 2591 de 1991.

Por otra parte, añade, si en concepto del accionante, el Secretario accionado incurrió en hechos punibles, o infringió el régimen del servidor público que debe observar, le corresponde formular las denuncias del caso ante las autoridades competentes, ya que no basta la sola afirmación de su ocurrencia en trámites como éste, para que se tengan por ciertos y se ordene su investigación.

Aún más, añade el Tribunal, el art. 321 del C. de P. C. tiene rango legal y, por ende, su eventual transgresión al consignarse en la notificación allí prevista, el sentido de las decisiones adoptadas, no entraña conculcación de los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y al honor de los sujetos procesales.

Del mismo modo, no le compete al peticionario criticar la forma en que se le han practicado las notificaciones a la Juez accionada, tanto más cuanto que las mismas deben hacerse por los medios más expeditos, en aras de asegurar el cumplimiento del requisito de la publicidad.

Ahora bien, continúa diciendo el *a quo*, la decisión denegatoria de una prueba documental solicitada por el promotor del amparo, también criticada por éste, obedeció a la facultad de qué está investido el juez constitucional, a fin de no quedar sometido a los caprichos de los tutelistas que quieran atiborrar estos asuntos con toda clase de probanzas, máxime cuando estas sean impertinentes.

En fin, concluye, la predicada vulneración de los derechos al honor a la honra y a la intimidad del accionante, solo existe en su imaginación, pues en el terreno de las realidades no ocurrió otra cosa que el cumplimiento del deber de notificación de las providencias por parte del empleado cuestionado, impuesto por la ley.

Basado en tales razonamientos, denegó la tutela.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La inconformidad del accionante con el fallo censurado radica, en esencia, en que a su juicio el Tribunal no analizó la prueba aportada al expediente, como tampoco la letra y el espíritu de los arts. 6° y 321 del C. de P. C., ya que no vio cómo el Secretario de la Corporación dejó de atender el mandato de esta última norma, al incluir en la notificación cuestionada, información respecto de la providencia apelada, sin que la alzada haya sido decidida.

CONSIDERACIONES

1. La filosofía que inspira la acción de tutela es, como bien se sabe, la protección inmediata y eficiente a los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos resulten amenazados o conculcados por las acciones u omisiones de las autoridades y, en algunos eventos, por los particulares, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, o que aún existiendo este, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. El amparo en referencia fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, en virtud de la facultad otorgada por el Constituyente en el literal b) del artículo 5°, transitorio, de la actual Carta Política.

En dicho estatuto se consagran cinco (5) causales de improcedencia de la tutela, entre las cuales se enlista la señalada por el a quo para la definición del asunto, esto es la prevista en el art. 6°-4°, en los siguientes términos:

"La acción de tutela no procederá:

4°. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo que continúe la acción u omisión violatoria del derecho".

3. La norma en mención parte de un doble supuesto: que esté demostrada la violación del derecho fundamental aducido como conculcado; y que tal vulneración haya originado un daño consumado.

Empero, a términos de la misma disposición, la causal de improcedencia no se estructuraría en el evento de que la acción u omisión conculcatoria del derecho continúe en el tiempo.

4. Descendiendo al caso planteado por el accionante, advierte la Corte del examen de la actuación judicial allegada en fotocopia al expediente, que ciertamente se practicó por el Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, la notificación por estado censurada por aquél, en los precisos términos transcritos en el libelo de tutela (fl. 7, c-1).

Ahora bien, confrontado dicho acto con la preceptiva del art. 321 del C. de P. C. que regula la práctica de la notificación por estado, se aprecia que excede las directrices allí trazadas, toda vez que en él se incluye información sobre el sentido de la decisión objeto de dicho noticiamiento.

Tal práctica, sin embargo, no puede considerarse ilegal, porque en el fondo lo que busca es enterar a las partes acerca de la determinación adoptada, sin necesidad de que aquéllas examinen el expediente, seguramente para ahorrar tiempo en la búsqueda del mismo y dedicarlo a otras gestiones judiciales, de las tantas que hoy atafagan la administración de justicia. Sería contraria a derecho si, por ejemplo, la decisión estuviera sometida a reserva legal, lo que no ocurre en dicho asunto, amén de que lo impuesto por el art. 321 de la ley de enjuiciamiento civil, es tan solo un mínimo de requisitos que

no pueden eludirse so pena de que la notificación no se entienda efectuada en debida forma.

5. Así las cosas, el auto notificadorio enjuiciado por el peticionario, en manera alguna comporta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cuya protección demanda.

En efecto, si el derecho al buen nombre se entiende relacionado con la reputación de la persona y en general con la estima, fama o valoración que de ella se tenga desde una perspectiva ya ética o profesional, ora desde otra esfera de la misma, no se ve cómo podría el peticionario resultar afectado en tal prerrogativa, cuando lo que se dio a conocer mediante la susodicha notificación fue un fallo judicial fundado en hechos cabalmente demostrados y que en nada desdice del buen nombre de aquél, a tanto de consignarse allí que su desvinculación del cargo de Secretario del Juzgado 5º Civil Municipal de Bucaramanga, obedeció a enfermedad que conllevó inhabilidad sobreviniente para desempeñar empleos en la rama jurisdiccional (47-49, c-1).

Se atentaría contra dicho derecho, según la jurisprudencia constitucional, cuando sin justificación ni causa cierta y real, se propaguen ante el público, ya de manera directa y personal, ora a través de los medios de comunicación de masas, informaciones falsas o erróneas, o especies que distorsionan el concepto público que se tiene de la persona y que, por lo mismo, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que goza en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen.

Tampoco puede predicarse por tal causa vulneración del derecho a la intimidad, pues la actuación cuestionada participa de la naturaleza de los documentos públicos (art. 251, Inc. 2, C. de P. C.), amén de que por imperio del art. 313 ibídem, las providencias judiciales deben hacerse públicas tanto a las partes como a los demás interesados por medio de las notificaciones establecidas en dicho estatuto.

En esas condiciones, si el aquí accionante interpuso recurso de apelación contra la providencia que decidió su desvinculación del referido cargo público, y en acatamiento al trámite previsto para la impugnación debía hacerse la notificación ya señalada, esa actuación no hace parte de la naturaleza propia de los intereses protegidos por el derecho fundamental a la intimidad, pues este comprende el amparo a la persona en sus comportamientos privados.

6. Fluye como colorario de los precedentes discernimientos, que la violación de los derechos fundamentales denunciada por el quejoso no tuvo ocurrencia y, por ende, mal puede demandar su protección.

Es más, si la situación planteada comportara la predicada vulneración, se estaría en presencia de un daño consumado el que, como lo apuntara el Tribunal a quo en su fallo, tornaría improcedente la tutela implorada.

7. Así, pues, la sentencia impugnada se ajusta a derecho y ello conlleva su confirmación por esta superioridad.

DECISION

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

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

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

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: la decisión de afectar las prestaciones extralegales del accionante tiene respaldo en el artículo 153 del Código del Menor. No se está ante una providencia que desconozca el derecho del accionante.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Ref. Expediente No. 6304

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia de 16 de abril del año en curso, proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la cual se denegó la acción de tutela instaurada por Tomas José Barrios Colón, en frente del Juzgado Segundo de Familia de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Actuando por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, el accionante solicita la protección del derecho fundamental al debido proceso, supuestamente vulnerado por el mencionado órgano judicial.

En concreto pide, se ordene al Juzgado accionado oficial al Pagador de Cervecería Aguila, S.A., en el sentido de no descontarle de sus prestaciones extralegales, el porcentaje correspondiente a los alimentos fijados por dicho despacho judicial, en favor de los menores Tomás José y Lorena del Carmen Barrios Colón y otros.

2. El accionante funda su petición en los hechos que cabe compendiar así:

2.1 En el proceso de alimentos que le fuera instaurado por la progenitora de los nombrados menores, el Juzgado 2° de Familia de Barranquilla, reguló los correspondientes a aquéllos y a otras personas beneficiarias de ellos, en un porcentaje equivalente al 50% del sueldo y prestaciones legales y extralegales devengados como trabajador de la Cervecería Aguila, S.A.

2.2 De conformidad con el art. 76 de la Ley 83 de 1946 y la convención colectiva de trabajo pactada por los trabajadores y la sociedad "Cervecería Aguila, S.A.", las prestaciones sociales extralegales no constituyen salario.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras reseñar los antecedentes del asunto y resaltar las características y finalidad específica de la acción de tutela, señalando que esta no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen el rango legal, abocó el *a quo* el análisis de rigor el que, comenzó en el sentido de precisar que no se presta a discusión el hecho de que Susana Elena Colón Ariza, en representación de sus menores hijos Tomás José y Lorena del Carmen Barrios Colón, formuló demanda de alimentos contra el aquí accionante, correspondiendo el conocimiento de la misma al Juzgado accionado, como tampoco que el proceso respectivo terminó con sentencia de 21 de octubre de 1992.

Ahora bien, prosigue, dicho proceso se ritó por el trámite previsto en el Decreto 2737 de 1989, estatuto que mediante el art. 353 derogó expresamente la ley 83 de 1946, invocada por la apoderada del peticionario como sustento de su petición.

Es así que tanto la sentencia anteriormente mencionada como las demás providencias que regularon las distintas mesadas alimentarias, se sustentan en los arts. 153 y 154 del Código del Menor, normas de las cuales se colige que los salarios y prestaciones sociales comprenden el mínimo de derechos reconocidos en el Código Sustantivo del Trabajo y las estipulaciones accesorias o accidentales del contrato laboral.

Deviene de lo anterior, concluye, que lo pretendido por el accionante es el amparo de derechos que no tienen rango constitucional sino legal y, por ende, la tutela resulta improcedente.

Así, pues, denegó la protección del derecho aducido como conculcado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Los circunscribe la apoderada del accionante a expresar que al extender el Juzgado accionado, la cuota alimentaria a las prestaciones extralegales devengadas por aquél, le vulneró el derecho al debido proceso pues, el art. 153 del Código del Menor establece que el juez podrá ordenar al respectivo pagador o patrono, descontar y consignar a órdenes del Juzgado, hasta el 50% de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, amén de que la economía de su hogar se ve amenazada y disminuida por los descuentos sobre sus prestaciones extralegales.

CONSIDERACIONES

1. Las normas que autorizaban indiscriminadamente la acción de tutela contra providencias judiciales, fueron declaradas inexecutable por la Corte

Constitucional mediante sentencia de 1° de octubre de 1992, no sin antes advertir que dicha acción tiene cabida ante omisiones de los jueces que comporten violación de derechos fundamentales, en los eventos en que se pueda configurar un perjuicio irremediable, siempre y cuando la actuación de hecho en que incurra el fallador, constituya ostensible y flagrante vulneración del ordenamiento jurídico que está obligado a observar.

Desde entonces, la llamada vía de hecho ha sido objeto de abundante jurisprudencia, precisándose que ella consiste en una transgresión protuberante y grave de las normas reguladoras del juicio dentro del cual se profirió la providencia materia de la acción, a punto tal que por el desconocimiento flagrante del derecho al debido proceso o de alguna otra de las garantías constitucionales resulten vulnerados o amenazadas de violación otras prerrogativas fundamentales del accionante. En otras palabras, cuando el funcionario en lugar de actuar de acuerdo con la Constitución y la ley, como es su deber hacerlo, arbitraria y caprichosamente se aparta de tales fuentes de normatividad positiva, para dar paso a actuaciones que repugnan abiertamente con el orden legal.

Así, pues, no cualquier error cometido por el juez en el curso del proceso, tiene el carácter de vía de hecho, pues si así se entendiera el fenómeno señalado, se volvería al procesalismo más crudo sacrificando los derechos sustanciales que deben realizarse en el proceso, quebrándose de paso la inexequibilidad declarada por la Corte Constitucional.

2. La vía de facto, sin embargo, no puede alegarse en sede de tutela, cuando el titular de la acción no hace uso de los medios ordinarios de defensa judicial pues, como se sabe, por su carácter subsidiario y residual no se estableció para suplir las deficiencias, errores y descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades para defenderse o interponer los recursos previstos por la ley, por cuanto si se aceptara dicha posibilidad, se prohibiría el desconocimiento de elementales reglas consagradas en el ordenamiento jurídico y se haría valer la propia culpa como fuente de derechos.

3. En el caso sometido a decisión de la Corte, es de verse que el supuesto de hecho sobre el cual se edifica la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, esto es, el de haberse regulado por el Juzgado accionado, la prestación alimentaria debida por el accionante en favor de sus menores hijos Tomás José y Lorena del Carmen Barrios Colón, como también de otros beneficiarios, con afectación de las prestaciones sociales extralegales que percibe como empleado de la cervecería "Aguila, S.A.", no comporta, en verdad, vía de hecho vulneratoria del derecho fundamental al debido proceso, pues para asegurar la efectividad de tal obligación, el art. 153 del Código del Menor dispone: "Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el juez tomará las siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:

"1. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el 50% de lo que legalmente corresponda al salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley" (resaltado fuera del texto).

5. Dicha preceptiva, como es fácil advertirlo, se refiere genéricamente a prestaciones sociales, es decir, no hace discriminación en cuanto a las legales y extralegales, por lo que en el punto rige el principio hermenéutico según el cual, donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete (art. 27, C. C.).

6. Las normas en mención, de otra parte, son las actualmente vigentes y regían desde época anterior a la de la regulación alimentaria efectuada, que no el art. 76 de la Ley 83 de 1946 citado por la apoderada del accionante, dado que tal ley fue derogada expresamente por el art. 353 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

7. No habiendo, entonces, incurrido el Juzgado accionado en la vía de hecho que se le enrostra, mal pudo vulnerar el derecho al debido proceso del accionante. De consiguiente, se impone la confirmación del fallo impugnado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizadas en la motivación.

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

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

DEBIDO PROCESO CIVIL, ACTUACION TEMERARIA: la decisión de rechazar la nulidad que tiene el mismo fundamento de la excepción previa propuesta no desconoce el derecho del accionante

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Nicolás Bechara Simancas*

Ref.: Expediente No. 6353

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil - Familia - Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por el señor Juan de Jesús Varela Cifuentes contra la Sala de Decisión de la misma Corporación, integrada por los doctores Pablo Ignacio Villate Monroy, Carmen Rosa Avella de Cortés y Myriam Avila Ardila.

ANTECEDENTES

Reclama el accionante, la protección de sus derechos al debido proceso y de acceso a la justicia, los cuales estima conculcados con el auto de 26 de marzo del año en curso, dictado en segunda instancia por la Sala de Decisión accionada en el proceso ordinario que en su contra adelanta la señora Carmelita Londoño Alvarez, por lo que, en concreto, solicita se ordene a los querellados, "proceder a Revocar su providencia para dictarla en derecho, esto es, Declarando (sic) de manera principal la Nulidad (sic) de todo lo actuado (numeral 4º. del art. 140 del C. de P.C.) conservándose la validez de las pruebas practicadas; y en subsidio se decrete la invalidez de la Audiencia de Conciliación declarando la Nulidad (sic) de la apreciación documental, del indicio grave y de las pruebas decretadas que ya fueron practicadas (Art. 29 C. N.)".

El reproche elevado se centra, básicamente, en que por haber negado el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa (Cun.), quien conoce en primera instancia del referenciado proceso, la solicitud de nulidad elevada en ese asunto por el quejoso, que en lo principal apunta a la invalidación de toda la

actuación por indebido trámite y subsidiariamente "de la prueba obtenida como consecuencia de la violación del debido proceso", el autor del reproche constitucional apeló tal proveído y la Sala de Decisión combatida, mediante proveído de 26 de marzo último, confirmó dicha determinación, mostrándose tal pronunciamiento del Tribunal como una verdadera vía de hecho, por las razones que pasan a sintetizarse:

- Fue impropio, que para desestimar el vicio procesal denunciado, que comprendía la totalidad del proceso, el juzgador natural de segundo grado se limitara a analizar sólo algunas piezas del litigio, como el auto admisorio y el proveído que dispuso la práctica de la audiencia de conciliación, y, por consiguiente, ignorara otros elementos de juicio, como el impulso que se dio a las excepciones previas y a la demanda de reconvención, el traslado corrido con base en el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil y la inicial negativa a ordenar la realización de audiencia de conciliación, que indicaban claramente que el trámite impartido a la controversia en cuestión fue el del proceso ordinario de mayor cuantía del Código de Procedimiento Civil y no el del proceso ordinario previsto en el Decreto 2303 de 1989.

- La adlocución del indebido trámite que desde un principio se imprimió al proceso no se realizó en las oportunidades fijadas por la ley, esto es, en el auto admisorio de la demanda; o en la audiencia de conciliación, como medida de saneamiento; o declarando la nulidad pertinente; o como consecuencia de la respectiva excepción previa.

- La celebración de audiencia de conciliación en ese juicio fue ilegal porque: no se verificó la citación personal de las partes, del Ministerio Público y del curador ad litem interviniente; se surtió sin la presencia del demandado, del Ministerio Público y del curador; se decidieron las excepciones previas, sin observarse que estaban tramitándose los despachos comisorios librados para la práctica de algunas pruebas concernientes con las mismas.

Finalmente precisa el accionante, que las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia de conciliación no fueron recurridas, debido a que su ilegal ordenación determinó la inasistencia de la apoderada de la parte demandada y a que la magnitud de los errores cometidos, exigía que su proposición lo fuera a través de la correspondiente solicitud de nulidad.

FALLO DEL TRIBUNAL

Estimó el a quo improcedente la acción de tutela impetrada, y por ello decidió negar su acogimiento, debido a que de lo actuado en el proceso a que se refiere la queja, no se estructura "la alegada vulneración de los derechos fundamentales reclamados, habida cuenta que, ni por asomo, se ha incurrido por parte del Tribunal, en la vía de hecho que se le enrostra, capaz de motivar un fallo tutelante (sic)". Atribuye el fallador constitucional de primer grado al accionante incuria y descuido, como quiera que no concurrió, como tampoco lo hizo su apoderado, a la audiencia surtida con base en el artículo

45 del Decreto 2303 de 1989, en la que se decidió la excepción previa de indebido trámite, precisando que no es válido el argumento aquí esgrimido atinente a que su no asistencia a ese acto obedeció al ilegal decreto de la audiencia, porque el auto que previó su realización se notificó debidamente por estado y, adicionalmente, se libró citación a Varela Cifuentes. Sostiene, que el hecho de haberse fijado en 20 días el término de traslado de la demanda en forma alguna evidencia violación del derecho al debido proceso y, menos, a la defensa del aquí accionante y demandado en el aludido proceso ordinario, pues muy por el contrario le fue favorable. Así las cosas, descarta que por ese error pueda afirmarse que al litigio en que es parte el quejoso se le dio un impulso procesal inadecuado, para lo que transcribe parcialmente un fallo de esta Sala de la Corte, y concluye que, en verdad, lo que se busca con la acción de tutela, es revivir oportunidades precluidas en tal controversia judicial, o enderezar las consecuencias derivadas de los múltiples desaciertos en que han incurrido, tanto el demandado como el apoderado que lo representa en el referenciado juicio ordinario, lo que no es admisible.

LA IMPUGNACIÓN

El actor en tutela, por intermedio del apoderado judicial que lo representa, impugna la comentada sentencia y como motivos de su inconformidad, en resumen, expresa: que no tiene por fin la tutela revivir oportunidades ya clausuradas en el proceso ordinario de que se trata; que el Tribunal al decidir la demanda constitucional, incurre en similares defectos a aquellos en que incurrió la Sala de Decisión accionada al desatar la nulidad deprecada, pues centra su análisis a unas pocas piezas procesales; reitera el indebido trámite que se impartió al proceso en que es parte, para lo que trae a colación similares argumentos a los expresados en el escrito introductorio de este asunto; e insiste en las razones que dio para explicar por qué él y su apoderado no asistieron a la audiencia de conciliación realizada en el proceso en cuestión y para no haber recurrido las decisiones que se adoptaron en el curso de la misma.

CONSIDERACIONES

1.- A voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual propugna por la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos, en forma directa y de manera seria, son amenazados o violados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o de los particulares, en este último caso en los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Se extracta, por tanto, del citado artículo 86 Superior, así como del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que el mecanismo de tutela tiene cabida sólo en aquellos casos en que la víctima no tenga a su alcance un medio ordinario de protección que, con eficacia, le sirva para obtener el restablecimiento del derecho amenazado o conculcado.

2.- Ahora bien, cuando la tutela está encaminada a cuestionar la actividad de los jueces, su prosperidad requiere, adicionalmente, que el comportamiento reprochado corresponda a una vía de hecho, por la que se comprende aquel proceder carente de todo fundamento jurídico, contrario a los postulados constitucionales y fruto de la arbitrariedad y del mero capricho de su autor.

3.- De manera que cuando existe un mecanismo dentro del proceso que permita enderezar el yerro en que ha incurrido el juez, o si la decisión no representa una agresión brutal al ordenamiento, o si no está desprovista por completo de justificación jurídica, o si la valoración que hizo de las pruebas no riñe abiertamente con la lógica aplicable, es obvio que ella resulta invulnerable a la acción de tutela, tal como acontece cuando el pronunciamiento del sentenciador obedece a la apreciación de los elementos de juicio de que dispone o a una interpretación normativa que no es opuesta a la razón.

Siguiendo con la misma línea argumentativa hay entonces que añadir, que la acción de tutela no es un mecanismo que permita interferencias indebidas del fallador constitucional en la órbita de acción del juez natural que conoce del proceso respectivo, para proferir resoluciones paralelas a las que, por competencia, debe disponer quien, por mandato legal, tiene esa facultad. Y, de otra parte, tampoco sirve la tutela para cuestionar la valoración razonada que haya hecho del acervo probatorio o las diversas interpretaciones que la autoridad competente le dé a la ley.

