

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NÚMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1955
REGISTRADO PARA CURSO TRIP DE PORTADA EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA
TUTELAS

TOMO CCLXI

SEGUNDO SEMESTRE 1999

NUMERO 2500

VOLUMEN III

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL
ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLXI - NUMERO 2500

SEGUNDO SEMESTRE DE 1999

SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA
TUTELAS

VOLUMEN III

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

- IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA -

ISSN 1657 - 2157

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1999

SALA PLENA

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

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor *Jorge Antonio Castillo Rugeles - Presidente*
Lina Maria Torres González - Secretaria
Del 16 de julio a 31 de diciembre de 1999
Roberto Peñuela Alonso
Del 1 a 15 de julio de 1999
Secretarios

MAGISTRADOS

Doctores *Jorge Antonio Castillo Rugeles*
Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Hasta 07-07-99
Silvio Fernando Trejos Bueno, Desde 08-07-99
José Fernando Ramírez Gómez
Pedro Laford Piancita, Hasta 07-07-99
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Desde 08-07-99
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra, Hasta 07-07-99
Manuel Ardila Velásquez, Desde 08-07-99
Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores *José Roberto Herrera Vergara - Presidente*
Laura Margarita Munoz G. - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Rafael Méndez Arango*
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio, Hasta 07-07-99
Luis Gonzalo Toro Correa, Desde 08-07-99
Germán Gonzalo Valdés Sánchez
Ramón Zúñiga Valverde, Hasta 30-06-99
Armando Albaracín Carreño, Desde 01-07 hasta 30-08-99
Carlos Isaac Náder, Desde 01-08-99
Fernando Vásquez Botero

SALA DE CASACION PENAL

Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego - Presidente*
Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Ricardo Calvele Rangel, Hasta 07-07-99*
Gulomar Jiménez Muñoz, Desde 08-07-99
Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Desde 14-07-99
Nilson Elias Pinilla Pórtilla
Fernando Enrique Arboleda Ripoll
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Mario Martínez Norqués
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Edgar Lombana Trujillo
Carlos Augusto Gálvez Argote
Jorge Aníbal Gómez Gallego

RELATORES

Doctoras *Liliana Polanía Alvarez*
Sala de Casación Civil y Agraria
Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala de Casación Laboral
Ayda Lucy López de Graldo
Sala de Casación Penal
Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tulcias

NOTA: El material correspondiente a la presente Gaceta fue presentado a la Imprenta Nacional de Colombia en el mes de julio de 2000, siendo Relatora de la Sala de Casación Civil y Agraria la doctora Lucy Stella Vásquez Sarmiento.

ACCIONES DE TUTELAS

SEGURIDAD SOCIAL: Cuotas moderadoras. La exigencia del pago de cuotas moderadoras como condición para autorizar un tratamiento médico no desconoce los derechos fundamentales del afiliado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Santafé de Bogotá D. C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros

Ref.: Expediente No. 6543.

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, de fecha 31 de mayo de 1999 que concedió parcialmente la tutela promovida por la señora Alba Idensa Collazos, contra el Instituto De Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca.

ANTECEDENTES

1. - En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado la señora Alba Idensa Collazos, interpone acción de tutela contra el Instituto De Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, por considerar que el accionado al no dar respuesta a su solicitud del 16 de septiembre de 1998, en la que solicita autorización para la realización de un examen de laparoscopia diagnóstica, vulnera sus derechos fundamentales de petición, a la salud y a la seguridad social.

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

a) Manifiesta la accionante que en su calidad de afiliada al Instituto de Seguros Sociales, con historia clínica 41769860, en ejercicio del derecho de petición presentó el 13 de agosto y 16 de septiembre de 1998, escritos en los que solicitaba autorización para la práctica de una laparoscopia diagnóstica urgente recomendada por el Dr. Marcos Castillo, ginecólogo obstetra del Hospital Universitario la Samaritana.

b) Señala que el 8 de septiembre de 1998 el Seguro Social por intermedio del Gerente de la EPS, le informó que su petición del 13 de agosto de

1998 relacionada con el procedimiento requerido se encontraba autorizada bajo el número 34736.000 y registro presupuestal 678.02702, para realizarse en el Hospital de la Samaritana.

c) Expresa que su petición no registra como fecha el 18 de agosto sino el 12, y, que el radicado 34736.000 y registro presupuestal 678.02702 corresponden a una autorización de Endoscopia de Colón que le fue realizada a principios de 1998, con lo que se deduce que su solicitud de práctica de laparoscopia se encuentra sin resolver.

3. - Considera que la actitud del Instituto de Seguros Sociales vulnera sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y salud, y solicita que dentro de las 48 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, el accionado ordene la práctica del examen de laparoscopia diagnóstica.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

El Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca, por intermedio de su Gerente solicita desestimar la tutela, y para el efecto en oficio dirigido al Tribunal expresa que el amparo no es procedente, pues versa sobre un derecho legal de seguridad social en salud y no infringe directamente ningún derecho constitucional.

Expresa el accionado que el empleador del accionante se encuentra en mora en el pago de los aportes, por lo que, de acuerdo con el artículo 209 de la ley 100 de 1993, la EPS queda relevada del deber de atender prestaciones de salud, siendo aquél quien debe asumir los costos.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal concede el amparo en relación con el derecho de petición, pues considera que se encuentra demostrado que el Instituto de Seguros Sociales, hasta la fecha de interposición de la tutela, no ha dado respuesta a la petición presentada el 21 de septiembre, por lo que ordena, que en el término de 48 horas el accionado por intermedio de quien corresponda resuelva la solicitud objeto de tutela.

En cuanto a la presunta vulneración al derecho a la salud y a la seguridad social, el a quo deniega el amparo, pues considera que del supuesto fáctico en que se finca el amparo, no emanaría que de la conducta omisiva del accionado, se ponga en inminente peligro la vida de la accionante.

LA IMPUGNACION

La accionante dentro del término legal impugna la decisión del Tribunal relacionada con la negativa a conceder el amparo por el derecho a la salud, y señala que tal como se demuestra con la historia clínica que adjunta, desde antes de