4.- Efectuado el estudio pertinente del caso traído a conocimiento de la Corte y, en especial, de las copias del proceso a que refiere la queja aportadas por el propio accionante y de la inspección judicial practicada por el Tribunal en el curso de la primera instancia, se impone colegir el desacierto de la demanda constitucional, por las razones que pasan a explicarse.

4.1.- Aprecia la Corte, que el argumento sustentatorio de la nulidad deprecada por el accionante ante el Juzgado que conoce del proceso en que es parte, atinente al indebido trámite del mismo, fue, a su vez, con el que Varela Cifuentes planteó la excepción previa que denominó "Trámite diferente del que corresponde", pues en uno y otro caso sostuvo que el litigio, desde el auto admisorio de la demanda, fue impulsado por la vía del proceso ordinario de que trata el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil y no en la forma del proceso ordinario consagrado en los Capítulos Primero y Segundo del Título IV del Decreto 2303 de 1989.

4.2.- Considerada tal circunstancia y siendo ostensible que la referida excepción previa fue decidida negativamente en la audiencia que con base en el artículo 45 del Decreto 2303 de 1989 se practicó el 7 de octubre de 1998 (fs. 12 a 16, cd. 1), surge patente la improcedencia del amparo constitucional demandado, por cuanto si el demandado en el proceso ordinario no guardó conformidad con la denegación que se hizo de la indicada excepción de trámite inadecuado, correspondía a él recurrir en reposición y/o en apelación tal pronunciamiento, con miras a obtener su revocatoria y, conse-

cuentemente, el reconocimiento de la excepción y la adecuación del procedimiento, lo que no hizo.

4.3.- En verdad, estima la Corte que si la indebida tramitación del proceso fue alegada como excepción previa, no podía, con posterioridad a cuando tal forma de defensa fue resuelta de manera negativa, intentarse con ese mismo argumento la nulidad del litigio, pues ello está prohibido por el inciso 4° del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, que en esos casos ordena el rechazo de plano de la solicitud de nulidad. Y es que no pueden las partes de un proceso pretender, primero, el acogimiento de la excepción previa consagrada en el numeral 8° del artículo 97 de la ley de enjuiciamiento civil y luego, una vez desestimada la excepción, perseguir la invalidación de la actuación con apoyo en la causal 4° del artículo 140 de la misma obra. Actuar en tal forma implica someter a la decisión del juez por dos veces una misma cuestión, lo que rñe con las reglas generales del derecho procesal.

4.4.- En este orden de ideas se concluye, que despachada, como lo fue, desfavorablemente la excepción previa, la formulación de la nulidad, en lo que hace al indebido trámite del proceso, tuvo por fin evadir las consecuencias derivadas del hecho de haber adquirido firmeza el fallo, dictado en la audiencia de 7 de octubre de 1998, que denegó la prosperidad del aludido mecanismo defensivo dilatorio y, por contera, que la demanda constitucional, al estar dirigida contra el auto que en segunda instancia confirmó la improsperidad de la referida nulidad, tiene igual objetivo, propósito que se aparta de la razón de ser de la acción de tutela, mecanismo este de naturaleza eminentemente subsidiaria y que, como en forma insistente lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, no fue instituido, ni puede por ende ser utilizado, para vadear los procedimientos mismos establecidos por la ley, con fundamento en la Carta Política, para la solución de los conflictos que se susciten entre particulares, o las etapas y recursos que los integran, ni para conjurar los efectos perjudiciales que el actuar negligente y descuidado de quien es parte en un proceso, le ha producido a sí mismo.

4.5.- De otra parte, ninguna ilegalidad se aprecia en el hecho de que por auto de 10 de septiembre de 1998 se hubiese dispuesto la práctica de la audiencia prevista en el artículo 45 del Decreto 2303 de 1989, en razón a que ello es obligatorio en los procesos ordinarios agrarios, por imposición del artículo 58 *ibídem*.

Al respecto debe advertirse, que ni las especiales normas del invocado Decreto 2303, ni las generales del procedimiento civil, prevén que el auto que decreta la práctica de la audiencia comúnmente denominada de conciliación, que para el *sub lite* vendría a ser la del ya mencionado artículo 45 del Decreto 2303, deba notificarse por un medio diferente del de la anotación en estado (art. 321 del C. de P.C.) y que, por ende, no hay error en el enteramiento que se hizo del indicado auto de 10 de septiembre de 1998 por anotación en estado, tal y como lo sostiene el fallador constitucional de primera instancia, quien inspeccionó el proceso a que se contrae el reproche que se desala.

Siguese de lo anterior, que sí era obligatorio y posible para el demandado en el proceso ordinario, y para su apoderado judicial, concurrir a la audiencia de 7 de octubre de 1998 y que, por lo mismo, tal extremo del litigio gozó de la oportunidad de recurrir el auto que en el curso de la misma se profirió y que, se recuerda, desestimó las excepciones previas alegadas, entre ellas la de trámite inadecuado, el cual a voces del numeral 13 del artículo 99 del procedimiento civil es apelable.

4.6.- Si lo anterior no fuera suficiente para colegir, como ya se anunció, la abierta improcedencia de la queja, es de verse que en el auto de 26 de marzo del año que avanza, objeto del ataque lanzado con la tutela, sus autores, en síntesis, dedujeron, apoyados en las piezas procesales que así lo indicaban, que por el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa (Cun.) no se imprimió un indebido procedimiento al asunto de su conocimiento, en la medida que desde el auto admisorio de la demanda se previó la citación del Procurador; que, luego, se dispuso la práctica de la audiencia de que trata el artículo 45 del Decreto 2303 de 1989; y, que la anomalía consistente en haberse fijado el término de traslado de la demanda en 20 días, estaba saneada al tenor de lo normado en el numeral 4º del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

Nada permite, entonces, colegir que ese proveído incurriera en el campo de las "vias de hecho", pues el criterio asumido por los accionados para decidir la petición de nulidad elevada por el quejoso, así como la apreciación que hicieron de los elementos de juicio allí existentes, no se muestra ostensiblemente contrario a la Constitución, a la ley o a la razón.

Aun cuando esta Corporación tuviera una opinión diferente acerca de la nulidad impetrada por el demandado en el proceso ordinario de que se trata, es lo cierto que para decidir de manera diferente de como lo hizo el juzgador corporativo querrellado, la Corte, al no estar de por medio una comprobada vía de hecho judicial de aquel fallador natural, tendría que asumir el papel de juzgador de instancia, alcance para el que no fue consagrada la acción de tutela. Sólo entonces de cara a una decisión caprichosa o antojadiza del juzgador natural, se abriría paso a la protección de tutela, conducta esa que justamente no encuentra acreditada aquí la Corte en tanto que, moviéndose dentro del ámbito de la soberanía que le concede la ley, dicho juzgador resolvió al amparo de la apreciación y valoración que les dio a las normas y a los medios de convicción en que afinó su determinación, la nulidad demandada.

Si, como se dijo, no es la tutela un mecanismo que permita al juez constitucional realizar un nuevo estudio de la cuestión litigada ante el juez natural y, menos, verificar la ponderación de los elementos de juicio existentes en el proceso respectivo, cuando las deducciones obtenidas sobre el particular por los falladores del caso no se muestran abierta y groseramente contrarias a la Constitución y/o a la razón, mal puede en el preciso evento aquí auscultado admitirse la procedencia de la acción intentada y, por lo mismo, que por esta vía, pueda accederse a las súplicas introducidas en el escrito con que se dio nacimiento a esta tramitación.

5.- Resultado de lo que se deja analizado, es que la sentencia impugnada habrá de confirmarse y que como la petición de tutela es temeraria, conforme las previsiones de los casos 1º y 3º del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, deba adicionarse para, de acuerdo con el artículo 73 *ibidem*, sancionar, en forma solidaria, al accionante y a su apoderado, con multa equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Confirma el fallo de veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil - Familia - Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Adicionándolo para sancionar, en forma solidaria, al accionante y al apoderado judicial que aquí lo representa, con multa equivalente a Diez (10) salarios mínimos mensuales, que deberá ser cancelada en favor del Consejo Superior de la Judicatura. Procédase en la forma del artículo 394 del Código de Procedimiento Civil.

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

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

DERECHO A LA SALUD, CONTRATO DE SEGURO: no es posible aplicar al contrato de seguro los razonamientos de la doctrina constitucional en torno a los contratos de medicina prepagada para obtener la orden de tratamiento para atender preexistencias

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., primero (1) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Ref.: Expediente No. 6338

Decidese la impugnación formulada por Martha Elena Parra Viasus contra el fallo del 27 de abril de 1999, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil - del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D. C., en el trámite de la acción de tutela promovida por la impugnante contra Seguros Bolívar S.A.

ANTECEDENTES

1. La accionante en mención propuso acción de tutela contra la aludida compañía particular, aduciendo vulneración de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social; en pos de su amparo pide que se ordene a la accionada expedir la autorización para que en el Hospital Cardioinfantil de esta ciudad, se le practique la cirugía de "Antirreflujo de Nissen y Gastrectomía subtotal con Y de Roux", en su condición de beneficiaria de la póliza HC-538 Boehringer - Ingelheim.

2. Funda su petición en lo que seguidamente se sintetiza:

a) que como funcionaria de la Fiscalía está afiliada al Instituto de Seguros Sociales EPS, pero a partir del 1º de julio de 1997, de manera concurrente, pasó a ser beneficiaria de los servicios médico asistenciales ofrecidos por la accionada en la modalidad de "medicina prepagada", según suscripción de contrato por su marido;

b) que a raíz de quebrantos de salud, a través de los servicios de Seguros Bolívar S.A. se le diagnosticó el 3 de junio de 1998 una "gastritis crónica con actividad moderada asociada a helicobácter pilori, esofagitis péptica grado II - esófago de Barrett", enfermedad que de acuerdo con el médico tratante se soluciona con la cirugía por ella reclamada y que debido a su grado de com-

plejidad requiere tecnología instrumental que solo posee el Hospital Cardio Infantil;

c) que no obstante, dicha accionada, luego de dos meses de espera, le negó la autorización para la intervención quirúrgica aduciendo que la patología tiene una evolución de dos años, iniciada antes de la suscripción de la póliza y por tanto configura una preexistencia excluida de la cobertura; negativa que es infundada porque la enfermedad no figura en el elenco de las preexistencias que excluye la cláusula genérica y ambigua del respectivo contrato, y se basa en el criterio de profesionales al servicio de la accionada, a pesar de que en unos exámenes análogos que le practicaron en el Seguro Social antes de 1997 no se advirtió su existencia; además, como lo dicen las normas de medicina prepagada y la Corte Constitucional, la preexistencia debe apoyarse en bases sólidas y científicas;

d) que si bien la controversia sobre la preexistencia debe resolverse, en principio, por la justicia ordinaria, procede la tutela porque se trata de proteger sus derechos a la salud y a la vida, dado que su padecimiento es grave y puede comprometer su vida en un término no mayor de tres años.

3. La compañía accionada replicó el amparo constitucional argumentando, en síntesis: a) que el contrato invocado por la actora es de seguro, donde hay un riesgo asegurable, y por lo tanto las controversias a que pueda dar origen no pueden ventilarse por vía de tutela, sino a través de la justicia ordinaria, y más porque ella es una empresa particular que no está encargada de la prestación de un servicio público; b) que no es compañía de medicina prepagada, ni tampoco lo es el contrato, por lo cual no son aplicables las disposiciones y doctrinas existentes para los mismos; c) que según la información de un médico adscrito a la compañía, del 12 de febrero de 1999, la evolución del cuadro clínico de reflujo gastroesofágico de la actora tiene una evolución de dos años, lo que permite inferir que comenzó antes de la vigencia de la póliza de seguros respectiva, que lo fue el 1 de julio de 1997, y por tanto está excluida de amparo, dado que conforme a una de las condiciones generales del contrato de seguro, éste no cubre las indemnizaciones a consecuencia de enfermedades preexistentes a la fecha de iniciación del mismo.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Apunta el fallador en sus primeras consideraciones que la compañía accionada no está encargada de la prestación del servicio público de salud, ni de ningún otro, dado que su objeto social es la venta de seguros, en cuyo desarrollo expidió la póliza de hospitalización y cirugía invocada por la accionante; además de que tampoco se dan los estados de subordinación o indefensión, debido a que ésta no es trabajadora de aquella y la postulante tiene otro medio judicial de defensa, ya que puede demandar ante la jurisdicción ordinaria la determinación de la aseguradora que considera lesiva de sus intereses, recogida en la comunicación expedida el 25 de marzo del presente año.

Agrega el sentenciador que de la prueba puesta en el informativo no fluye la conclusión de que la accionante enfrente un padecimiento que conlleve la amenaza para su vida; y como dice estar afiliada al ISS en el Plan Obligatorio de Salud, tal vínculo le brinda el acceso al servicio médico asistencial para la dolencia que en la actualidad le aqueja.

Con fundamento en tales considerandos, el tribunal niega la tutela pedida.

LA IMPUGNACIÓN

Dice la actora en su descontento que el fallo impugnado desconoce los pronunciamientos de la Corte Constitucional para los casos de servicios asistenciales de salud cuando se avizore una amenaza para el derecho a la vida, como ocurre con la enfermedad que la aqueja.

Señala que es equivocado considerar que por la circunstancia de estar afiliada al POS, pueda excusarse la compañía demandada de prestarle el servicio que requiere, ya que eso implica dar patente de corso al poderoso para que arrolle al débil que queda sumido en una completa indefensión, al lado de una pedantería científica que condujo al tribunal a considerar intrascendente su dolencia; sin que tampoco pueda aceptarse la excusa del otro medio de defensa judicial, puesto que sería tardío y podría estar resolviéndose cuando la beneficiaria del fallo seguramente se haya extinguido.

Termina indicando la inconforme que como la accionada, cualquiera que sea su objeto social, ofrece un contrato en cuya virtud asume el compromiso de prestar servicios asistenciales de salud, la prestación corresponde a un verdadero servicio público, por lo cual no vale la excusa en cuanto que no le sea aplicable la doctrina de la Corte Constitucional expuesta sobre medicina prepagada.

CONSIDERACIONES

1. Evidénciase que con la presente reclamación constitucional, su proponente expone que la accionada Seguros Bolívar S.A. está vulnerando sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, por negarle la autorización para que en el Hospital Cardio Infantil de esta ciudad, se le practique la cirugía de "Antirreflujo de Nissen y Gastrectomía subtotal con Y de Roux", alegando la compañía que la dolencia padecida por aquella, "gastritis crónica con actividad moderada asociada a *helicobacter pilori*, esofagitis péptica grado II - esófago de Barrett", es preexistente al respectivo contrato de seguro, recogido en la póliza HC-538, de la cual es beneficiaria la accionante, quien estima que a dicha relación contractual se le deben aplicar las normas y doctrinas sobre la medicina prepagada.

2. Es habitual afirmar que de acuerdo con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un procedimiento expedito para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, "la pro-

tección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales". frente a acciones u omisiones procedentes de las autoridades públicas y de los particulares en algunos casos, aunque respecto de estos últimos solo resulta posible cuando los mismos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se encuentre en condiciones de subordinación o indefensión, según lo contempla el inciso final del artículo 86 de la Carta Política, reglamentado por el Capítulo Tercero del Decreto 2591 de 1991.

3. De otro lado, es cierto que frente a las preexistencias pactadas en los contratos de medicina prepagada la doctrina constitucional¹ ha venido reiterando, con base en lo normado por los artículos 1 y 2 del Decreto 1222 de 1994, que como la prestación del servicio médico por esa modalidad debe adecuarse a los preceptos constitucionales sobre la garantía del servicio público de salud, que incluye la protección de los derechos a la vida y a la salud, entre otros, "...la exoneración de la empresa de medicina prepagada de llevar a cabo algunas actividades, mediante el señalamiento y determinación de preexistencias, debe constar en forma expresa y taxativa en el texto del contrato o en los anexos a él incorporados y que precisamente por esa condición no resultan cubiertos por las obligaciones contractuales...", de tal suerte que las afecciones no discriminadas oportunamente, deben ser asumidas por la correspondiente entidad prestadora del servicio, sin poderse admitir que luego de celebrado el contrato respectivo se produzca una modificación unilateral de las prestaciones a cargo de la última, "...ya que una interpretación o cláusula en sentido diferente resulta abiertamente inconstitucional, en cuanto, como ya se expresó por la Corporación, rompe con el equilibrio contractual de las partes, vulnera el principio de la buena fe que debe imperar en la ejecución del contrato y amenaza los derechos antes mencionados..."²

También se ha dicho que como esas controversias contractuales de la medicina prepagada cuentan con otros medios de defensa judicial que hacen inoperante la tutela, solamente puede otorgarse esta "...ante la amenaza de un perjuicio irremediable respecto de los derechos fundamentales de los usuarios..."³

4. Sin embargo, habida cuenta que la compañía de seguros accionada es un particular cuya actividad consiste en asegurar riesgos a través de los respectivos contratos de seguro, mas no la prestación del servicio público de salud, y que el negocio jurídico que la accionante invoca como base de sus aspiraciones es precisamente un contrato de la indicada calidad, no son aplicables aquí los ya citados razonamientos de la doctrina constitucional en

¹ Sentencia de Unificación C39 del 19 de febrero de 1996.

² *Ibidem* doctrina que reitera lo expuesto en la Sentencia T-323 de 1996.

³ *Idem*, se reitera lo expuesto en fallos T-533/94 y T-307/97.

torno a los contratos de medicina prepagada, pues éstos se celebran con empresas que, de acuerdo con las normas correspondientes, si tienen a su cargo la prestación del servicio público en mención; de donde surge que desde un punto de vista constitucional no luce como injustificada o arbitraria, la negativa de la entidad accionada a autorizar que por cuenta suya se practique a la accionante la intervención quirúrgica que ésta dice es la única indicada para sus actuales padecimientos, pues según el informe que se rindió para estas diligencias, esa decisión tiene fundamento en una preexistencia contemplada en el respectivo contrato de seguro, que, insístese, no es de medicina prepagada, por manera que por este ángulo es claramente improcedente esta acción de tutela.

Pero esa improcedencia también se estructura por cuanto las otras hipótesis de procedibilidad de la acción de tutela contra particulares, no tienen ocurrencia en el presente asunto, puesto la accionada no está afectando de manera grave y directa el interés colectivo, ni la actora se encuentra respecto de ella en condiciones de subordinación o indefensión; a propósito de esto último, es bien claro que el debate relativo al contenido y alcance del respectivo contrato, así como las eventuales indemnizaciones a que haya lugar, debe ventilarse por la vía judicial ordinaria.

A todo lo expuesto agréguese que, como lo manifestó el tribunal, dicha actora cuenta con el servicio médico asistencial que le brinda otra entidad en el Plan Obligatorio de Salud - POS -, a través del cual puede perseguir el tratamiento que requiere.

5. Se alza, de esa manera, la confirmación del fallo impugnado.

DECISIÓN

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

Comuníquese esta decisión a las partes mediante telegrama y remítanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

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

DEBIDO PROCESO: la negativa del juzgado accionado a permitir por parte de personas extrañas al proceso el examen de expedientes cuando se encuentre pendiente alguna notificación que deba hacerse personalmente a una parte o su apoderado, no es una decisión producto del capricho o arbitrariedad del funcionario accionado/
DERECHO DE PETICION DE CERTIFICACIONES: a través del mecanismo establecido en el artículo 21 de la ley 57 de 1985 habrá de ser calificada la petición por el Tribunal Contencioso Administrativo, autoridad que debe decidir en única instancia si se acepta total o parcialmente la solicitud de certificar sobre los procesos en que se designaron curadores *ad litem* en el juzgado accionado

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Ref.: Expediente No. 6362

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha veinte (20) de abril del año en curso, proferida por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se negó la tutela solicitada por José Joaquín Cariacolo Carrillo contra el Juez Quinto Civil del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

Considera el accionante, quien es abogado titulado, que el funcionario judicial contra el cual dirige su queja quebrantó sus derechos fundamentales al libre ejercicio de la profesión, a la igualdad de las personas ante la ley y las autoridades, al libre acceso a los documentos públicos y a obtener información pronta y veraz, ello con ocasión de impedir a los abogados ajenos a los procesos el examen de los expedientes que se encuentren pendientes de notificación en su despacho; al no designarlo como auxiliar de la justicia pese a formar parte de la lista correspondiente a los juzgados civiles del circuito de Valledupar; y no haber expedido las certificaciones de los procesos y copias de los autos de nombramiento de curadores *ad litem* que

solicitó por escrito a dicho funcionario. En consecuencia solicita que se ordene por vía de tutela nombrar los curadores citándose a lo dispuesto en el artículo 9 del C.P.C., "retirar el obstáculo colocado en el Juzgado 5° Civil del Circuito de Valledupar", y expedir las certificaciones y copias de autos que fueron negadas "sin razón alguna".

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

1.- En marzo de 1998 el funcionario accionado prohibió a los abogados litigantes examinar expedientes ajenos que estuvieren pendientes de notificación, basándose en lo dispuesto en el artículo 127 del Código de Procedimiento Civil, norma esta que a su juicio no se extiende a los abogados que no sean parte o apoderados del proceso respectivo, y por tanto, tal prohibición constituye obstáculo injustificado para el ejercicio de la profesión de abogado.

2.- Sostiene que el juez accionado no acató las reglas previstas para la designación de auxiliares de justicia (art. 9 numeral 1 y 2 del C.P.C.), al crear diferencias en la asignación de honorarios y abstenerse de nombrar al accionante como tal, de conformidad con la lista oficial preestablecida de la cual forma parte, decisión esta última que, según afirma, obedece a la queja que formuló ante el Consejo Superior de la Judicatura.

3.- En escrito fechado el veintidós (22) de febrero del año en curso solicitó al despacho accionado certificación sobre los procesos allí adelantados durante 1998 y lo transcurrido del presente año, en los cuales se designaron curadores ad-litem, petición que fue negada en proveído del diez (10) de marzo siguiente, razón por la cual, en memorial del siete (7) de abril, insistió en la misma y pidió reconsideración de conformidad a lo establecido por el artículo 21 de la Ley 57 de 1985, solicitud que se encuentra en trámite.

4.- El cuatro (4) de marzo del año en curso solicitó fotocopia auténtica de las Resoluciones del veintiuno (21) de julio y veintiuno (21) de septiembre de 1998 por medio de las cuales los Jueces 1° a 5° Civiles del Circuito de Valledupar seleccionaron los auxiliares de la justicia, e igualmente pidió copia de los autos por medio de los cuales el juez accionado designó curadores ad-litem para los procesos a su cargo en 1998 y lo transcurrido del presente año, solicitud que fue despachada desfavorablemente y ante la cual el accionante insistió e interpuso recurso de reconsideración, el cual se encuentra pendiente.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal niega por improcedente el amparo invocado, toda vez que del informe rendido por el funcionario judicial accionado no se deduce la alegada violación de los derechos invocados por el accionante.

En efecto, estima el fallador que el profesional del derecho aquí accionante carece de interés para inspeccionar expedientes de los procesos en los cuales no es parte, pues a su juicio, es erróneo y "descabellado" pretender que la

prohibición del artículo 127 del Código de Procedimiento Civil solo cubija a las partes y a los apoderados, y no a terceros sin interés. Incluyendo a abogados litigantes que nada tienen que ver con un proceso.

En cuanto al derecho a la igualdad que el accionante considera vulnerado por el juez accionado al no nombrarlo como auxiliar de la justicia cuando le correspondía según el orden consecutivo de la lista, señala el Tribunal que no obstante la ley exigirle al funcionario encargado de efectuar la designación evitar segundos nombramientos sin haber agotado previamente la lista, a este le corresponde evaluar los candidatos para establecer su idoneidad moral y profesional en ejercicio de la facultad de dirección, ordenación e instrucción del proceso que le confiere el Título IV del Libro Primero del C.P.C.: es decir, que si encuentra objeción o reparo en el candidato, no puede imponérsele su designación y por lo tanto al proceder del modo señalado, no incurre en tratamiento discriminatorio prohibido por la Constitución.

En cuanto hace referencia a la negativa del funcionario accionado de expedir las copias de los procesos y autos solicitadas por el accionante, estima el Tribunal que ellas fueron respondidas razonablemente por el funcionario judicial accionado ya como obra en el expediente. el solicitante, en el primer caso, no suministró la referencia de los procesos sobre los cuales requería copias ni indicó el destino de las mismas, debiendo anotarse además que se encuentra en trámite el recurso de reconsideración interpuesto por el accionante contra la negativa a suministrarlas, e igual razón se puede predicar frente a la negativa del juzgado a expedir copias de los autos de nombramiento de curadores ad litem pues su negativa también fue objeto de recurso aun no decidido, y puestas las cosas en este punto, al juez de tutela no le es dado interferir en tales decisiones que por demás fueron sometidas a controversia y se encuentran en conocimiento del Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante reitera los motivos de su inconformidad, y estima que el Tribunal erró en su fallo al interpretar en forma extensiva el artículo 127 del C. de P. C., pues la prohibición que allí se estableció no hace referencia a los abogados inscritos, ya que la norma tiene por finalidad la notificación de quienes son parte en el proceso, sus apoderados y los dependientes de este, citando para corroborar esta afirmación la opinión de un expositor.

Considera el impugnante que la evaluación de la idoneidad de los auxiliares de la justicia se realiza antes de integrar las listas oficiales y por ende, no le corresponde al juez más que cumplir el deber de efectuar la designación con sujeción a la ley, y en caso de exclusión de quien sigue en la lista debe iniciar trámite incidental dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia del hecho, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 9 parágrafo 1 de la Ley 446 de 1998. Reitera que su exclusión fue motivada por las quejas que presentó contra el juez accionado ante el Consejo Superior

de la Judicatura, lo cual no genera causal de impedimento para su designación.

Hace énfasis en la omisión del Tribunal de solicitar al juzgado contra el cual dirigió la presente acción, las copias de los autos que consignan los nombramientos de curadores de los dos últimos años, no obstante haberlos requerido como prueba de la conducta arbitraria e injusta del funcionario accionado, y solicita a la Corte que ordene su remisión invocando para ello el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la C. P.

CONSIDERACIONES

1.- Sabido es que tratándose de actos de naturaleza jurisdiccional provenientes de autoridades públicas integrantes de la rama judicial del poder público, y a la luz de principios fundamentales que también reconoce el propio ordenamiento jurídico superior, la procedencia de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional es de suyo restringida a aquellos eventos de excepción en que los juzgadores, en lugar de actuar de acuerdo con la Constitución y la ley, cual es su deber hacerlo, caprichosamente se apartan de estas fuentes de normatividad positiva, produciendo actuaciones o tomando en algunos casos decisiones notoriamente arbitrarias, en cuanto tales verdaderas vías de hecho que redundan en menoscabo de los mencionados derechos con agravio para las personas destinatarias de las mismas. Vías de hecho que por lo demás, sin lugar a dudas se configuran cuando aquellos actúan con absoluta falta de competencia o de un modo completamente arbitrario e irregular, incurriendo así en conductas ajenas en consecuencia a toda razonable posibilidad de adaptación a esas fuentes llamadas a regir el ejercicio de la respectiva facultad, competencia o atribución.

2.- En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, como con acierto lo hizo ver el Tribunal en el fallo impugnado, la negativa del juzgado accionado a permitir por parte de personas extrañas al proceso el examen de expedientes cuando se encuentre pendiente alguna notificación que deba hacerse personalmente a una parte o su apoderado, no es una decisión producto del capricho o arbitrariedad del funcionario accionado de manera que pueda equipararse a una vía de hecho, pues obedece a la aplicación del artículo 127 del C.P.C. cuyo texto no da lugar a la interpretación por la que propugna el accionante, pues por simple lógica no puede aceptarse que los expedientes sean reservados para las partes o sus apoderados y que en cambio no tengan tal condición para terceros ajenos al proceso, por lo que resulta improcedente la solicitud formulada por el accionante y que obra al folio 6 del expediente, de "ordenar remover el obstáculo existente en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar".

Y en cuanto a la petición del accionante en el sentido de que se ordene por vía de tutela la expedición de certificaciones y copias de autos solicitados al despacho, ella tampoco es viable pues de una parte, como lo anotó el

Tribunal, la negativa por parte del juez a suministrar unas y otras se fundó en motivos atendibles, y de otro lado, dicha negativa, a través del mecanismo establecido en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985, habrá de ser calificada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, autoridad que debe decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe aceptar apenas parcialmente.

En síntesis, por cuanto fue proferido con arreglo a derecho el fallo que es materia de impugnación ha de recibir confirmación disponiéndose lo conducente para que dentro de esta actuación tenga lugar la fase de revisión constitucional prevista en la Carta Política.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley Confirma el fallo de fecha veinte (20) de abril del año en curso, proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Notifiquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

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

REGIMEN PRESTACIONAL: la negativa a pagar incapacidades por enfermedades no profesionales tiene respaldo en el artículo 10 del Decreto 1848 de 1969, normatividad que no ha sido derogada, ni modificada por disposiciones posteriores

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Nicolás Bechara Simancas*

Ref.: Expediente No. 6364

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por el señor Azael Cortina Torres, quien actúa representado por apoderado judicial, contra la Superintendencia de Notariado y Registro.

ANTECEDENTES

1.- Pretende el peticionario, se dispense protección a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la protección de la persona y la familia y a la dignidad y, en consecuencia, pide ordenar a la entidad accionada, le cancele "las incapacidades laborales medicas (sic) causadas y que se causaren mientras sea Registrador de Instrumentos Públicos de San Andres (sic) y Providencia., (sic) y proceder conforme a la Resolución N° 4901 de 11 de Septiembre de 1996, la cual se basa en el decreto 2148/92".

En respaldo de tales pretensiones, el autor del reproche constitucional, en síntesis, expresa, que a partir de octubre del año próximo pasado se encuentra incapacitado laboralmente y que desde diciembre último, la Superintendencia querellada no ha verificado el pago de las incapacidades. Agrega, que los días 8 de enero y 4 de febrero del año que avanza, por escrito, reclamó el referido pago y que la entidad aquí demandada, también en dos oportunidades, negó el pedimento, con respaldo en el Decreto 1848 de 1969 y en su circular interna N° 0011 de 1996. Previsa adicionalmente, que el Instituto de los Seguros Sociales, en ejercicio del numeral 1° del artículo 11 del Decreto 2148 de 1992, dictó el 11 de septiembre de 1996 la Resolución

Nº 4901, que en su artículo 54, consagra: "de la forma de pago de los subsidios por enfermedad general a los trabajadores dependientes. El pago lo hará directamente el empleador al afiliado cotizante, con la misma periodicidad de su nómina, los valores así reconocidos se descontarán a más tardar en las dos siguientes liquidaciones del pago de cotizaciones a la EPS".

2.- Después de relacionar la suspensión, que como sanción disciplinaria se impuso al accionante, y las incapacidades laborales que le han sido expedidas, el Superintendente de Notariado y Registro precisa, que "Conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley 100/93, a los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes" y que, de manera armónica con lo anterior, el literal a) del artículo 10º del Decreto 1848 de 1969 estipula: "Si la correspondiente entidad nominadora designa un empleado para que reemplace interinamente al titular, durante el tiempo en que éste permanezca incapacitado para trabajar, en uso de la licencia por enfermedad no profesional, dicha prestación económica se pagará por la entidad de previsión a que se halle afiliado el empleado incapacitado para trabajar". Con tal base, la Superintendencia pide tener en cuenta el contenido del oficio DRH-467 de 10 de marzo de 1999, que anexa, y destaca, que el accionante "no se encuentra incluido en la nómina de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés (sic) - Isla, por encontrarse separado del ejercicio de sus funciones, conforme a lo ordenado por la Procuraduría General de la Nación, razón por la cual mal podría esta Entidad entrar a reconocer el subsidio originado en las incapacidades otorgadas por el Instituto de los Seguros Sociales, pues de acuerdo con lo señalado en el artículo 116 del Código Disciplinario Único, durante la suspensión no se genera ningún emolumento".

FALLO DEL TRIBUNAL

Optó el a quo por no conceder la tutela impetrada al considerar, que el pago de incapacidades laborales sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad y que, por lo mismo, su no cancelación supone el desconocimiento de un derecho de carácter laboral y "no da lugar a la procedencia de la acción de tutela para obtener su reconocimiento y pago por existir medios ordinarios para ello". Conforme el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, afirma, las incapacidades generadas en enfermedad general deben ser reconocidas por el régimen contributivo y, poniendo de presente el contenido del artículo 2º del Código Procesal Laboral, resalta, que es a la jurisdicción del trabajo a la que compete conocer sobre las controversias derivadas de las determinaciones que en materia de seguridad social se adopten, sin que el actor en tutela haya aquí demostrado la realización de alguna gestión ante el Instituto de los Seguros Sociales para obtener el pago de las incapacidades de que ha sido objeto. Estima inadmisibile el planteamiento del quejoso, fundado en la crisis econó-

mica que afronta el ISS, para justificar el porqué no recurre a dicha EPS, a fin de obtener la cancelación de la indicadas incapacidades.

LA IMPUGNACIÓN

En respaldo de la inconformidad que genera para el accionante la comentada sentencia, su apoderado expresa en el escrito en que impugna ese proveído, que el motivo en que estriba la violación de los derechos fundamentales de su cliente, refiere a que el Decreto 1848 de 1969, en que se apoyó la Superintendencia de Notariado y Registro para negar el pago de las incapacidades laborales a Cortina Torres, fue derogado por el Decreto 2148 de 1992, que a su vez fue el respaldo para la expedición de la invocada Resolución 4901 de 1996. Adicionalmente arguye, que recurrir a la justicia laboral para el cobro de las incapacidades es volver a la Constitución de 1986 y que el Seguro Social no paga directamente incapacidades, sino que lo hace a través de los empleadores a quienes, posteriormente, gira los valores que hubiesen cancelado.

CONSIDERACIONES

1.- Propio es entender, conforme el estudio efectuado del escrito genitor de esta tramitación, que con él su autor concretamente pretende, que la Superintendencia de Notariado y Registro le pague las incapacidades laborales sucesivas de que ha sido objeto.

2.- Con ese entendimiento se impone advertir de entrada, la abierta improcedencia del reproche constitucional elevado, pues, como lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional, la operancia del amparo deprecado para el pago de prestaciones laborales es excepcional y depende de la comprobación que se haga en cuanto a que la no satisfacción oportuna de obligaciones de tal naturaleza, incide o afecta de manera sensible el mínimo vital del interesado.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha precisado, 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" (Sent. T-01 de 21 de enero de 1997).

3.- No apareciendo en autos comprobado, al punto que ni siquiera ello se afirma en la queja, que el no pago de la aludida prestación laboral al peticionario comprometa en algo su mínimo vital, concluye la Sala que ninguna de las circunstancias que rodean este caso de tutela conlleva a deducir que él esté revestido de las especiales condiciones que permitan quebrar la regla

general relativa a la improcedencia de la acción de tutela para procurar el pago de acreencias laborales y para, por tanto, acceder a la protección de los derechos fundamentales del señor Cortina Torres, ordenando la cancelación de la prestación por él reclamada, de donde lo lógico era, como lo resolvió el Tribunal, denegar la prosperidad de la queja en estos aspectos.

4.- Siendo claro que la procedencia de la demanda de tutela cuando está encaminada a obtener el pago de prestaciones laborales es excepcional y que, por tanto, sólo tiene cabida en forma transitoria, pues el trabajador dispone siempre de la acción ejecutiva para forzar la cancelación de las obligaciones de tal naturaleza que se le adeuden, debe decirse, adicionalmente, que en el evento susculcado no se avizora la presencia de los requisitos que la jurisprudencia se ha encargado de distinguir para la operancia del amparo fundado en la urgencia y en la impostergabilidad de que se adopten medidas para conjurar la amenaza o lesión de los derechos de la víctima, como es que las actuaciones u omisiones del funcionario público o del particular sean "... manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho." (Sentencia T-052 de 11 de febrero de 1994); y que exista al menos un indicio o principio probatorio que permita establecer la existencia de un perjuicio irremediable, circunstancia ésta imperativa para deprecar el amparo apoyado en la inminencia, inmediatez y urgencia del remedio constitucional.

5.- Al estar respaldada la negativa del ente accionado, expresada en las comunicaciones de folios 10 y 62 a 64 del cuaderno principal del expediente, a pagar al peticionario las incapacidades para laborar por enfermedad no profesional que le han sido reconocidas, en el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 10°, refiriéndose a cómo se cancelan estas, consagra que "Si la correspondiente Entidad nominadora designa un empleado para que reemplace interinamente al titular, durante el tiempo en que éste permanezca incapacitado para trabajar, en uso de licencia por enfermedad no profesional, dicha prestación económica se pagará por la Entidad de previsión a que se halle afiliado el empleado incapacitado para trabajar, ...", no puede colegirse que esa decisión se muestre como abiertamente ilegal y, por ende, suficiente, para permitir la operancia de la tutela, como solución a la problemática de que se duele el accionante.

A este respecto estima la Corte, que el mencionado Decreto 2148 de 1992 no derogó la normatividad en que se fundó la Superintendencia para no acceder al pago pretendido por el autor de la queja, pues ese ordenamiento legal no contiene norma que se ocupe de la materia tratada en la disposición arriba transcrita, y su artículo 42 no consagró expresamente la derogatoria del citado Decreto 1848.

Mal podría, de otra parte, aceptarse, que la Resolución N° 4901 de 11 de septiembre de 1996, expedida por el Presidente del Instituto de Seguros Sociales (fs. 19 a 40, cd. 1), tenga primacía sobre el tantas veces mencionado Decreto 1848 de 1969.

6. - Corolario de lo que se deja expresado es que el amparo deprecado no está llamado a abrirse paso ni como mecanismo directo, ni en forma transitoria, y que, por ende, la sentencia impugnada debe confirmarse.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Confirma el fallo de veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Unica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Notifiquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y al apoderado judicial del accionante; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Librese el oficio del caso.

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

SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, EPS: 1. La calidad de propietario de un establecimiento de comercio no es suficiente por sí solo para demostrar la solvencia económica de la afiliada y así comprometerla a asumir parte de los costos de su tratamiento. 2. El juez de tutela al reconocer la falta de recursos económicos del accionante debe incluir en la decisión lo relativo a los costos ya atendidos por la accionante los cuales deben también ser atendidos por la EPS. Entidad que cuenta con la posibilidad de solicitar el reembolso al Estado - Ministerio de Salud y obtenerlo dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Nicolás Bechara Simanca*

Ref.: Expediente No. 6389

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, por medio del cual se denegó el amparo constitucional deprecado por la señora Esperanza Manjarrez Palacio, quien actúa representada por agente oficioso, contra el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Guajira.

ANTECEDENTES

1.- Reclama la directa peticionaria la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de Esperanza Manjarrez Palacio y, en concreto, "ordenar que la EPS Seguro Social Seccional Riohacha dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del respectivo fallo adelante todas las gestiones administrativas necesarias para la realización u ordenes (sic) oncológicas (sic) de quimioterapia y radioterapia paliativa en la columna dorsal; al igual que el suministro de los medicamentos que disponga el medico (sic) especialista del Seguro Social a la mencionada señora a causa y a razón de la enfermedad que le afecta" y se hagan las prevenciones del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

En respaldo de lo pedido, relata su autora, que a la accionante se le diagnosticó, debido al cáncer que padece, radioterapia y quimioterapia paliativa en la columna dorsal, sin que el Instituto accionado haya autorizado la realización de estos procedimientos, al parecer, según información verbal recibida por la quejosa, debido a que la nombrada no tiene el número de semanas cotizadas que se requiere para la atención de enfermedades catalogadas como ruinosas o catastróficas.

2.- El Gerente del Seguro Social - Guajira informó, que "En estricto cumplimiento de nuestras obligaciones de ley se le ha venido prestando a la asegurada Esperanza Manjarrez Palacio, los servicios Radioterapia con Acelerador Lineal Tipo I. Grupo IV. En la Clínica la Asunción (sic) y de Quimioterapia en la Clínica de los Andes del Seguro Social, situación esta, que la coloca dentro del grupo de enfermedades catastróficas, para lo cual mínimo se requiere que la afiliada haya cotizado al sistema de seguridad social 100 semanas". Advierte adicionalmente que de conformidad con el decreto 806 de 1998 "En caso de que no se cuente con las semanas mínimas cotizadas el Seguro Social, reconocerá el mismo porcentaje ya cotizado del valor del procedimiento que requiere el afiliado, que no haya cotizado las cien (100) semanas". Finalmente apunta "que no se le ha negado el servicio a la afiliada, dado que se le (sic) prestado todo lo necesario para mantener y recuperar su salud". (folio 25 cuaderno 1).

FALLO DEL TRIBUNAL

Con respaldo en la respuesta dada por el Instituto querellado a la demanda de tutela, concluyó el Tribunal que, a contrario de lo afirmado en la queja, el ISS "le está suministrando a la Señora Esperanza Manjarrez Palacio los tratamientos de quimioterapia y radioterapia paliativa en la columna dorsal,..." y que "En este orden de ideas es obvio que no se le están violando a la solicitante de tutela los derechos invocados por lo9 (sic) mismo éste deviene improcedente". En consecuencia, optó el a - quo por denegar el amparo constitucional deprecado.

IMPUGNACIÓN

La agente oficiosa de la accionante, en el memorial que obra a folios 40 a 42 del cuaderno principal, expresó su inconformidad con el fallo de tutela de primera instancia y al efecto, en resumen, arguye que si bien es cierto el accionado le ha suministrado a la enferma el tratamiento que le fuera ordenado, parte del costo de los mismos ha tenido que ser cancelado por la accionante y sus familiares, quienes se encuentran en una penosa situación económica. Considera, por tanto, que el Tribunal fue asaltado en su buena fe con el informe que en este asunto rindió el ISS y reclama que, como consecuencia de este proceso, se disponga que el Seguro Social sea quien asuma en su totalidad el valor del tratamiento de Manjarrez Palacio.

CONSIDERACIONES

1.- Estando dirigida la solicitud de tutela origen de esta tramitación a obtener protección de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Esperanza Manjarrez Palacio, concluye la Corte admisible la intervención de María Elisa Brito Manjarrez como agente oficioso de aquella, pues la demanda constitucional satisface a cabalidad las exigencias consagradas en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991.

2.- Se impone aquí, de entrada, recordar que a voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual propugna por la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos en forma directa y de manera seria son amenazados o violados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o de los particulares, en este último caso en los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no existiendo para el afectado medio ordinario de defensa que de manera eficaz permita la salvaguarda de los derechos que se estimen conculcados.

Propio es, entonces, distinguir, que conforme la indicada previsión constitucional y la reglamentación que de la tutela ha hecho el gobierno nacional, su operancia sólo tiene cabida para el amparo de derechos fundamentales cuando ellos, mediando un nexo de causalidad, se ven seriamente comprometidos por acciones u omisiones que desbordan el marco de comportamiento definido por la Carta Política y por la ley, y cuando la víctima no tiene a su alcance un medio de justicia ordinaria que de manera eficiente permita la protección de sus derechos.

3.- Descendiendo a la situación planteada mediante esta tutela, debe interpretarse que con ella se pretende que la totalidad del costo que genere el tratamiento que requiere la accionante, en razón al padecimiento que le aqueja, sea asumido por la entidad accionada, no siendo admisible para la peticionaria que la entidad, pretextando que no tiene cotizado el mínimo de semanas fijado en la ley para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas, se limite a responder sólo en una parte de su valor, como quiera que, habida cuenta de su situación económica, ni ella ni su familia, están en posibilidad de asumir el costo restante.

4.- Como es ya conocido, la vida constituye por antonomasia el derecho fundamental de mayor alcance y autonomía, principio éste que ha servido de punto de partida a la jurisprudencia constitucional para señalar que "El derecho a la vida se constituye en el más fundamental de los derechos consagrados en la Carta Política de 1991 de manera expresa. Regulado por ésta, desde el primer artículo del capítulo primero del Título II, pone de presente su carácter prevalente y de condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos." [Corte Constitucional, Sent. T - 374 de 3 de septiembre de 1993].

5.- Así mismo, es del caso indicar, que tanto en lo que concierne con el derecho a la salud como en lo tocante con el derecho a la seguridad social,

que en esencia no ostentan el carácter de fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha precisado que ellos adquieren tal linaje "por conexión", lo que equivale a decir que se les comunica tal carácter "en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales" de forma que éstos quedan sometidos a vulneración o amenaza si aquél no se protege de manera inmediata ..." (Corte Constitucional, Sent. T-068 de 22 de febrero de 1994).

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

6.- Precisamente en desarrollo de los postulados consagrados en el artículo 48 de la Constitución Nacional, que atribuye a la seguridad social naturaleza de "servicio público de carácter obligatorio" y señala que "se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado", en materia de salud se expidieron la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, que imponen en favor de los beneficiarios de dicho sistema, cuando las condiciones de salud lo requieren, la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y, en general, todos los servicios de esta índole que sean indispensables de acuerdo con las circunstancias que el caso amerite, bien sea directamente o por intermedio de terceros.

7.- Se ocupa la Ley 100 de 1993, y de manera más reciente el Decreto 806 de 1998, reglamentario de aquella, de definir el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo como "...el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS,...", precisando luego, que "Sus contenidos son definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud e incluye educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de los medicamentos esenciales en su denominación genérica" (art. 7º, Decreto 860 de 1998) y previendo que "Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y

guías de atención integral que expresamente define el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos" (art. 10º, ib.).

8.- Puede, por tanto, concluirse, que la prestación del servicio de salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud no es limitado sino que, por el contrario, conforme la reglamentación que rige el Sistema de Seguridad Social Integral, está sujeto a restricciones.

En efecto, el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, tras prohibir en el Plan Obligatorio de Salud la aplicación de preexistencias, señala que "El acceso a la prestación de algunos servicios de altos costos para personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a periodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para periodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica".

A su vez el artículo 60 del Decreto 806 de 1998, norma hoy aplicable, prevé: "Definición de los periodos mínimos de cotización. Son aquellos periodos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ser exigidos por las Entidades Promotoras de Salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese periodo el individuo carece del derecho a ser atendido por la entidad promotora a la cual se encuentra afiliado".

9.- Aunadas las manifestaciones de la accionante contenidas en el escrito introductorio de la acción y lo expresado por el ISS al responder la demanda de tutela, es del caso admitir como probado, que la accionante no cuenta en su haber con el mínimo de semanas cotizadas para merecer que el valor de la atención médica que requiere, sea asumido en su totalidad por la Empresa Promotora de Salud querellada.

10.- Consecuente con lo anterior, en principio, propio es colegir entonces, que la negativa del Instituto accionado a sufragar en un ciento por ciento el valor del tratamiento de la señora Esperanza Manjarrez Palacio no se muestra como una decisión ilegal y, de otro lado, que conforme la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, recae en el paciente el deber de atender dicho valor en la proporción de semanas faltantes para completar el mínimo exigido por el tantas veces invocado artículo 61 del Decreto 806 de 1998, porque así lo consagra el párrafo de la citada norma ("Cuando el afiliado sujeto a periodos 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 periodos mínimos contemplados en el presente artículo"), y que, cuando no dispone de los me-

dios económicos para ello, la solución aplicable es la ofrecida por el inciso final del párrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998, que a la letra reza: "Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esa 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".

11.- Sin embargo, como lo ha sostenido esta Sala al resolver otros procesos de tutela, la regulación establecida en el transcrito inciso final del párrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998 no comporta una solución verdaderamente eficaz para la peticionaria del amparo, como quiera que en eventos como el presente, en donde el servicio que requiere el enfermo reviste urgencia y no puede ser interrumpido, impertinente, por decir lo menos, es sujetar su prestación al procedimiento a que conlleva el precepto legal en comento, en el entendido de que él supone valiosa pérdida de tiempo para un remedio impostergable.

12.- No estando aquí controvertida la gravedad del padecimiento que sufre la señora Manjarrez Palacio y, especialmente, que el tratamiento a ella ordenado reviste suma urgencia y propende por el mantenimiento de su existencia, esta Corporación, sin entrar a discutir la legalidad con que haya podido proceder la entidad accionada y considerando que en el caso sub lite la opción consagrada en el ya varias veces invocado inciso final del párrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998 se muestra ineficaz, concluye que, siendo ello así, recaía en el Instituto de Seguros Sociales, por disponer él de los medios necesarios, el deber de suministrarle a la paciente la totalidad del indicado tratamiento, requerido por ella, pues como en forma reiterada lo ha sostenido la jurisprudencia no puede, en tratándose del derecho a la vida, supeditarse su protección a la satisfacción de requisitos legales cuando, como lo predica el artículo 4º Superior, "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Lo anterior con más veras si se tiene en cuenta que dentro del trámite de esta acción, los declarantes Jaime Brito Herrera y Jaime Mejía Rosado (ffs. 28 a 31 del cuaderno principal) informaron al a quo de la carencia de recursos económicos de la accionante, condición que tampoco discutió la entidad accionada en el desarrollo de la primera instancia. Y aun cuando en el trámite de la impugnación, dicha parte accionada adjuntó la certificación visible al folio 24 del cuaderno contentivo de la actuación de la Corte, indicativo de que la accionante es propietaria del establecimiento de comercio "Novedades Ancha" (cuyo activo total se indica es de \$500.000.00), es preciso indicar que tal documento no es suficiente por sí solo o al menos resulta equívoco para acreditar la solvencia económica de la aquí actora y, por ende, para contrarrestar la eficacia probatoria que en sentido contrario introduce la referida prueba testimonial.

13.- No comparte entonces la Sala la conclusión a que arribó el Tribunal para negar la tutela, por cuanto si bien es cierto que el ISS ha manifestado que suministró a la enferma el tratamiento que le fue ordenado, también lo es que su realización obedeció a que Manjarrez Palacio asumió créditos equivalentes a un 40% del valor del mismo, como se afirma en la impugnación y lo señalan tanto el Instituto accionado (fl. 26 precedente) como la clínica "La Asunción" de la ciudad de Barranquilla (fl. 17, 1b) en los informes que rindieron en atención a la orden impartida por esta Corporación mediante auto del pasado 31 de mayo.

14.- Mal podía entonces interpretarse que por la realización de los procedimientos diagnosticados a la quejosa, desconociéndose las circunstancias que mediaron para su práctica, debían entenderse satisfechas las obligaciones que desde la óptica constitucional recaían en el Instituto accionado y, con tal base, desestimarse, como ocurrió, el acogimiento del reproche de que se trata, cuando en verdad, tal y como ya se reseñó, la finalidad de la queja es que la empresa accionada, asumiendo la totalidad de su costo, preste a la enferma el servicio médico hospitalario que su mal exige, sin perjuicio del reembolso a que en la proporción pertinente tenga derecho frente al Estado, a cuyo cargo está el servicio de asistencia pública para sus habitantes.

El entendimiento dado a este caso de tutela por el Tribunal no deja de ser una visión restringida de la cuestión, y por eso al abrirse paso a la enmienda que desde la perspectiva legal amerita el asunto, no puede dejar de ser tema complementario a la misma por su obligada correlación e inseparable identidad con ella, el de los costos del tratamiento ya atendidos por la accionante, pues si la carencia de recursos es real y fue puesta a consideración del juez constitucional sin oposición del accionado, o finalmente demostrada con prueba testimonial, no parecería justo ni quedaría integralmente resuelta la litis, si la protección brindada en el fallo de tutela omitiera determinar que esos gastos deben ser asumidos también por la accionada, porque de no ser así so pretexto de quedar ello por fuera del alcance de la tutela, la omisión en la decisión así generada fuera de que crearía una escisión del tema decidendum, dejaría de reconocer que el pago parcial hecho en esas circunstancias no puede ser demostrativo de holgura económica alguna, y así mismo negaría la condición de ser humano de quien, ante la inminencia de su muerte, agota cualquier recurso económico para obtener un salvamento de vida.

15.- Preciso es, pues, sostener ante circunstancias fácticas como la que estos autos ponen de presente, que la protección a brindar por el juez de tutela no puede ser otra, vista ella dentro del marco de la protección al derecho fundamental a la vida dispuesto por la jurisprudencia constitucional, que la de ordenar a la correspondiente E.P.S. asumir en el menor término posible el costo total del procedimiento médico por el que ha respondido provisionalmente la propia enferma o sus familiares. Razón de más para comprenderlo así y no atribuir a la tutela el simple papel de gestora de intereses pecuniarios, está precisamente en el propio derecho a reembolso proporcional que en favor de la E.P.S. y frente al Estado consagra para estos

casos la jurisprudencia, bajo el bien entendido de que la tutela en eventos como el presente no desborda sus causas, que el caso amerita una solución integral y no una solución aislada de la interrelacionada materia.

16.- Es corolario de lo expuesto que el fallo combatido deba revocarse y, en su defecto, admitirse la prosperidad del amparo demandado para, de un lado, advertir al Instituto de Seguros Sociales que en el futuro no vuelva a incurrir en comportamientos similares a los que han dado lugar a la presente acción de tutela y, de otro, disponer que corresponde a tal entidad asumir en su totalidad el costo del tratamiento dado a Esperanza Manjarrez Palacio, con derecho a obtener del Estado - Ministerio de Salud - el reembolso de esos dineros en la proporción que conforme el Plan Obligatorio de Salud no eran de su cargo, lo que deberá hacer el Ministerio dentro de los 45 días siguientes a cuando se le presente la respectiva cuenta de cobro.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, y, en su defecto,

RESUELVE:

Primero: Acceder a la solicitud de tutela a que se refieren estos autos para brindar amparo al derecho a la vida y, conexamente, a la salud y a la seguridad social de Esperanza Manjarrez Palacio.

Segundo: Advertir, por ende, al Instituto de Seguros Sociales - Seccional Guajira, que en el futuro no vuelva a incurrir en comportamientos similares a los que han dado lugar a la presente acción de tutela.

Tercero: Disponer que corresponde a la entidad accionada asumir en su totalidad y en el menor término posible el costo del tratamiento dado a Esperanza Manjarrez Palacio, con derecho a obtener del Estado - Ministerio de Salud - el reembolso de los dineros que por tal virtud canceló, en la proporción que conforme el Plan Obligatorio de Salud no eran de su cargo, lo que deberá hacer el Ministerio dentro de los 45 días siguientes a cuando se le presente la respectiva cuenta de cobro.

Notifiquese telegráficamente lo aquí resuelto a la accionante y a su agente oficioso; a la entidad accionada y al Estado -Ministerio de Salud-, mediante oficio al que se anexará copia auténtica de este fallo; envíese igualmente copia auténtica de este proveído al Tribunal de instancia para lo de su cargo; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Oficiense como corresponda.

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

La presente providencia no es suscrita por el Magistrado Doctor José Fernando Ramírez Gómez por no haber participado en su discusión y aprobación en razón de gozar de permiso debidamente conferido.

Roberto Peñuela Alfonso, Secretario.

DERECHO DE PETICION: no puede emplearse el derecho de petición como medio sustitutivo de las vías ordinarias para obtener pruebas que versan sobre hechos objeto de controversia entre las partes

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra

Ref.: Expediente No. 6437

Decidese la impugnación formulada por Edinson Vargas Osorio contra el fallo del 18 de mayo de 1999, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil - del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra José Flेमón Jiménez Piamonte, Gerente de Servicio Especializado Honda.

ANTECEDENTES

1. El accionante en mención presentó acción de tutela contra el gerente de la aludida empresa particular, aduciendo vulneración del derecho de petición. Para su protección pide que se ordene a la accionada proceder a responder la petición que le formuló el 26 de abril de 1999.

2. Basa su pedimento en lo que seguidamente se resume:

a) que fue empleado por más de diez años de la empresa Servicio Especializado Honda, hasta el 25 de abril de 1999, cuando su Gerente dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo razones que no se ajustan a la realidad;

b) que el día 26 siguiente, mediante comunicación dirigida al accionado le manifestó su inconformidad con relación al despido pues lo considera injusto y por lo tanto la empresa está obligada a indemnizarlo, y adicionalmente solicitó en ejercicio del derecho de petición le suministrara constancias y fotocopias de recibos por concepto del pago de cesantías, pensiones, salud y caja de compensación familiar;

c) que mediante comunicación recibida el 30 de abril el accionado le entregó únicamente "dos copias de las planillas de consignación de cesantías y

del título de depósito No.4511265 de la Caja Agraria", y le dijo, con relación a los demás puntos de la solicitud, que no eran procedentes porque el derecho de petición no opera para particulares, y si lo cree conveniente puede acudir a la justicia ordinaria.

3. El accionado replicó la tutela informando los motivos por los cuales dio por terminado el contrato de trabajo con el accionante, y que había dado respuesta a la petición de éste a los dos días siguientes, en estos términos "1°. Que su despido se debió al hurto continuo y agravado y por los últimos hechos acaecidos el 23 de abril y que fueron de conocimiento de la autoridad penal correspondiente. 2° Que sus prestaciones fueron consignadas a órdenes de la autoridad competente y que sus cesantías se hallan a su entera disposición en Davivir S.A. 3°. Que se da entera y completa libertad para acudir a la justicia ordinaria, en caso de existir de su parte algún reclamo de tipo contractual."

Agrega que en cuanto a la dotación, la misma se cumplió de acuerdo a la ley y con relación al subsidio familiar la empresa igualmente ha cumplido con su afiliación y pago.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El tribunal, luego de referirse a la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, señala que el derecho de petición, según lo ha sostenido la jurisprudencia, no se viola cuando la contestación sea contraria a lo querido por el peticionario, pues no interesa en qué sentido se dé la respuesta, sino que haya un pronunciamiento con respecto a la inquietud planteada.

Seguidamente el sentenciador afirma que de acuerdo con la contestación del 28 de abril de 1999, que obra en el proceso y mediante la cual José Filemón Jiménez Plamonte, en calidad de gerente propietario de Servicio Especializado Honda, dio contestación "uno a uno los puntos expuestos por el peticionario", de tal forma que resulta clara y absuelve las inquietudes por las cuales se formuló el derecho de petición.

Agrega el fallador que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, cuales son las acciones laborales ante la justicia del ramo, y no se invocó esta acción como mecanismo transitorio.

Por tales motivos, el tribunal niega la solicitud constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

Sin hacer referencia a los motivos de su inconformidad, el accionante impugnó el fallo antes reseñado.

CONSIDERACIONES

1.) Fluye del compendio anterior que en esta queja constitucional su proponente acusa al Gerente de la empresa Servicio Especializado Honda, de

vulnerarle el derecho de petición, argumentando que no le ha dado respuesta completa a una solicitud que formuló el pasado 26 de abril, mediante la cual pidió que se le suministrara constancias y fotocopias de recibos en relación con el pago de "...cesantías, pensiones, salud, caja de compensación familiar...", durante el tiempo que estuvo trabajando a su servicio. Para su protección solicita que se ordene al accionado responder debidamente el aludido pedimento.

2) Según lo normado por el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un trámite judicial sumario para el amparo inaplazable de los derechos fundamentales, frente a vulneraciones o amenazas provenientes de acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en ciertos casos, al cual solo puede acudir el afectado cuando no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que lo utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues dicho procedimiento es eminentemente subsidiario o residual.

3) El derecho de petición, consagrado en el precepto 23 de la Constitución, es de rango fundamental indiscutible y puede ser ejercido por cualquier persona en interés general o particular frente a las autoridades públicas, existiendo para éstos el deber de dar pronta resolución y respuesta dentro de los quince (15) días siguientes, salvo que "no fuere posible resolver o contestar en dicho plazo", en cuyo caso debe precisársele al interesado los motivos de la demora y la fecha en que se resolverá y dará respuesta (art. 8 C.C.A.).

De acuerdo con el artículo constitucional citado, el legislador puede reglamentar el ejercicio del derecho de petición "ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales", reglamentación que no se ha expedido, no obstante que ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia de esta Corporación¹ haya admitido que en ciertos y circunscritos eventos, organismos particulares queden obligados respecto del derecho de petición, como cuando el peticionario, ex-trabajador de una organización empresarial formula una solicitud de reconocimiento de una pensión de jubilación, debido a que esos derechos preeminentes "...no rigen únicamente en las relaciones del individuo con la función pública, situada en posición exorbitante, sino que además tienen definitiva incidencia en las relaciones entre particulares, conformando un sistema de valores que por virtud de la fuerza obligatoria que despliega la Constitución, penetra de modo inmediato en ese ámbito con la finalidad de garantizarle a dicho individuo, habitante del territorio nacional, un 'estatus' merecedor de consideración y respeto frente a los demás, especialmente cuando se trata de organizaciones privadas (consorcios, asociaciones profesionales o gremiales y grandes compañías) cuyo enorme poderío llega hasta contraponerse al mismo Estado y representa, por lo general, una nueva amenaza para los derechos esenciales de las personas..."

¹ Sentencia del 1º de abril de 1998, expediente 1672

Criterio aceptado por la doctrina constitucional², la que también ha precisado que el derecho de petición es vinculante para sujetos privados cuando los mismos ejercen una función pública o están encargados de la prestación de un servicio público³.

4) Procediendo al despacho del sub júdice, teniendo en cuenta los anteriores criterios de orientación, evidénciase que la acción constitucional no está llamada a prosperar, toda vez que lo pretendido por el accionante con la petición que le formuló al particular aquí accionado, quien fuera su empleador, es que le suministrara constancias y fotocopias de recibos en relación con el pago de "...cesantías, pensiones, salud, caja de compensación familiar...", durante el tiempo que estuvo trabajando a su servicio, pedimento que no tiene la connotación suficiente para ser considerado como parte del derecho de petición ante organizaciones privadas, en la medida en que no se refiere al reclamo de un emolumento o prestación laboral propiamente dicha, que bien puede ser concedida o negada por el requerido, sino que trata de la solicitud de una información que, mirada con detenimiento, se refiere a la obtención de prueba de unos hechos que eventualmente pueden ser generadores de responsabilidades laborales del ex-empleador, evidencia que no puede producirse a través del mecanismo subsidiario de la acción de tutela, sino mediante los correspondientes mecanismos previstos en las leyes de procedimiento, con observancia de las reglas del debido proceso, como la acción laboral pertinente, o el diligenciamiento de pruebas anticipadas, verbi gratia, una inspección judicial o un interrogatorio de parte.

Aceptar la procedibilidad del amparo constitucional para casos como este, implica admitir también que este mecanismo protector de los derechos básicos, que solo es procedente cuando no hay otro medio de defensa judicial, es igualmente viable para la obtención de pruebas que por versar sobre hechos objeto de discusión o controversia entre las partes, solo deben ser obtenidas por las vías ordinarias, donde el poder de documentación del juez competente garantice los principios de la audiencia bilateral y el debido proceso.

5) Es por eso que no existe una verdadera vulneración del derecho de petición en este evento, conclusión que debe entenderse sin perjuicio del derecho que asiste al interesado para instaurar, con sujeción a los requisitos de ley, los mecanismos judiciales necesarios para efectos de obtener la prueba que pretende, o para formular las reclamaciones económicas correspondientes.

6.) De esa manera, por las razones expuestas en esta providencia, debe confirmarse el fallo impugnado.

DECISIÓN

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

² Corte Constitucional. Sentencia T-374 de 1998.

³ Entre otras, Sentencia T-165 de 1997 y la citada T-374 de 1998.

Comuníquese esta decisión a los interesados mediante telegrama.

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

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

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: si el accionante ha dejado de cotizar después de la desvinculación laboral, la EPS no tiene obligación de atenderlo, por no estar reunidos los requisitos de afiliación. Como no está de por medio la vida del accionante, éste puede afiliarse al sistema de salud del régimen subsidiado para, a través de éste, obtener los correspondientes servicios, sin que, se evidencie el desconocimiento de algún derecho fundamental del actor

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Nicolás Bechara Simancas*

Ref.: Expediente No. 6435

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por medio del cual se concedió el amparo constitucional deprecado por el señor Luis Alberto Barreto Montaña, quien actúa representado por agente oficioso, contra el Instituto de Seguros Sociales E.P.S.

ANTECEDENTES

1. Reclama la directa peticionaria, quien es hija del accionante, la protección del derecho a la salud de éste y, en concreto, que "se proceda de inmediato a que sea practicado el cateterismo y la atención general integral a mi padre...".

En respaldo de lo pedido relata la autora de la queja, que a Barreto Montaña le fue ordenada en la Fundación Cardio Infantil la práctica de un "cateterismo" y que librada la correspondiente autorización por parte del Instituto accionado, el citado centro hospitalario se negó a la realización del mismo, debido a que el ISS "tenía pagos pendientes con ellos y por tal motivo no aceptaban mas autorizaciones...". Advierte sobre el inminente peligro que enfrenta el nombrado y la gravedad del mal que afecta su corazón.

2.- La Gerente del Seguro Social - Seccional Cundinamarca y Distrito Capital señaló, en síntesis, al responder la demanda constitucional, que si bien es cierto se expidió por parte del Instituto la autorización para que al accionante le fuera practicado el "cateterismo" que le fue diagnosticado, ello obedeció a un error, pues Luis Alberto Barreto Montaña se encuentra desafiliado de la entidad desde diciembre de 1998 y las cotizaciones de los años 1996 a 1998 presentan repetidas interrupciones, circunstancias estas que a la luz de la normatividad de la Ley 100 de 1993 y de sus decretos reglamentarios permiten colegir, de un lado, la suspensión de las obligaciones del ISS por el no pago oportuno de los aportes y su consecuente traslado al respectivo patrono del trabajador y, de otro, que desde su desvinculación, el peticionario no tiene derecho a las prestaciones que integran el Plan Obligatorio de Salud.

En razón de lo expresado, la entidad accionada solicita la desestimación de lo pedido en el libelo introductorio de este asunto y, subsidiariamente, que en caso de accederse al amparo deprecado, se permita al ISS repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social Integral de Salud el pago de los valores que sufrague en cumplimiento de la orden de tutela que se imparta.

FALLO DEL TRIBUNAL

Después de compendiar los antecedentes del presente caso y de referirse, con respaldo en la jurisprudencia constitucional, a la acción de tutela en general y a los derechos fundamentales cuya protección aquí se persigue, el a quo destaca, "que si bien es cierto que conforme a la manifestación de la accionada el tutelante (sic) no cotizó algunas mensualidades para tener acceso al servicio de salud que presta el ISS, también lo es que la misma entidad extendió autorización en favor del señor Barreto Montaña para que la Fundación Cardio Infantil le practicara un cateterismo..." y que "Lo anterior de suyo indica que la entidad prestadora del servicio de salud aquí cuestionada en cumplimiento de su obligación legal otorgó la cobertura que requiere el señor Barreto Montaña, desconociéndose a esta fecha los motivos por los cuales según la demanda de tutela no se ha practicado tal examen médico". Crítica, en el supuesto de ser verdad que la citada Fundación se negó a la realización de la referida prueba porque el ISS le adeuda el valor de los servicios por ella prestados, esa actitud, la cual califica de ignominiosa y reprochable, por cuanto "no se puede poner en juego la vida de una persona alegando situaciones de carácter económico, cuando las susodichas entidades cuentan con mecanismos para exigir el pago de tal servicio inclusive acudiendo a la vía coactiva". Con tal base, colige inadmisibles que el Seguro Social niegue la prestación del servicio de salud a quien, como el accionante, ha venido cotizándole "durante un buen lapso....bajo el sofisma de que el patrono no cotizó algunas mensualidades, y que a (sic) la prestación de la falencia en la salud del cotizante no puede tener cobertura por haber dejado de cotizar desde el mes de diciembre del año próximo pasado".

Así las cosas y apreciando que el peticionario, de no recibir la atención médica que necesita, estaría avocado a un perjuicio irremediable, el Tribunal, en últimas, optó por "amparar como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable el derecho a la seguridad social, a la salud y a la vida del señor Luis Alberto Barreto Montaña" y, en consecuencia, dispuso "que el I.S.S., por cuenta de algunas de las entidades o fundaciones hospitalarias con las cuales tiene convenios, como por ejemplo la Fundación Cardio Infantil, se (sic) realice en el término de 48 horas el cateterismo que con urgencia requiere el señor Luis Alberto Barreto Montaña". Finalmente advirtió, que "En el evento de que por causa legal no tuviere cobertura tal examen el Seguro Social o la entidad que preste efectivamente el servicio podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social Integral de Salud a cargo del Estado".

IMPUGNACIÓN

La representante legal del Seguro Social, mediante el escrito que milita a folios 44 a 50 del cuaderno principal del expediente, impugna la comentada sentencia y en respaldo de su inconformidad, en resumen, plantea que para tener derecho a las prestaciones que conforman el Plan Obligatorio de Salud se requiere, de un lado, la afiliación y, de otro, que se hayan cancelado a la correspondiente Empresa Promotora de Salud los aportes fijados por la ley. Con tal base sostiene la insatisfacción de dichas condiciones en cuanto hace al aquí peticionario y que, por lo mismo, no puede aceptarse que Barreto Montaña esté habilitado legalmente para merecer el servicio asistencial que aquí demanda. Acota el carácter legal de los derechos cuya reparación se intenta con este proceso de tutela y que es diferente el Régimen de Seguridad Social, previsto en la Ley 100 de 1993, al Servicio de Salud Pública a cargo del Estado, de que trata la Ley 10 de 1990, no siendo posible asignar la prestación del segundo al Instituto de los Seguros Sociales. Finalmente señala, que "La patología que presenta el accionante no atenta por sí misma la vida del enfermo, ya que es una intervención que facilita la programación y no que deba ser realizada de urgencia,..." y solicita, que la responsabilidad por la atención que requiere el accionante se asigne a su empleador, por no haber cumplido con el deber de efectuar los correspondientes aportes al sistema de seguridad social en salud, o "Que por no ser un afiliado a nuestra institución, su procedimiento sea atendido directamente por una de las instituciones de salud pública, contempladas en la Ley 10 de 1990".

CONSIDERACIONES

1.- Estando dirigida la solicitud de tutela origen de esta tramitación a obtener protección de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del señor Luis Alberto Barreto Montaña, concluye la Corte admisible la intervención de Clara María Barreto Rodríguez como agente oficioso de aquél, en la medida que de la demanda constitucional puede deducirse que el nombrado, por la enfermedad que lo aqueja, está imposibilitado para emprender

su propia defensa, quedando de esta manera satisfechas las exigencias que sobre el particular contempla el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991.

2.- Se impone aquí, de entrada, recordar que a voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual propugna por la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos en forma directa y de manera seria son amenazados o violados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o de los particulares, en este último caso en los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no existiendo para el afectado medio ordinario de defensa que de manera eficaz permita la salvaguarda de los derechos que se estimen conculcados.

Propio es, entonces, distinguir, que conforme la indicada previsión constitucional y la reglamentación que de la tutela ha hecho el gobierno nacional, su operancia sólo tiene cabida para el amparo de derechos fundamentales cuando ellos, mediando un nexo de causalidad, se ven seriamente comprometidos por acciones u omisiones que desbordan el marco de comportamiento definido por la Carta Política y por la ley, y cuando la víctima no tiene a su alcance un medio de justicia ordinaria que de manera eficiente permita la protección de sus derechos.

3.- Es motivo de la inconformidad del accionante, según lo expresa la agente oficiosa que en este asunto lo representa, que habiendo ordenado uno de los galenos de la Fundación Cardio Infantil de esta ciudad, vinculada al Seguro Social, que se le practique un cateterismo (fl. 5, cd. 1) y estando autorizada la realización del mismo por el Instituto accionado (fl. 4, cd. 1), tal examen no se haya verificado por parte de la citada Fundación, en razón a que el Seguro Social le adeuda dineros por concepto de los servicios por ella prestados y a que, por lo mismo, no acepta nuevas autorizaciones.

Al respecto advirtió la Gerente de la Seccional Cundinamarca y Distrito Capital del Instituto de los Seguros Sociales, que el aquí accionante no tiene derecho a recibir de esa entidad los servicios de atención médica que demanda, por cuanto se encuentra desafiliado desde diciembre de 1998 y, adicionalmente, porque el pago de los aportes que en su nombre se efectuaron entre los años de 1996 y 1998 evidencian interrupciones, lo que conduce a colegir que el Instituto no tiene obligación alguna con Barreto Montaña, por no ser uno de sus afiliados, o que las obligaciones que eventualmente puedan existir se encuentran suspendidas, por la desatención de las cotizaciones.

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

más derechos." (Corte Constitucional, Sent. T-374 de 3 de septiembre de 1993) y para afirmar, en lo hace con los derechos a la salud y a la seguridad social, que en esencia no ostentan el carácter de fundamentales, que ellos adquieren tal linaje "por conexión", lo que equivale a decir que se les comunica tal carácter "en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales" de forma que éstos quedan sometidos a vulneración o amenaza si aquél no se protege de manera inmediata..." (Corte Constitucional, Sent. T-068 de 22 de febrero de 1994).

5.- En desarrollo de los postulados consagrados en el artículo 48 de la Constitución Nacional, que atribuye a la seguridad social naturaleza de "servicio público de carácter obligatorio" y señala que "se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado", en materia de salud se expidieron la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, que imponen en favor de los beneficiarios de dicho sistema, cuando las condiciones de salud lo requirieren, la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y, en general, todos los servicios de esta índole que sean indispensables de acuerdo con las circunstancias que el caso amerite, bien sea directamente o por intermedio de terceros.

Se ocupa así mismo la citada ley y de manera más reciente el Decreto 806 de 1998, reglamentario de aquella, de definir el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo como "...el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS.....".

A su turno, dispone el Invocado Decreto 806 de 1998, que todos los residentes en Colombia deben estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud ya sea en el Régimen Contributivo o en el Régimen Subsidiado (art. 25); que "Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado en concurrencia entre éste y su empleador" (art. 26); y, que "El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios: a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;..." (resaltado fuera del texto).

6.- Se infiere de lo que se deja expuesto que, ciertamente, como lo sostiene aquí el Instituto accionado, el derecho de una persona a exigir de una Empresa Promotora de Salud la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud en el Régimen Contributivo depende, en primer lugar, de estar ella afiliada al sistema y, en segundo término, de que tanto el empleador como el afiliado mismo, en el caso de trabajadores dependientes, paguen al Sistema de Seguridad Social en Salud los aportes que les corresponde, pues de no ser así se suspende la afiliación "después de un mes de no pago de la cotización,..." (art. 57, Decreto 806 de 1998).

7.- Ahora bien, el artículo 58 del mencionado Decreto 806 de 1998 prevé la cancelación de la afiliación, entre otros casos, después de "Transcurridos seis meses continuos de suspensión de la afiliación", evento en el cual "La EPS deberá informar de manera previa al empleado cotizante su posible desafiliación a través de correo certificado dirigido al último domicilio registrado en la EPS" (literal a), y "Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la EPS a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente" (literal b).

8.- Valorado el informe rendido por el Instituto accionado en atención a la orden impartida por esta Corporación mediante auto del pasado 11 de junio y que antecede, se establece que el aquí interesado perdió desde el 13 de diciembre de 1998 su calidad de afiliado a la Empresa Promotora de Salud Seguro Social, en razón a que desde tal fecha fue desvinculado laboralmente de la empresa donde venia prestado sus servicios, circunstancia que fue materia de la novedad comunicada por la empresa al ente querellado.

9.- En tal orden de ideas y frente al hecho de la desafiliación de Barreto Montaña del ISS es ostensible, entonces, que en su caso particular, no se cumplen las condiciones necesarias para que pueda afirmarse que está radicado en su cabeza el derecho para que el Instituto querellado le preste los servicios que conforman el Plan Obligatorio en Salud y, por lo mismo, para que asuma la realización y el costo del "cateterismo" que le fue diagnosticado al autor del reproche constitucional que se desata.

Y es que el hecho de que una persona haya estado vinculada a una Empresa Promotora de Salud y haya efectuado en favor de ella el pago de las cotizaciones respectivas, así sea por considerable espacio de tiempo, no le otorga derechos indefinidos para que por la entidad se atiendan sus necesidades en salud, menos cuando ya no tiene la calidad de afiliado y han vencido los términos de gracia consagrados en el artículo 75 del Decreto 806 de 1998.

10.- Aun cuando en principio el ISS no negó el otorgamiento de la autorización respectiva a fin de que se practicara a Barreto Montaña el "cateterismo" a él ordenado, como quiera que por error la libró, propio es colegir que la negativa ahora expresada por la entidad, afincada en la desafiliación del nombrado desde época muy anterior a cuando le fue ordenado el examen cuya realización aquí persigue, no se muestra como una decisión ilegítima, por no ser contraria a los postulados de la Constitución Nacional y/o de la ley, y que, por tanto, con base en ella, no podía edificarse una acción como la presente y, menos, proferirse la orden de tutela que en este asunto y de manera equivocada impartió el Tribunal.

11.- No se trata aquí de desconocer el derecho a la vida y, conexamente, a la salud del quejoso, sino de precisar que la garantía a los mismos no recae en la Empresa Promotora de Salud aquí accionada, pues, se repite, para

cuando le fue ordenado el examen cuya realización aquí demanda el peticionario, él no estaba vinculado al ISS y, por ende, no tenía, como no lo tiene en la actualidad, derecho alguno a que esta específica entidad asuma sus requerimientos en salud.

En el supuesto de que Barrelo Montaña después de ocurrida su desafiliación del Seguro Social, acaecida como se dijo el 13 de diciembre de 1998, no se ha vuelto a vincular al Sistema de Salud en el Régimen Contributivo, porque de así haber ocurrido es la correspondiente EPS a donde se encuentre afiliado quien debe atenderlo, circunstancia esta que no aparece aquí demostrada, mal podría admitirse que sus necesidades de salud sean satisfechas conforme tal régimen -el contributivo- y por el ISS; por el contrario, en ese evento, es lo idóneo entender que corresponde al nombrado afiliarse al Sistema de Salud del Régimen Subsidiado y que sea a través de éste que obtenga los correspondientes servicios en salud.

11.- Resultado de lo analizado es que la sentencia impugnada deba revocarse para, en su defecto, negarse la acción de tutela impetrada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Revoca el fallo de doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y, en su defecto, Niega la solicitud de tutela a que se refieren estos autos. Téngase en cuenta, por razón de lo aquí decidido, el mandato del artículo 7° del Decreto 306 de 1992.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y a la agente oficioso del accionante; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Oficiése como corresponda.

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

INDICE TEMATICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS

Pág.

A

o ACTUACION TEMERARIA

- la decisión de rechazar la nulidad que tiene el mismo fundamento de la excepción previa propuesta no desconoce el derecho del accionante 991
- multa a entidad por falta de fundamento de la impugnación presentada (artículo 74 Num. 2º Código de Procedimiento Civil) 889
- se está ante una falta de lealtad procesal cuando se acude a la tutela para reclamar la enmienda de situaciones que pueden solucionarse con la oportuna utilización de los instrumentos existentes al interior del proceso, circunstancia que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el peticionario es un profesional del derecho 941

o AGENCIA OFICIOSA

- carece de legitimación para presentar acción de tutela, en calidad de agente oficioso, el defensor de oficio designado a quien ha sido declarado reo ausente 941

C

o COMPETENCIA A PREVENCIÓN

- la competencia por el factor territorial debe establecerse por el lugar donde, según las afirmaciones de la respectiva demanda, se

producen los efectos de la actuación u omisión que se acusan, y que regularmente coincide con el sitio donde el peticionario se desenvuelve en forma cotidiana, sin que para ello interese dónde tenga su domicilio el accionado (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991) 832

◦ CONFLICTO DE COMPETENCIA

- la competencia por el factor territorial debe establecerse por el lugar donde, según las afirmaciones de la respectiva demanda, se producen los efectos de la actuación u omisión que se acusan, y que regularmente coincide con el sitio donde el peticionario se desenvuelve en forma cotidiana, sin que para ello interese dónde tenga su domicilio el accionado (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991) 832

◦ CONTRATO DE SEGURO

- no es posible aplicar al contrato de seguro los razonamientos de la doctrina constitucional en torno a los contratos de medicina prepagada para obtener la orden de tratamiento para atender preexistencias 998

D

◦ DEBIDO PROCESO

- Cuando ya se ha definido el asunto objeto de controversia, sería ineficaz la orden de tutela tendiente a ordenar a la autoridad accionada el pronunciamiento sobre una nulidad procesal 927
- la negativa del juzgado accionado a permitir por parte de personas extrañas al proceso el examen de expedientes cuando se encuentre pendiente alguna notificación que deba hacerse personalmente a una parte o su apoderado, no es una decisión producto del capricho o arbitrariedad del funcionario accionado 1003
- no es caprichosa o voluntariosa la interpretación legal según la cual ante un pacto arbitral las partes no puede acudir a la jurisdicción ordinaria 843
- No es procedente la acción de tutela que versa sobre vicios sustanciales o de fondo. Es indiscutible que frente a dos posturas

valederas, ello por sí elimina, en el plano constitucional, la existencia de una vía de hecho judicial, razón por la cual el juez de tutela no puede tomar partido por una u otra, pues al dirigirse el debate a un punto netamente legal, ello corresponde hacerlo a la autoridad judicial competente, como en efecto se hizo 927

- no vulnera el derecho la decisión del juez que ante el cese de actividades de empleados oficiales dispone que ese día no corren términos en el Juzgado y se abstiene de adelantar las diligencias programadas 895

o DEBIDO PROCESO ADUANERO

- Para evitar fraudes o conductas ficticias de parte del usuario aduanero, en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984 se fijó un término para que la mercancía fuera recepcionada en puerto extranjero. La DIAN desconoció el derecho del usuario accionante cuando al cumplirse los términos del artículo 281 hizo efectiva la caución por no haberse aportado el documento que demostraba este hecho 973

o DEBIDO PROCESO CIVIL

- la decisión de rechazar la nulidad que tiene el mismo fundamento de la excepción previa propuesta no desconoce el derecho del accionante 991
- la mención del sentido de la decisión en las listas de notificación por estado no desconocer derechos del accionante 982
- no vulnera el derecho la providencia que cita a alegatos de conclusión a pesar de no haberse practicado la totalidad de las pruebas decretadas cuando el vencimiento del término probatorio es ostensible y las partes no han solicitado la ampliación del mismo. Las pruebas aportadas con posterioridad a la sentencia pueden ser valoradas por el juez de segunda instancia (artículo 183 Código de Procedimiento Civil) 809
- Vulnera el derecho al debido proceso el juzgado que con base en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil niega la expedición de copias de los oficios solicitados por personas que no se han constituido como terceros en el proceso 911

- vulnera el derecho el juez al disponer que el pago de impuestos sufragados por el adjudicatario debe efectuarse con el excedente de la enajenación forzada, una vez descontado el valor del crédito y las costas 916

o DEBIDO PROCESO DE FAMILIA

- cuando la licencia otorgada al padre para vender bienes del menor feneció en los términos del artículo 653 del Código de Procedimiento Civil, la realización de la subasta exige la obtención de una nueva licencia judicial que en el presente caso no existió, por tanto, el juez accionado carecía de competencia para enajenar el inmueble hasta tanto no se aportara la mencionada autorización 950
- La decisión de afectar las prestaciones extralegales del accionante tiene respaldo en el artículo 153 del Código del Menor. No se está ante una providencia que desconozca el derecho del accionante 987
- la medida provisional que impide la salida del país al demandado en proceso ejecutivo de alimentos es una interpretación normativa del juez que corresponde a un enfoque hermenéutico integral de los artículos 148, 22 y 350 del Decreto Ley 2737 de 1989. La tutela no es procedente además, porque no aparece prueba concluyente del grave menoscabo en la capacidad económica del accionante 827

o DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION

- las decisiones que se adoptan para determinar la cuantía en el proceso de restitución no configuran vía de hecho si tienen sustento en el numeral 7° del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, independiente de ser o no compartidas por la Sala .. 936

o DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

- incurre en vía de hecho el juez al no examinar a la luz de la legislación que corresponde, si a favor del comprador demandante operó la cesión del respectivo contrato de arrendamiento para que así confluyan en él las calidades de propietario y arrendador necesarias para legitimarse por activa en la causa. En el contrato de arrendamiento allegado con la demanda, no obra la nota de

cesión a favor del demandante, la cual es necesaria como presupuesto para su notificación con exhibición del título, o para su aceptación con un acto que la suponga como el pago de la renta al cesionario 957

◦ DEBIDO PROCESO DE TUTELA

- carece de legitimación para presentar acción de tutela en calidad de agente oficioso el defensor de oficio designado a quien ha sido declarado reo ausente 941
- improcedencia del recurso de revisión en tutela 971

◦ DEBIDO PROCESO EJECUTIVO

- vulnera el derecho la providencia donde a pesar de existir acuerdo entre las partes, se condiciona la entrega de dineros embargados con los cuales se espera solucionar en parte las sumas cobradas, a la notificación del mandamiento de pago, a la existencia de sentencia y de liquidación del crédito 853

◦ DEBIDO PROCESO EN REGISTRO INMOBILIARIO

- no desconoce el Registrador el derecho del cónyuge, que adelanta proceso de separación de bienes en donde no se ha proferido sentencia que disponga la liquidación de la sociedad, cuando levanta el registro de las medidas cautelares allí ordenadas para inscribir el embargo decretado en un proceso ejecutivo 920

◦ DEBIDO PROCESO PENAL

- vulnera el derecho el juez que omite pronunciarse sobre petición elevada por terceros. El pronunciamiento que efectúe el accionado debe ser en el proceso, no puede entenderse satisfecha la solicitud con la presentación de informe al juez de tutela 964

◦ DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE SANO

- El juez de tutela no puede ordenar la demolición de la obra porque además de carecer de elementos de juicio suficientes para evaluar la situación, las autoridades especializadas no fueron citadas al proceso y una decisión en tal sentido implicaría una invasión en la competencia de las entidades administrativas regionales 859

Fág.

- Se dispone la suspensión de las obras de canalización que se adelantan en predio de particular ya que afectan el medio ambiente por contaminar el cauce natural de quebrada que, aunque nace en aquel, surte de agua a predios aledaños..... 859
- o DERECHO A LA EDUCACION
 - el derecho a la educación especial del menor con discapacidad sico motriz debe ser satisfecho en primer término por la familia y subsidiariamente, esto es, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado. La negativa de la EPS a prestar el servicio no desconoce los derechos fundamentales del menor 878
 - vulnera el derecho la entidad que niega la expedición de certificados de cursos por ella impartidos, cuando se trate de aquellos que no tienen establecida legalmente la exigencia de certificado de idoneidad para ejercer el oficio sobre el cual capacitan 899
- o DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO
 - el calificativo de 'piratas' que se le da a eventos organizados por fuera del control de la entidad departamental competente, si bien no es el más apropiado y por ende merece reproche, no corresponde a una conducta ilegal que vulnere algún derecho de los organizadores sino constituye una advertencia a las personas interesadas para que conozcan con exactitud el ámbito de acción y las repercusiones de los certámenes en tal forma organizados por el accionante 848
 - vulnera el derecho la entidad que niega la expedición de certificados de cursos por ella impartidos, cuando se trate de aquellos que no tienen establecida legalmente la exigencia de certificado de idoneidad para ejercer el oficio sobre el cual capacitan 899
- o DERECHO A LA SALUD
 - no es posible aplicar al contrato de seguro los razonamientos de la doctrina constitucional en torno a los contratos de medicina prepagada para obtener la orden de tratamiento para atender preexistencias 998

◦ DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL

- 1. La calidad de propietario de un establecimiento de comercio no es suficiente por sí solo para demostrar la solvencia económica de la afiliada y así comprometerla a asumir parte de los costos de su tratamiento 1013
- 2. El juez de tutela al reconocer la falta de recursos económicos del accionante debe incluir en la decisión lo relativo a los costos ya atendidos por la accionante los cuales deben también ser atendidos por la EPS. Entidad que cuenta con la posibilidad de solicitar el reembolso al Estado - Ministerio de Salud y obtenerlo dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro 1013
- el derecho a educación especial del menor con discapacidad sicomotriz debe ser satisfecho en primer término por la familia y subsidiariamente, esto es, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado. La negativa de la EPS a prestar el servicio no desconoce los derechos fundamentales del menor 878
- No es procedente la acción de tutela para obtener la orden de practicar una cirugía que según los médicos expertos coloca en riesgo la existencia del accionante 884
- para establecer la procedencia de la pretensión de suministro de medicamentos debe efectuarse un análisis, tanto médico como jurídico, del cual se desprenda que la negativa a otorgarlos afecta de manera inminente el derecho a la vida del paciente 835

◦ DERECHO AL BUEN NOMBRE

- el calificativo 'piratas' que se le da a eventos organizados por fuera del control de la entidad departamental competente, si bien no es el más apropiado y por ende merece reproche, no corresponde a una conducta ilegal que vulnere algún derecho de los organizadores sino constituye una advertencia a las personas in-

- teresadas para que conozcan con exactitud el ámbito de acción y las repercusiones de los certámenes en tal forma organizados por el accionante 848
- la mención del sentido de la decisión en las listas de notificación por estado no desconocer derechos del accionante 982
- o DERECHO AL TRABAJO
 - el calificativo de 'piratas' que se le da a eventos organizados por fuera del control de la entidad departamental competente, si bien no es el más apropiado y por ende merece reproche, no corresponde a una conducta ilegal que vulnere algún derecho de los organizadores sino constituye una advertencia a las personas interesadas para que conozcan con exactitud el ámbito de acción y las repercusiones de los certámenes en tal forma organizados por el accionante 848
- o DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA
 - vulnera el derecho el juez que omite pronunciarse sobre petición elevada por terceros. El pronunciamiento que efectúe el accionado debe ser en el proceso, no puede entenderse satisfecha la solicitud con la presentación de informe al juez de tutela 964
- o DERECHO DE PETICION
 - No puede emplearse el derecho de petición como medio sustitutivo de las vías ordinarias para obtener pruebas que versan sobre hechos objeto de controversia entre las partes 1022
 - vulnera el derecho el juez que omite pronunciarse sobre petición elevada por terceros. El pronunciamiento que efectúe el accionado debe ser en el proceso, no puede entenderse satisfecha la solicitud con la presentación de informe al juez de tutela 964
- o DERECHO DE PETICION DE CERTIFICACIONES
 - a través del mecanismo establecido en el artículo 21 de la ley 57 de 1985 habrá de ser calificada la petición por el Tribunal Contencioso Administrativo, autoridad que debe decidir en única ins-

tancia si se acepta total o parcialmente la solicitud de certificar sobre los procesos en que se designaron curadores ad litem en el Juzgado accionado..... 1003

◦ DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS

- la acción de tutela es procedente cuando se esté frente a concretas y verdaderas amenazas a derechos fundamentales que de manera injustificada no han sido atendidas por las autoridades competentes, sin que ello conlleve un entrometimiento en cuestiones o funciones propias de aquellas 817

◦ DERECHOS DEL MENOR

- cuando la licencia otorgada al padre para vender bienes del menor fenece en los términos del artículo 653 del Código de Procedimiento Civil, la realización de la subasta exige la obtención de una nueva licencia judicial que en el presente caso no existió, por tanto, el juez accionado carecía de competencia para enajenar el inmueble hasta tanto no se aportara la mencionada autorización 950

◦ DERECHOS DEL MENOR ADICTO

- vulnera el derecho la entidad departamental que niega tratamiento de rehabilitación al menor con el argumento de la inexistencia en el departamento de programas institucionales dirigidos al adolescente adicto 871

◦ DILIGENCIA DE REMATE

- vulnera el derecho el juez al disponer que el pago de impuestos sufragados por el adjudicatario debe efectuarse con el excedente de la enajenación forzada, una vez descontado el valor del crédito y las costas 916

◦ DILIGENCIAS JUDICIALES

- no vulnera el derecho la decisión del juez que ante el cese de actividades de empleados oficiales dispone que ese día no corren términos en el Juzgado y se abstiene de adelantar las diligencias programadas 895

E

o EPS

- 1. La calidad de propietario de un establecimiento de comercio no es suficiente por si solo para demostrar la solvencia económica de la afiliada y así comprometerla a asumir parte de los costos de su tratamiento 1013
- 2. El juez de tutela al reconocer la falta de recursos económicos del accionante debe incluir en la decisión lo relativo a los costos ya atendidos por la accionante los cuales deben también ser atendidos por la EPS. Entidad que cuenta con la posibilidad de solicitar el reembolso al Estado - Ministerio de Salud y obtenerlo dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro 1013
- el derecho a educación especial del menor con discapacidad sico motriz debe ser satisfecho en primer término por la familia y subsidiariamente, esto es, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado. La negativa de la EPS a prestar el servicio no desconoce los derechos fundamentales del menor 878
- la acción de tutela no es procedente para obtener el reembolso de dineros cancelados por afiliados o beneficiarios de la entidad 822
- Si el accionante ha dejado de cotizar después de la desvinculación laboral, la EPS no tiene obligación de atenderlo, por no estar reunidos los requisitos de afiliación. Como no está de por medio la vida del accionante, éste puede afiliarse al sistema de salud del régimen subsidiado para, a través de éste, obtener los correspondientes servicios, sin que, se evidencie el desconocimiento de algún derecho fundamental del actor 1022

I

o IMPUGNACION

- multa a entidad por falta de fundamento de la impugnación presentada (artículo 74 Num. 2º Código de Procedimiento Civil) 889

P

o PACTO ARBITRAL

- no es caprichosa o voluntariosa la Interpretación legal según la cual ante un pacto arbitral las partes no puede acudir a la jurisdicción ordinaria 843

R

o REGIMEN PRESTACIONAL

- La negativa a pagar incapacidades por enfermedades no profesionales tiene respaldo en el artículo 10° del decreto 1848 de 1969, normatividad que no ha sido derogada, ni modificada por disposiciones posteriores 1008

S

o SEGURIDAD SOCIAL

- 1. La calidad de propietario de un establecimiento de comercio no es suficiente por sí solo para demostrar la solvencia económica de la afiliada y así comprometerla a asumir parte de los costos de su tratamiento 1013
- 2. El juez de tutela al reconocer la falla de recursos económicos del accionante debe incluir en la decisión lo relativo a los costos ya atendidos por la accionante los cuales deben también ser atendidos por la EPS. Entidad que cuenta con la posibilidad de solicitar el reembolso al Estado - Ministerio de Salud y obtenerlo dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro 1013
- para establecer la procedencia de la pretensión de suministro de medicamentos debe efectuarse un análisis, tanto médico como jurídico, del cual se desprenda que la negativa a otorgarlos afecta de manera inminente el derecho a la vida del paciente 835
- Si el accionante ha dejado de cotizar después de la desvinculación laboral, la EPS no tiene obligación de atenderlo, por no estar reunidos los requisitos de afiliación. Como no está de por medio la vida del accionante, éste puede afiliarse al sistema de salud del

régimen subsidiado para, a través de éste obtener los correspondientes servicios, sin que, se evidencie el desconocimiento de algún derecho fundamental del actor 1027

o SENTENCIA DE TUTELA

- El juez de tutela no puede ordenar la demolición de la obra porque además de carecer de elementos de juicio suficientes para evaluar la situación, las autoridades especializadas no fueron citadas al proceso y una decisión en tal sentido implicaría una invasión en la competencia de las entidades administrativas regionales 859

- Se dispone la suspensión de las obras de canalización que se adelantan en predio de particular ya que afectan el medio ambiente por continuar el cauce natural de quebrada que, aunque nace en aquel, surte de agua a predios aledaños. 859

o SERVICIO PUBLICO

- la acción de tutela por regla general no procede frente a las actuaciones relacionadas con la instalación, suspensión y reinstalación de servicios públicos, por no involucrar comúnmente derechos fundamentales 906

T

o TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

- Cuando ya se ha definido el asunto objeto de controversia, sería ineficaz la orden de tutela tendiente a ordenar a la autoridad accionada el pronunciamiento sobre una nulidad procesal 927

- No es procedente la acción de tutela que versa sobre vicios sustanciales o de fondo. Es indiscutible que frente a dos posturas válidas, ello por sí elimina, en el plano constitucional, la existencia de una vía de hecho judicial, razón por la cual el juez de tutela no puede tomar partido por una u otra, pues al dirigirse el debate a un punto netamente legal, ello corresponde hacerlo a la autoridad judicial competente, como en efecto se hizo 927

INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS

Pág.

DEBIDO PROCESO CIVIL: no vulnera el derecho la providencia que cita a alegatos de conclusión a pesar de no haberse practicado la totalidad de las pruebas decretadas cuando el vencimiento del término probatorio es ostensible y las partes no han solicitado la ampliación del mismo. Las pruebas aportadas con posterioridad a la sentencia pueden ser valoradas por el juez de segunda instancia (artículo 183 Código de Procedimiento Civil)

Aunque al proferirse el auto mediante el cual se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión aun no se había practicado la totalidad de las pruebas decretadas «[...] también lo es que el vencimiento ostensible del término probatorio del proceso, aunado a la ausencia de solicitud de ampliación del mismo, en ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 184 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, compelia a la juez accionada a disponer sin tardanza el trámite subsiguiente, que al tenor del precepto inicialmente citado era dar paso a la etapa de alegaciones finales, como en efecto ocurrió, condiciones en las cuales su proceder no puede tildarse de abusivo, caprichoso o marginado del ordenamiento jurídico, sino que al contrario se aylene con los dictado de la ley.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que dicha determinación no vedaba la ponderación de las pruebas practicadas por comisionado o las documentales solicitadas a otra oficina judicial, que se incorporaron luego del proferimiento de sentencia, pues éstas

podían apreciarse por el juzgador de segundo grado, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 183 in fine del Código de Procedimiento Civil, de haberse impugnado dicho proveimiento mediante el recurso de apelación.» Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: ENERO 21 DE 1999.

Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5743 - Civil 809

DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS: la acción de tutela es procedente cuando se esté frente a concretas y verdaderas amenazas a derechos fundamentales que de manera injustificada no han sido atendidas por las autoridades competentes, sin que ello conlleve un entrometimiento en cuestiones o funciones propias de aquellas.

«Téngase en cuenta que ante la grave situación de orden público que vive el país desde hace varios años, debido a la agudización del conflicto interno y la consecuente propagación de organizaciones armadas al margen de la ley, se ha dado paso a numerosos problemas que con mayor o menor fuerza generan una permanente amenaza para los derechos de las personas, lo que, entre otras cosas, ha ocasionado el desplazamiento de muchos ciudadanos de un lugar a otro, circunstancias frente a las cuales los entes gubernamentales competentes han procurado tomar, tanto en abstracto como en concreto, las medidas que dentro de sus funciones y la legalidad han considerado en aras de la estabilización y la consecución de la tranquilidad y el sosiego general.

Ahora bien si por esos problemas de orden público se dan eventos de concretas y verdaderas amenazas para derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la vida, que de manera injustificada no sean atendidas por las autoridades competentes, la tutela es una herramienta idónea para la protección de los afectados, sin que ello conlleve un entrometimiento en cuestiones o funciones propias de aquellas.

[...]

Si así son las cosas, estuvo acertado el tribunal cuando denegó la petición constitucional, puesto que se muestran razonables las actividades hasta ahora desplegadas por las autoridades compe-

Pag.

tentes, sin perjuicio de que según las necesidades se puedan tomar otras de diversa naturaleza y frente a lo cual, en principio, no puede intervenir el juez de tutela para impartir no se sabe qué tipo de órdenes.» Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: ENERO 22 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5708 - Civil..... 817

EPS: la acción de tutela no es procedente para obtener el reembolso de dineros cancelados por afiliados o beneficiarios de la entidad

La acción de tutela no es procedente para obtener la orden de reembolso de dineros cancelados por los pacientes dentro de procedimientos médico quirúrgicos. Si la EPS se negó a asumir el costo de implementos médicos por considerar que se encontraban excluidos de los contratos que para el efecto suscribieron las partes, se está ante una reclamación de carácter patrimonial y económico, acerca de un presunto incumplimiento del contrato, que puede ser debatido por las vías judiciales ordinarias y no ante una lesión o amenaza a derechos fundamentales. Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: ENERO 25 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5744 - Civil..... 822

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: la medida provisional que impide la salida del país al demandado en proceso ejecutivo de alimentos es una interpretación normativa del juez que corresponde a un enfoque hermenéutico integral de los artículos 148, 22 y 350 del Decreto Ley 2737 de 1989. La tutela no es procedente además, porque no aparece prueba concluyente del grave menoscabo en la capacidad económica del accionante

1. «[...] Si es lo cierto que la aparente claridad semántica de determinada norma de derecho escrita no excluye en absoluto la necesidad de su interpretación jurídica y, teniendo esto por supuesto, se entiende asimismo que de la búsqueda del recto sentido y la genuina finalidad de esa misma norma no le es permitido al intérprete desentenderse, habida consideración que su deber es adelantar siempre esa investigación con un enfoque hermenéutico

integral, fruto de la razonable combinación de elementos gramaticales, históricos, contextuales y lógicos idóneos en orden a demostrar la juridicidad del resultado interpretativo al que se llega, es en verdad difícil en extremo admitir que frente al artículo 148 del Decreto Ley 2737 de 1989 (Código del Menor) leído en armonía con los artículos 22 y 350 numeral 1° de ese mismo cuerpo legal, y no obrando prueba concluyente que ponga en evidencia la verdad de la afirmación según la cual la medida en mención [impedimento al demandado para salir del país], de llevarse a la práctica, implicaría grave menoscabo de la capacidad económica del deudor de alimentos aquí acconante constituya manifiesto disparate, fuente en cuanto tal de una vía de hecho, inquirir por el contenido inmanente y la plena eficacia de una disposición como la contenida en el artículo 148 citado, concluyendo en consecuencia que la providencia cautelar allí prevista por el legislador para tener aplicación en el marco de eventuales apremios procesales por alimentos fijados apenas provisionalmente, con mayor razón habrá de ser procedente si se trata de obtener la satisfacción por medios compulsivos lícitos, en actuaciones judiciales autónomas adelantadas con este propósito, de pretensiones alimentarias definitivas.»

2. "De otra parte cabe resaltar que la decisión del Tribunal adoptada en el fallo impugnado, en el sentido de ordenar el levantamiento de la medida que originó la presente acción es a simple vista inocua, toda vez que tal medida restrictiva es aplicable por ministerio de la ley con la sola información del juez al [...] DAS de la identidad de quienes, siendo demandados en procesos por alimentos en favor de menores, se hayan sustraído sin justa causa al deber de garantizar a cabalidad el cumplimiento de la respectiva obligación alimentaria, siendo suficiente para el efecto la existencia de un aulo que señale alimentos provisionales según dispone en forma por demás categórica el artículo 4° de la ley 311 de 1996." Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: ENERO 26 DE 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5745 - Civil.....

Pág.

COMPETENCIA A PREVENCIÓN, CONFLICTO DE COMPETENCIA: la competencia por el factor territorial debe establecerse por el lugar donde, según las afirmaciones de la respectiva demanda, se producen los efectos de la actuación u omisión que se acusan, y que regularmente coincide con el sitio donde el peticionario se desenvuelve en forma cotidiana, sin que para ello interese dónde tenga su domicilio el accionado. (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991)

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 tiene como finalidad «[...] facilitar al presunto afectado la escogencia del juez que ha de resolver a la mayor brevedad posible sobre la solicitud de protección de los derechos fundamentales por esta vía, y bajo cuyo tenor claramente expresado, la competencia por el factor territorial debe establecerse por el lugar donde, según las afirmaciones de la respectiva demanda, adquiere materialidad la violación o amenaza de los derechos en comento, o sea, donde se producen los efectos de la actuación u omisión que se acusan, y que regularmente coincide con el sitio donde el peticionario se desenvuelve en forma cotidiana, sin que para ello interese dónde tenga su domicilio el accionado.» Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Auto. Fecha: ENERO 29 DE 1999. Decisión: Dirime Conflicto. Proceso 5816 - Civil 832

SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: para establecer la procedencia de la pretensión de suministro de medicamentos debe efectuarse un análisis, tanto médico como jurídico, del cual se desprenda que la negativa a otorgarlos afecta de manera inminente el derecho a la vida del paciente

Para establecer la procedencia de la tutela se requiere un examen bifronte desde los puntos de vista médico y jurídico. «La hepatitis C es una enfermedad de tal gravedad que, como lo refiere en su testimonio el Médico Gastroenterólogo Dr. Oscar Alfredo Beltrán, si el paciente no recibe tratamiento adecuado y oportuno, puede desarrollar a largo plazo 'cirrosis hepática y/o cáncer de hígado' Así que «[...] al suspendersele al aquí accionante, el tratamiento que venía recibiendo (Intron A y Rivabirina), cuyos efectos colaterales toleraba en mejor forma a medida que el mismo avanzaba y

Pág.

que, además, había permitido que la carga viral inicial de 9'833.000 copias de VHC, bajara a 515.000 en 15 días, como se vio, para luego continuarlo con el medicamento Heberon Alfa-R el que fuera calificado por el hepatólogo Dr. Rafael Claudino Botero como sin soporte científico suficiente y de consecuencias impredecibles, la entidad accionada conculcó el derecho a la salud y, por contera, el de la vida del paciente.» Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: FEBRERO 02 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5750 - Civil 835

DEBIDO PROCESO, PACTO ARBITRAL: no es caprichosa o voluntaria la interpretación legal según la cual ante un pacto arbitral las partes no puede acudir a la jurisdicción ordinaria

«[...] La Sala accionada para tomar la decisión que se ataca, fundamentó su posición en el hecho de que el arbitraje privado a diferencia de lo que ocurre en los procesos jurisdiccionales comunes, es una institución cuyo fundamento implica obligatoriedad para quienes de ella se sirven, y que las partes, al decidir acogerse a este mecanismo, no tienen absoluta libertad para acudir a la jurisdicción ordinaria, sino que por principio y en virtud del pacto arbitral, quedan bajo la imposición de recurrir al arbitraje, como lo señala el artículo 2° del decreto 2279 de 1989.

Como se observa, el Tribunal accionado elaboró una teoría que desarrolló y que le sirvió de fundamento para proferir su decisión, con apoyo en una interpretación que realizó de las normas aplicables y de la jurisprudencia que consideró del caso, la que al no mostrarse como caprichosa o voluntaria impide que pueda ser abordada por el Juez de tutela.» Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: FEBRERO 02 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5783 - Civil ... 843

DERECHO AL BUEN NOMBRE, DERECHO AL TRABAJO, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: el calificativo de 'piratas' que se le da a eventos organizados por fuera del control de la entidad departamental competente, si bien no es el más apropiado y

Pág.

por ende merece reproche, no corresponde a una conducta ilegal que vulnere algún derecho de los organizadores sino constituye una advertencia a las personas interesadas para que conozcan con exactitud el ámbito de acción y las repercusiones de los certámenes en tal forma organizados por el accionante

1. «No puede catalogarse como expresión de un ataque ilegal contra la reputación, la fama o el buen nombre de quien es aquí accionante, toda vez que allí se da cuenta de una realidad consistente en que los campeonatos de voleibol organizados por esa persona se celebran por fuera del control de la organización departamental adscrita al sistema nacional de deporte regulado por la ley 181 de 1995, luego el calificativo de 'piratas' que se le da a dichos eventos, si bien no es el más apropiado y por ende merece reproche, encierra, más que una limitante al trabajo o a la libertad para escoger profesión u oficio o un acto de imputación difamatoria de conductas particulares en cuya divulgación no exista interés social, una advertencia a las distintas empresas y clubes de la región participantes, promotores o patrocinadores en los señalados campeonatos para que conozcan con exactitud el ámbito de acción y las repercusiones de los certámenes en tal forma organizados por el accionante.

[...]

2. aunque la actividad deportiva en mención puede ser ejercida por cualquier persona, es el propio Estado, dentro de marco que la ley fija [ley 181 de 1995 capítulo II] el que determina la forma en que aquella se organiza y regula, por lo que sería importante que las partes en conflicto llegaran a un punto de acuerdo que permita a unas y otras en este caso, sin necesidad de acudir a comunicados de la índole del que motivó la queja que a esta actuación le dio vida, cumplir sus aspiraciones y llevar a la práctica sus iniciativas de manera tal que no se llegue a perjudicar el deporte en el orden departamental o municipal.» Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: FEBRERO 02 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5804 - Civil

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: vulnera el derecho la providencia donde a pesar de existir acuerdo entre las partes, se condiciona la entrega de dineros embargados con los cuales se espera solucionar en parte las sumas cobradas, a la notificación del mandamiento de pago, a la existencia de sentencia y de liquidación del crédito

«Las razones que en su momento esgrimió el funcionario judicial accionado para rehusar la entrega de dineros embargados a la sociedad ejecutada, al ente acreedor, con el fin específico de solucionar en parte las sumas cobradas, como fueron la ausencia de notificación del mandamiento ejecutivo, no haberse proferido sentencia ni haberse liquidado el crédito cobrado, tendrían plena justificación si la entrega de tales dineros correspondiese al a fase del proceso ejecutivo que disciplina el artículo 522 del Código de Procedimiento Civil, en la cual, ningún papel juega la voluntad de pago del deudor y corresponde precisamente a una etapa propia del pago forzado, originado en la resistencia del deudor a la solución de la obligación.

Por el contrario, tales argumentaciones resultan infundadas en la hipótesis suscitada en el asunto que originó el presente trámite, perfilada por la voluntariedad del pago parcial ofrecido por el deudor, con bienes de su patrimonio, admitido por el acreedor, en la cual no encuentran justificación los condicionamientos fijados por el accionado, pues es claro que tanto el pago total de la obligación como los abonos que a ella pretende hacer el deudor, con la venia del acreedor, pueden efectuarse en cualquier estado del proceso, en tanto éste no haya llegado a la fase determinada en el artículo 537 *ejusdem*.» Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: FEBRERO 03 DE 1999.

Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5799 - Civil 853

DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE SANO, SENTENCIA DE TUTELA: 1. Se dispone la suspensión de las obras de canalización que se adelantan en predio de particular ya que afectan el medio ambiente por contaminar el cauce natural de quebrada que, aunque nace en aquel, surte de agua a predios aledaños. 2. El juez de tutela no puede ordenar la demolición de la obra porque además de carecer de elementos de juicio suficientes para evaluar la situación, las autoridades es-

pecializadas no fueron citadas al proceso y una decisión en tal sentido implicaría una invasión en la competencia de las entidades administrativas regionales

«[...] aparece claro que por acción unilateral del accionado se ha producido la afectación al medio ambiente sano, y como consecuencia de ello se ha afectado a los demandantes y a otros moradores, de una parte, en la supresión de la posibilidad de aprovecharse de las aguas, incluso para el consumo humano, derecho este concreto que impide su disfrute y que es independiente de la existencia de acueducto de Bogotá y de la titularidad que se tenga sobre los predios. Y de la otra, porque con aquel deterioro de las aguas represadas por el accionado, también se amenaza la salud de las personas y animales que empleen sus aguas contaminadas, lo cual no deja de serlo por la preclusión penal, pues, como ahora se repite, tal riesgo de contaminación y deterioro de la salud fue generado o, por lo menos incrementado, por el represamiento de aguas atribuida y reconocida por el accionado. A todo lo cual se le agrega el temor de los vecinos, incluyendo a los accionantes, por la estabilidad de las construcciones.

[...]

3. Siendo así las cosas [...] se hace pertinente dar protección a tales derechos, mediante la orden al accionado de que suspenda las obras, actividades y comportamientos que están arriesgando la salud de los accionantes, dando inmediato traslado a las autoridades administrativas competentes, como son la Alcaldía Municipal de la Calera y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, para, de acuerdo con su competencia, [...] [adoptar] las medidas que estimen legalmente pertinentes. [...] No comparte la Sala la conclusión del Tribunal en el sentido de que la medida de amparo sea la de ordenar la demolición de la obra [...] puesto que, además de no ser cierto que las autoridades administrativas no hayan intervenido en el asunto, no puede el juez de tutela sustituirlas, ni interferir en su actuación, tanto más cuanto la acción de tutela no va dirigida contra ellos. [...] La intervención de dichas autoridades resulta más necesaria, en este caso,

Pág.

no solo por su especialidad y mayor posibilidad de elementos de juicio para evaluar la situación, sino también porque de ellos en este momento tampoco dispone el Juez de tutela.» Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Planetta. Sentencia. Fecha: FEBRERO 03 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Proceso 5809 - Civil 859

DERECHOS DEL MENOR ADICTO: vulnera el derecho la entidad departamental que niega tratamiento de rehabilitación al menor con el argumento de la inexistencia en el departamento de programas institucionales dirigidos al adolescente adicto.

Cuando el Estado no asume, o cumple ilícitamente con la protección debida lesiona o amenaza el derecho que tiene el menor a su rehabilitación, esto es, el derecho que tiene el menor adicto a restablecer las posibilidades de un desarrollo armónico y acertado. El amparo no solo es imperativo sino urgente, porque el mero transcurso del tiempo conduce a que este menor se agrave y resulte mas difícil o ineficaz el tratamiento de rehabilitación.

Es inaceptable el argumento que niega la protección con base en que no existen programas institucionales de rehabilitación de jóvenes fármaco dependientes, porque «[...] dado el principio de materialidad que orienta dicha protección en los menores, es el propio Estado quien debe encargarse que ella se cumpla para que se haga efectivo, disponiendo lo concerniente para ello. [...]» Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Planetta. Sentencia. Fecha: FEBRERO 03 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela.

Proceso 5830 - Civil 871

EPS, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, DERECHO A LA EDUCACION: el derecho a educación especial del menor con discapacidad sico motriz debe ser satisfecho en primer término por la familia y subsidiariamente, esto es, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado. La negativa de la EPS a prestar el servicio no desconoce los derechos fundamentales del menor.

«[...] Es indiscutible que en cabeza de la menor representada por la actora existe el derecho a que se le otorgue la educación o reha-

Pág.

bilitación necesaria para poder tener el mayor desarrollo posible de sus facultades y afrontar de la mejor manera la vida con sus limitaciones (discapacidad sico motriz), pero ese derecho no puede hacerse valer frente a la EPS accionada, pues ésta solo está constreñida a prestar los servicios de salud dentro del marco señalado por las normas que regulan su actividad u objeto social, que no se extiende a la educación integral, sino a la salud y a la educación o instrucción indispensable para el manejo de la enfermedad y sus consecuencias, tal como se contempla en el POS [...].

El derecho a la rehabilitación [...] a través de una institución especial, debe ser satisfecho, en primer término, por la familia, pues ésta como núcleo fundamental de la sociedad tiene el deber prioritario de atender obligaciones de este tipo en relación con sus miembros (artículos 42, 44 y 57 Constitución Política); y, subsidiariamente, esto es, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado, conforme a lo [...] explicado. Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: FEBRERO 08 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5775 - Civil 878

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: No es procedente la acción de tutela para obtener la orden de practicar una cirugía que según los médicos expertos coloca en riesgo la existencia del accionante.

Apreciados en conjunto los testimonios y la historia clínica del enfermo, colige la Corte que es imposible llevar a cabo la cirugía que pretende el accionante por cuanto su práctica, por el compromiso que existe de órganos y funciones vitales, implicaría un alto riesgo de poner fin a su existencia. Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: FEBRERO 08 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Proceso 5777 - Civil 884

IMPUGNACION, ACTUACION TEMERARIA: multa a entidad por falta de fundamento de la impugnación presentada (artículo 74 Num 2º Código de Procedimiento Civil)

Pág.

Ante la falta de soporte de la impugnación de la entidad demandada por estar demostrado que el actor cuenta con el número de semanas requeridas por el decreto 806 de 1998 y que la EPS ya ofició a la Gerencia de la Clínica con el objeto de que le presten atención médica hospitalaria, «resulta manifiesta la falta de fundamento del recurso presentado, según el numeral 2° del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil por lo que de conformidad con el artículo 4° del decreto 306 de 1992, que señala que para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela se aplicarán los principios generales del código de procedimiento civil, se impondrá al accionado la multa prevista en el inciso 2° del artículo 73 del mismo estatuto.» Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: FEBRERO 08 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Condena. Proceso 5801 - CMI

889

DILIGENCIAS JUDICIALES, DEBIDO PROCESO: no vulnera el derecho la decisión del juez que ante el cese de actividades de empleados oficiales dispone que ese día no corren términos en el Juzgado y se abstiene de adelantar las diligencias programadas

Las diligencias judiciales, sean de remate o cualesquiera otras, no se cumplen automáticamente, como al parecer lo cree el peticionario. No basta que en la fecha indicada las oficinas se encuentren abiertas al público pues a más de la presencia del juez requiere de su actividad tendiente a la realización del acto, lo que implica la apertura de la diligencia con la consecuente posibilidad que tendrán los interesados para intervenir en ella. En el presente caso, carece de fundamento la acción porque la posición omisiva asumida por la juez frente a la diligencia, en la medida en que determinó que ese día no corrían términos, tiene como respaldo la comprobación de que en mayor o menor grado el acceso del público a sus oficinas hallábase restringido y que los virtuales postores tenían inconvenientes para acceder a la entidad bancaria donde podrían consignar la suma de dinero por las jornadas de protesta que en ella se adelantaban. Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: FEBRERO 08 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5822 - Civil ...

895

DERECHO A LA EDUCACION, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: vulnera el derecho la entidad que niega la expedición de certificados de cursos por ella impartidos, cuando se trate de aquellos que no tienen establecida legalmente la exigencia de certificado de idoneidad para ejercer el oficio sobre el cual capacitan.

«[...] Mientras el ordenamiento jurídico no exija certificado de idoneidad para acreditar la capacitación y el ejercicio de un oficio determinado, no puede reclamarse tal exigencia, ni mucho menos para colocarla como condición del derecho a una educación general, ni a su acreditación.»

No encuentra la Sala justificación para que el SENA niegue la expedición de certificado que acredite a los accionantes que aprobaron un curso ofrecido por la entidad. De una parte, porque de tratarse de una educación general no existe razón alguna para que se abstenga de dar la certificación correspondiente a los cursos y conclusión académica adelantados por sus alumnos, con la denominación del programa educativo ofrecido ya que ello no contradice la realidad académica de los solicitantes.

De otra, porque aún tratándose de capacitación para una actividad que no está reconocida legalmente como oficio en el país, tampoco hay ley que exija la expedición de certificado para su reconocimiento o ejercicio. Luego, si ello es así, es porque en tal aspecto opera el principio de la libertad para su reconocimiento y ejercicio, lo que, por consiguiente, no impide la expedición de certificados académicos. Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Pianetta. Sentencia. Fecha: FEBRERO 08 DE 1999. Decisión:

Confirma. Concede Tutela. Proceso 5860 - Civil 899

SERVICIO PUBLICO: la acción de tutela por regla general no procede frente a las actuaciones relacionadas con la instalación, suspensión y reinstalación de servicios públicos, por no involucrar comúnmente derechos fundamentales

La doctrina expuesta por la Sala en caso anterior «[...] dejó claramente sentado que la acción de tutela no procede, en general, frente a las actuaciones relacionadas con la instalación, suspen-

sión y reinstalación de servicios públicos, ya que, por un lado, comúnmente los derechos allí involucrados son derivados de una relación contractual; y por el otro, frente a tales cuestiones existen mecanismos de defensa en la vía gubernativa y a través de las acciones judiciales pertinentes. No obstante, por excepción puede otorgarse la tutela como mecanismo transitorio, es decir, mientras el interesado acude a la vía judicial correspondiente, cuando las actuaciones de las empresas de servicios públicos amenazan o quebrantan un derecho fundamental, como la vida o la salud, de manera ilegítima, y el afectado corre el peligro de sufrir un daño irreparable en tan caros atributos. [...]

Desde luego que lo anterior no obsta para que el actor, si considera que el comportamiento de la accionada en torno a la instalación de una segunda acometida de agua en su predio fue abusivo o ilegal, y le causó perjuicios, pueda promover independientemente las acciones judiciales necesarias con miras a que se declare esa responsabilidad, aspectos que son ajenos al resorte funcional del juez de tutela, por cuanto la competencia de éste se circunscribe a remover las acciones u omisiones que pongan en peligro o vulneren los derechos de orden superior, pero no alcanza para remediar disputas de linaje contractual o extracontractual propias de la vida cotidiana.» Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: FEBRERO 16 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5840 - Civil 906

DEBIDO PROCESO CIVIL: Vulnera el derecho al debido proceso el juzgado que con base en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil niega la expedición de copias de los oficios solicitados por personas que no se han constituido como terceros en el proceso

Vulnera el derecho al debido proceso el juzgado que con base en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil niega la expedición de copias de los oficios solicitados por personas que no se habían constituido como terceros en el proceso. Esta restricción contraria a la ley, configura vía de hecho, habida cuenta que si bien el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil permite a

'terceros' obtener la expedición de copias con observancia de las reglas que dicho precepto consagra, el artículo 132 de la misma codificación categóricamente dispone en su inciso final, que 'cualquier interesado' podrá pedir que se repita el oficio de cancelación de medidas cautelares. «Este precepto claro y explícito en su alcance, ha sido desconocido por el despacho accionado, generando así un claro desconocimiento del derecho de los accionantes a obtener tutela judicial efectiva de sus intereses legítimos inherentes al cumplimiento de la orden judicial de reducción de embargos.» La Corte ordena al juez accionado enviar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos copia de los oficios que ordenaron levantar las medidas cautelares que pesaban sobre los inmuebles a que se hace alusión en esta actuación. Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: FEBRERO 16 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5849 - Civil 911

DILIGENCIA DE REMATE, DEBIDO PROCESO CIVIL: vulnera el derecho el juez al disponer que el pago de impuestos sufragados por el adjudicatario debe efectuarse con el excedente de la enajenación forzada, una vez descontado el valor del crédito y las costas

«[...] Se muestra caprichoso y arbitrario el razonar de la funcionaria accionada en el comentado aulo de 21 de julio de 1998, pues no podía ella, con ignorancia de las normas atrás invocadas, y apoyándose exclusivamente en el numeral 7° del artículo 530 de la ley de enjuiciamiento civil, desconocer la obligación que, como representante del vendedor (ejecutado), tenía de sanear la cosa vendida en favor del comprador (rematante) y, de otro lado, deducir, como lo hizo, que del precio de la enajenación forzada correspondía cancelarse primero el valor del crédito y las costas y del remanente, en el supuesto de quedar, pagarse el monto de los impuestos sufragados por el adjudicatario de los automotores por ella subastados.» La Corte ordena dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a cuando se le entere de la determinación al funcionario judicial, que éste adopte las medidas necesarias para

reintegrar al accionante los dineros que pagó por concepto de impuesto de los bienes adjudicados. Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: FEBRERO 18 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5834 - Civil 916

DEBIDO PROCESO EN REGISTRO INMOBILIARIO: no desconoce el Registrador el derecho del cónyuge, que adelanta proceso de separación de bienes en donde no se ha proferido sentencia que disponga la liquidación de la sociedad, cuando levanta el registro de las medidas cautelares allí ordenadas para inscribir el embargo decretado en un proceso ejecutivo

"[...] Mientras no se registre la sentencia que ordene la liquidación de la sociedad conyugal, el embargo de los bienes que se encuentren en cabeza de alguno de los cónyuges y que tengan la calidad de gananciales, decretado en los procesos especificados en el [...] artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, entre ellos, el de separación de bienes, no obsta el perfeccionamiento de la cautela decretada en un proceso ejecutivo. [...]"

Los cónyuges se tendrán como separados de bienes y, por ende, disfrutarán de plena capacidad dispositiva de sus haberes, sin que sea posible inferir, como lo hace la peticionaria, que por tener una cosa el carácter de ganancial deba considerarse, aún antes de la disolución de la sociedad conyugal, como de propiedad común de los esposos. [...]"

En este orden, la cancelación del registro de la medida cautelar ordenada en el proceso de separación ante el decreto de similar medida en un proceso ejecutivo laboral no desconoce el derecho de la accionante. Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: FEBRERO 19 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5903 - Civil..... 920

DEBIDO PROCESO, TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO: 1. Cuando ya se ha definido el asunto objeto de controversia, sería ineficaz la orden de tutela tendiente a ordenar a la autoridad accionada el pronunciamiento sobre una nulidad procesal. 2. No es procedente la acción de tutela que versa sobre vicios sustanciales o de fondo. Es indiscutible que frente a dos posturas valederas, ello por sí elimina, en el plano consti-

tucional, la existencia de una vía de hecho judicial, razón por la cual el juez de tutela no puede tomar partido por una u otra, pues al dirigirse el debate a un punto netamente legal, ello corresponde hacerlo a la autoridad judicial competente, como en efecto se hizo

1. «Si, en principio, la tutela se utilizó para que se ordenara a los árbitros emitir un pronunciamiento sobre la nulidad absoluta, aún aceptando en gracia de discusión que se incurrió en error in procedendo al desconocerse el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, resulta bien claro que frente a la definición material del punto objeto de controversia, sin consideración al lugar donde se hizo el análisis correspondiente, cualquier amparo que se brindara para ese mismo efecto resultaría ineficaz, vano o inútil. [...]

2. Al no quedar el menor asomo de duda que el amparo solicitado lo es en relación con el «vicio o defecto sustancial o de fondo advertido» en una decisión judicial, como lo es laudo arbitral, debe decirse que la tutela no faculta a los jueces del ramo a invadir competencias de otras autoridades judiciales, por cuanto si ello acaeciera, no sólo se desnaturalizaría su objeto preciso y directo, cual es la defensa de los derechos fundamentales frente a conductas ilegítimas de los agentes del Estado, o de los particulares en los casos expresamente previstos por el legislador, sino que se desconocería los principios de seguridad jurídica [...]

Aún cuando la parte accionante para defender y a la vez atacar la promesa confunde los requisitos esenciales de esta con los del contrato prometido, no se desconoce que el punto neurálgico materia de controversia giró en torno a si los prometiciones vendedores estaban en capacidad de enajenar un determinado número de acciones, pues las prometidas en venta eran 140, mientras para la fecha de perfeccionarse el contrato se habían incrementado en 5600. Sin embargo, el estudio que al respecto se hizo en el capítulo IV del laudo [...], no resulta caprichoso ni arbitrario; al contrario, [...] [es] razonable frente a la interpretación del contexto de la promesa [...] Es indiscutible que frente a dos posturas valederas, ello por sí elimina, en el plano constitucional, la exis-

Pág.

tencia de una vía de hecho judicial, razón por la cual el juez de tutela no puede tomar partido por una u otra, pues al dirigirse el debate a un punto netamente legal, ello corresponde hacerlo a la autoridad judicial competente, como en efecto se hizo.» Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: MARZO 15 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5957 - Civil

927

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: las decisiones que se adoptan para determinar la cuantía en el proceso de restitución no configuran vía de hecho si tienen sustento en el numera 7° del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, independiente de ser o no compartidas por la Sala

«La decisión del juzgado accionado de no conceder el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la sentencia de restitución [...] que es el cimiento de la inconformidad, no entraña una vía de hecho, toda vez que se trata de una determinación fundada en unas razones que, independiente de ser o no compartidas, tienen sustento en la regla 7 del artículo 20 de la codificación procesal civil, según un criterio interpretativo que para nada se muestra caprichoso o arbitrario pues que la primera parte de la norma, en relación con la determinación de la cuantía en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, ha dado lugar a diversas interpretaciones, ya que algunos exponen que para tales efectos debe tenerse en cuenta la renta inicialmente pactada, al paso que otros opinan que debe tomarse la vigente al momento de presentarse la demanda; conclusiones que no pueden sufrir desmejora por la circunstancia de que el canon primariamente señalado en el contrato que sirvió de base a dicho proceso, hubiese sido modificado mediante decisión judicial, ya que de todas maneras el negocio jurídico siguió siendo el mismo.» Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: MARZO 16 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5987 - Civil

936

AGENCIA OFICIOSA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: carece de legitimación para presentar acción de tutela; en calidad de agente oficioso, el defensor de oficio designado a quien ha sido declarado reo ausente/
ACTUACION TEMERARIA: se está ante una falta de lealtad procesal cuando se acude a la tutela para reclamar la enmienda de situaciones que pueden solucionarse con la oportuna utilización de los instrumentos existentes al interior del proceso, circunstancia que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el peticionario es un profesional del derecho

El estado de indefensión que puede surgir de la ausencia del agenciado «[...] debe presentarse como un fenómeno ajeno a la voluntad de quien se dice afectado, porque no es la contumacia lo que trata de superar la norma, sino la imposibilidad de acceder directamente a la administración de justicia, derivada de circunstancias no provocadas u ocasionadas por el presunto afectado. En otras palabras, la ausencia [...] además de aparecer como algo objetivo, no puede estar ligada [...] a la rebeldía, porque esta además de constituir un desprecio de la autoridad del juez, y con ello una deslealtad para con la administración de justicia, implica en la mayoría de los casos un comportamiento de mala fe que en manera alguna se puede patrocinar. [...]

Ahora bien, del hecho de confiarse la defensa de sus intereses a un defensor de oficio no puede inducirse, per se, como pregona el agente oficioso, que el procurado esté imposibilitado para proveerse de una asistencia letrada, o para promover directamente la defensa de sus derechos, pues si bien la intervención del defensor de oficio puede obedecer a la imposibilidad, normalmente deducida de la falta de capacidad económica para contratar los servicios profesionales de un abogado, igualmente puede devenir de la propia voluntad de aquel, de no postular un profesional que lo represente y aún de su rebeldía a comparecer al proceso al cual ha sido formalmente vinculado, circunstancias que por supuesto no presupone, ni descarta su capacidad real de designar un defensor o de ejercer la propia defensa de sus derechos.» Así las cosas, carece de legitimación el defensor de oficio para promover la tutela en nombre de su defendido.

2. «Por disposición del artículo 4° del decreto 306 de 1992, en la acción de tutela resulta aplicables los principios rectores del derecho procesal civil, entre ellos, el llamado principio de moralidad, que impone a los intervinientes en un proceso, entre otros, los deberes de ser veraces en sus afirmaciones y proceder con lealtad y probidad, principio cuya transgresión reprime dicha normatividad con las sanciones previstas en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

Pues bien, en el presente asunto esa lealtad procesal no es la que orienta la actitud del accionante, porque [...] acude la tutela para reclamar la enmienda de situaciones que pueden solucionarse con la oportuna utilización de los instrumentos existentes al interior del proceso [...] la circunstancia anotada adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el peticionario es un profesional del derecho y en tal calidad tiene el deber de conocer tales aspectos.

Por otra parte, solicita el amparo constitucional de los derechos del agenciado esgrimiendo razones carentes de fundabilidad [...] en tanto que la pretendida falta de claridad sólo encarna su disenso con el contenido de dicha decisión, que como bien se sabe, resulta insuficiente para fundar válidamente un proceso de tutela.

En el anterior orden de ideas, la temeridad que caracteriza su proceder además de la reprobación natural que merece, debe ser sancionada [...] Por otra parte, tampoco es leal con la administración de Justicia, el mencionado abogado, cuando acude a la presente acción reservándose los verdaderos motivos de la ausencia de quien dice representar, que como quedó dicho, no son otros que su ocultamiento para evadir los efectos personales del proceso penal que contra él adelantaba la Fiscalía.» Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: MARZO 16 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Condena. Proceso 3010 - Civil

DERECHOS DEL MENOR, DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: cuando la licencia otorgada al padre para vender bienes del menor fenece en los términos del artículo 653 del Código de Procedimiento Civil, la realiza-

ción de la subasta exige la obtención de una nueva licencia judicial que en el presente caso no existió, por tanto, el juez accionado carecía de competencia para enajenar el inmueble hasta tanto no se aportara la mencionada autorización

Si el padre en desarrollo de la patria potestad demanda y obtiene el otorgamiento de licencia para vender bienes del hijo menor de edad, la enajenación en pública subasta, no engendra por sí, acciones que puedan tildarse de ilegítimas. No era obligatorio para el juez del conocimiento disponer la vinculación a ningún título de la madre del menor propietario del inmueble objeto de la venta solicitada.

Tampoco la irregularidad en el aviso que invitaba al remate, cuando omite la identificación del bien, es procedente plantearla en tutela pues para su enderezamiento el numeral 2º del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil señala el camino de la nulidad del remate.

Finalmente, la realización de la subasta del bien, cuando la licencia otorgada ya había fenecido en los términos del artículo 653 del Código de Procedimiento Civil, exigía la obtención de una nueva licencia judicial que no existió, por tanto, el juez accionado carecía de competencia para enajenar el inmueble hasta tanto no se aportara la mencionada autorización. En este orden forzoso es colegir que el remate se erige como un acto arbitrario y caprichoso por lo que la Sala accede a la petición de tutela y deja sin efecto las actuaciones adelantadas por el juzgado accionado y ordena la adopción de medidas necesarias para que las cosas retornen al estado en que se encontraban.

Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: MARZO 24 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5998 - Civil 950

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO: incurre en vía de hecho el juez al no examinar a la luz de la legislación que corresponde, si a favor del comprador demandante operó la cesión del respectivo contrato de arrendamiento para que así confluyan en él las calidades de propietario y arrendador necesarias para

legitimarse por activa en la causa. En el contrato de arrendamiento allegado con la demanda, no obra la nota de cesión a favor del demandante, la cual es necesaria como presupuesto para su notificación con exhibición del título, o para su aceptación con un acto que la suponga como el pago de la renta al cesionario.

Se incurrió en vía de hecho pues pretendiéndose la restitución de un local destinado exclusivamente al funcionamiento de un establecimiento de comercio por quien lo compró a su dueño, el juez no examinó ni dilucidó en ellas, a la luz de la legislación que correspondía, si a favor del comprador demandante operó la cesión del respectivo contrato de arrendamiento, para que así confluyeran en él las calidades de propietario y arrendador necesarias, por supuesto, para legitimarse por activa en la causa.

En el contrato de arrendamiento allegado con la demanda, no obra la nota de cesión a favor del demandante, la cual es necesaria como presupuesto para su notificación con exhibición del título, o para su aceptación con un acto que la suponga como lo sería el pago de la renta al cesionario, según las normas que gobiernan la materia. En efecto, tal como lo imperan los artículos 888, 894 del Código de Comercio y 691 del Código Civil si bien la cesión del contrato por parte del arrendador está aceptada anteladamente por el arrendatario, «[...] dicho traspaso no aparece consignado en el respectivo documento, formalidad que, como se viera, debe cumplirse en las convenciones de tracto sucesivo de naturaleza mercantil, amén de la notificación consiguiente, salvo que antes de efectuarse esta, el inquilino se dé por enterado de la cesión y la acepte con un acto [...]» como el pago de la renta, lo que no se vislumbra del expediente en donde se alegó como causal de terminación del arrendamiento su mora, a tanto que el locatario la consignó a favor de quien venía ejerciendo como arrendadora.

«Así las cosas, no se aprecia en la providencia cuestionada, el análisis que el asunto requería, como tampoco que la decisión allí contenida se hubiere fundado en criterios objetivos, racionales, responsables y serios, enseñoreándose así la vía de hecho. [...]».

Pág.

Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: MARZO 25 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5985 - Civil 957

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, DERECHO DE PETICION: vulnera el derecho el juez que omite pronunciarse sobre petición elevada por terceros. El pronunciamiento que efectúe el accionado debe ser en el proceso, no puede entenderse satisfecha la solicitud con la presentación de informe al juez de tutela

Se incurre en vía de hecho «[...] cuando la autoridad judicial penal, sin expedir por escrito y oportunamente decisión motivada alguna, se abstiene de facto o injustificadamente a dar trámite a la solicitud directa o incidental formulada por quienes aducen la calidad de terceros de buena fe, ya que con ello, además de vulnerar el derecho de petición que en este evento se le concede en dicho trámite penal, se le impide el acceso a la administración de justicia y se le hace nugatorio o ineficaz su derecho de defensa directo o a través de los recursos (artículos 23, 29, 229 de la Constitución Política)

«Ahora, como quiera que esta omisión de decisión escrita no queda ni puede darse por subsanada por la comunicación verbal de la secretaría judicial, ni tampoco con el contenido del informe rendido para esta tutela, donde suministra los argumentos de dicha abstención, pues esa no es la forma, ni el lugar y oportunidad para hacerlo a fin de satisfacer aquellos derechos, se impone entonces proceder al amparo de dicha garantía a obtener el interesado una decisión, sin que con ello quede asegurada su favorabilidad.»

Magistrado Ponente Doctor Pedro Lafont Planetta. Sentencia. Fecha: ABRIL 09 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 6082 - Civil 964

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: improcedencia del recurso de revisión en tutela

Los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, reglamentarios del mecanismo excepcional, no contemplan en ninguno de sus textos el recurso extraordinario de revisión, dejándolo excluido del procedimiento propio de esta acción, no siendo válido invocar para su procedencia, las normas de integración o de aplicación supletoria o analógica, que solo proceden ante vacíos dejados por el procedimiento especial.

Magistrado Ponente Doctor Jorge Santos Ballesteros. Auto. Fecha: ABRIL 20 DE 1999. Decisión: Rechaza Recurso de Revisión. Proceso 6166 - Civil

971

DEBIDO PROCESO ADUANERO: Para evitar fraudes o conductas ficticias de parte del usuario aduanero, en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984 se fijó un término para que la mercancía fuera recepcionada en puerto extranjero. La DIAN desconoció el derecho del usuario accionante cuando al cumplirse los términos del artículo 281 hizo efectiva la caución por no haberse aportado el documento que demostraba este hecho; sin tener en cuenta que, la mercancía no sólo ya había arribado a puerto extranjero sino que el aporte del certificado pertinente, por provenir de un tercero, no dependía de su exclusiva voluntad.

El artículo 281 del Decreto 2666 de 1984 fija un término de preclusión pasado el cual la administración podrá hacer efectiva la caución prestada. Esta disposición se estableció para evitar fraudes o conductas ficticias de parte del usuario aduanero al hacer coercible el reembarque de la mercancía. «Por eso, como la certeza del cumplimiento no la brinda el simple hecho de la remisión de la mercancía, lo que se exige probar no es esto, sino la recepción en puerto extranjero, porque así es como queda indemne el orden aduanero interno. La demostración de este último hecho trae como implicaciones, la eficacia de la norma, por la no ocurrencia del fraude y la resolución de la caución o póliza de cumplimiento. Cualquier decisión contraria, como la que es objeto de denuncia mediante esta tutela, desconoce la verdad, privilegia los procedimientos formales, secundariza los derechos fundamentales y excluye criterios de dinámica probatoria que abogan

por un delicado equilibrio de la carga habida consideración de la posibilidad y facilidad probatoria.

De otro lado, el problema es de pura razonabilidad, pues no tiene lógica aplicar friamente un plazo cuando la actividad probatoria que en él debe cumplir el usuario, no depende de su exclusiva voluntad, por cuanto la demostración del hecho objeto de controversia depende de la expedición de un documento (generalmente), por parte de un tercero, cuya voluntad no está a discreción del interesado nacional. Esto sin tener en cuenta las distancias y circunstancias de fuerza mayor que igualmente se pueden interponer frente al interés del usuario. [...]

[...] Para verificar la iniquidad en el tratamiento dado por la accionada al usuario, basta verificar que el hecho cuyo cumplimiento se garantizó con el otorgamiento de la póliza, es decir, «la llegada de esa mercancía a país extranjero», tuvo ocurrencia a los dos meses de la autorización del reembarque, o sea, en la mitad del tiempo consagrado por la norma [...]. De modo que desde mucho antes, como se anotó, la norma cobró eficacia y el ordenamiento interno quedó indemne, pues como igualmente se explicó, ella no puede tener fundamento distinto que evitar el fraude. [...]

Se concede la tutela y se ordena a la DIAN examinar en el término de 48 horas, el documento aportado con el fin de probar la llegada de la mercancía al puerto extranjero, y darle a éste los efectos legales pertinentes.

Magistrado Ponente Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: MAYO 04 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 6206 - Civil

973

DERECHO AL BUEN NOMBRE, DEBIDO PROCESO CIVIL: la mención del sentido de la decisión en las listas de notificación por estado no desconoce derechos del accionante

La notificación por estado que incluye información sobre el sentido de la decisión objeto de dicho noticiamiento «[...] no puede considerarse ilegal, porque en el fondo lo que busca es enterar a las partes acerca de la determinación adoptada, sin necesidad de

Pág.

que aquéllas examinen el expediente, seguramente para ahorrar tiempo en la búsqueda del mismo y dedicarlo a otras gestiones judiciales, de las tantas que hoy atafagan la administración de justicia.» No se ve como podría resultar afectado el derecho al buen nombre del peticionario «[...] cuando lo que se dio a conocer mediante la susodicha notificación fue un fallo judicial fundado en hechos cabalmente demostrados y que en nada desdice del buen nombre de aquél, a tanto de consignarse allí que su desvinculación del cargo de secretario del Juzgado [...] obedeció a enfermedad que conllevó inhabilidad sobreviniente para desempeñar empleos en la rama jurisdiccional.» Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: MAYO 31 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 6297 - Civil ... 982

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: La decisión de afectar las prestaciones extralegales del accionante tiene respaldo en el artículo 153 del Código del Menor. No se está ante una providencia que desconozca el derecho del accionante

La decisión de afectar las prestaciones extralegales del accionante tiene respaldo en el artículo 153 del Código del Menor. «Dicha preceptiva, como es fácil advertirlo, se refiere genéricamente a prestaciones sociales, es decir, no hace discriminación en cuanto a las legales y extralegales, por lo que en el punto rige el principio hermenéutico según el cual, donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete (artículo 27 Código Civil).» Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: MAYO 31 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 6304 - Civil 987

DEBIDO PROCESO CIVIL. ACTUACION TEMERARIA: la decisión de rechazar la nulidad que tiene el mismo fundamento de la excepción previa propuesta no desconoce el derecho del accionante

«[...] Si la indebida tramitación del proceso fue alegada como excepción previa, no podía, con posterioridad a cuando tal forma de defensa fue resuelta de manera negativa, intentarse con ese mis-

mo argumento la nulidad el litigio, pues ello está prohibido por el inciso 4º del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, que en esos casos ordena el rechazo de plano de la solicitud de nulidad. [...] Actuar en tal forma implica someter a la decisión del juez por dos veces una misma cuestión, lo que riñe con las reglas generales del derecho procesal.»

La Corte considera que la actuación intentada tendiente a obtener la nulidad de la actuación es temeraria, por tanto, conforme las previsiones de los casos 1º y 3º del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, adiciona la sentencia para sancionar, en forma solidaria, al accionante y a su apoderado, con multa. Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: MAYO 31 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Condena. Proceso 6353 - Civil 991

DERECHO A LA SALUD, CONTRATO DE SEGURO: no es posible aplicar al contrato de seguro los razonamientos de la doctrina constitucional en torno a los contratos de medicina prepagada para obtener la orden de tratamiento para atender preexistencias.

«[...] La compañía de seguros accionada es un particular cuya actividad consiste en asegurar riesgos a través de los respectivos contratos de seguro, mas no la prestación del servicio público de salud, [...] el negocio jurídico que la accionante invoca como base de sus aspiraciones es precisamente un contrato de la indicada calidad, [al que] [...] no le son aplicables los [...] razonamientos de la doctrina constitucional en torno a los contratos de medicina prepagada, pues éstos se celebran con empresas que, de acuerdo con las normas correspondientes, si tienen a su cargo la prestación del servicio público en mención; de donde surge que desde un punto de vista constitucional no luce como injustificada o arbitraria, la negativa de la entidad accionada a autorizar que por cuenta suya se practique a la accionante la intervención quirúrgica que ésta dice es la indicada para sus actuales padecimientos, pues según el informe que se rindió para estas diligencias, esa decisión tiene fundamento en una preexistencia contemplada en el respectivo contrato de seguro, que, insistese, no es de medi-

cina prepagada, por manera que por este ángulo es claramente improcedente esta acción de tutela.»

Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: JUNIO 01 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 6338 - Civil 998

DEBIDO PROCESO: la negativa del juzgado accionado a permitir por parte de personas extrañas al proceso el examen de expedientes cuando se encuentre pendiente alguna notificación que deba hacerse personalmente a una parte o su apoderado, no es una decisión producto del capricho o arbitrariedad del funcionario accionado/ DERECHO DE PETICION DE CERTIFICACIONES: a través del mecanismo establecido en el artículo 21 de la ley 57 de 1985 habrá de ser calificada la petición por el Tribunal Contencioso Administrativo, autoridad que debe decidir en única instancia si se acepta total o parcialmente la solicitud de certificar sobre los procesos en que se designaron curadores ad litem en el juzgado accionado

1. «[...] la negativa del juzgado accionado a permitir por parte de personas extrañas al proceso el examen de expedientes cuando se encuentre pendiente alguna notificación que deba hacerse personalmente a una parte o su apoderado, no es una decisión producto del capricho o arbitrariedad del funcionario accionado de manera que pueda equipararse a una vía de hecho, pues obedece a la aplicación del artículo 127 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto no da lugar a la interpretación por la que propugna el accionante, pues por simple lógica no puede aceptarse que los expedientes sean reservados para las partes o sus apoderados y que en cambio no tengan tal condición para terceros ajenos al proceso [...].»

2. La negativa a atender la solicitud de expedir certificaciones y copia de los autos en donde se nombraron curadores ad litem durante el año 1998 se fundó en motivos atendibles. Además, a través del mecanismo establecido en el artículo 21 de la ley 57 de 1985 habrá de ser calificada la petición por el Tribunal Contencioso Administrativo, autoridad que debe decidir en única instancia si se acepta total o parcialmente la solicitud o si se deniega.

Pág.

Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: JUNIO 01 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 6362 - Civil

1003

REGIMEN PRESTACIONAL: La negativa a pagar incapacidades por enfermedades no profesionales tiene respaldo en el artículo 10° del decreto 1848 de 1969, normatividad que no ha sido derogada, ni modificada por disposiciones posteriores.

El decreto 2148 de 1992 no derogó el artículo 10° del decreto 1848 de 1969, norma en que se fundó la Superintendencia para no acceder al pago de las incapacidades para laborar por enfermedad no profesional. El decreto de 1992 no contiene norma que se ocupe de la materia tratada en la indicada disposición del decreto 1848 ni tampoco en su artículo 42 se produjo una revocatoria expresa del decreto.

Finalmente, no puede aceptarse que la resolución 4901 de 1996 expedida por el Presidente del ISS tenga primacía sobre el decreto 1848. Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: JUNIO 04 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 6364 - Civil

1008

SEGURIDAD SOCIAL. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, EPS: 1. La calidad de propietario de un establecimiento de comercio no es suficiente por sí solo para demostrar la solvencia económica de la afiliada y así comprometerla a asumir parte de los costos de su tratamiento.

2. El juez de tutela al reconocer la falta de recursos económicos del accionante debe incluir en la decisión lo relativo a los costos ya atendidos por la accionante los cuales deben también ser atendidos por la EPS. Entidad que cuenta con la posibilidad de solicitar el reembolso al Estado - Ministerio de Salud y obtenerlo dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro.

1. El documento que certifica que el accionante es propietario de un establecimiento de comercio no es suficiente por sí solo o al menos resulta equívoco para acreditar la solvencia económica de

la afiliada y, por ende, para contrarrestar la eficacia probatoria que en sentido contrario introduce la prueba testimonial recaudada.

2. El entendimiento dado a este caso de tutela por el Tribunal no deja de ser una visión restringida de la cuestión, y por eso al abrirse paso a la enmienda que desde la perspectiva legal amerita el asunto, no puede dejar de ser tema complementario a la misma por su obligada correlación e inseparable identidad con ella, el de los costos del tratamiento ya atendidos por la accionante, pues si la carencia de recursos es real y fue puesta a consideración del juez constitucional sin oposición del accionado, o finalmente demostrada con prueba testimonial, no parecería justo ni quedaría integralmente resuelta la litis, si la protección brindada en el fallo de tutela omitiera determinar que esos gastos deben ser asumidos también por la accionada, porque de no ser así con el pretexto de quedar ello por fuera del alcance de la tutela. La omisión en la decisión así generada fuera de que crearía una escisión del tema decidendum, dejaría de reconocer que el pago parcial hecho en esas circunstancias no puede ser demostrativo de holgura económica alguna, y así mismo negaría la condición de ser humano de quien, ante la inminencia de su muerte, agota cualquier recurso económico para obtener un salvamento de vida.

3. La EPS tiene derecho a obtener del Estado - Ministerio de Salud - el reembolso de esos dineros en la proporción que conforme el POS no eran de su cargo, lo que deberá hacer el Ministerio dentro de los 45 días siguientes a cuando se le presente la respectiva cuenta de cobro. Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: JUNIO 15 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 6389 - Civil..... 1013

DERECHO DE PETICION: No puede emplearse el derecho de petición como medio sustitutivo de las vías ordinarias para obtener pruebas que versan sobre hechos objeto de controversia entre las partes

«Aceptar la procedibilidad del amparo constitucional para casos como este, implica admitir también que este mecanismo protec-

Pág.

tor de los derechos básicos, que solo es procedente cuando no hay otro medio de defensa judicial, es igualmente viable para la obtención de pruebas que por versar sobre hechos objeto de discusión o controversia entre las partes, solo deben ser obtenidas por las vías ordinarias, donde el poder de documentación del juez competente garantice los principios de la audiencia bilateral y el debido proceso.» Magistrado Ponente Doctor Rafael Romero Sierra. Sentencia. Fecha: JUNIO 16 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 6437 - Civil 1022

SEGURIDAD SOCIAL, EPS: Si el accionante ha dejado de cotizar después de la desvinculación laboral, la EPS no tiene obligación de atenderlo, por no estar reunidos los requisitos de afiliación. Como no está de por medio la vida del accionante, éste puede afiliarse al sistema de salud del régimen subsidiado para, a través de éste, obtener los correspondientes servicios, sin que, se evidencie el desconocimiento de algún derecho fundamental del actor.

El derecho de una persona a exigir de una EPS la prestación de los servicios que integran el POS en el régimen contributivo depende, en primer lugar, de estar ella afiliada al sistema y; en segundo término, de que tanto el empleador como el afiliado mismo, en el caso de trabajadores dependientes, paguen al sistema de seguridad social en salud los aportes que les corresponde, pues de no ser así se suspende la afiliación «después de un mes de no pago de cotización...» (artículo 57, Decreto 806 de 1998).

La desvinculación laboral del accionante, condujo a su desafiliación al ISS, por tanto, no se cumplen las condiciones necesarias para que pueda afirmarse que está radicado en su cabeza el derecho para que el Instituto querellado le preste los servicios.

Lo idóneo en este caso es entender que corresponde al actor afiliarse al Sistema de Salud del régimen subsidiado y que sea a través de éste que obtenga los correspondientes servicios en salud.

Magistrado Ponente Doctor Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: JUNIO 17 DE 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 6435 - Civil 1027

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE
«GALETA JUDICIAL - SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA - TUTELAS
PRIMER SEMESTRE DE 1999»
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN DICIEMBRE DE 2000

INVENTA ET LITTERAE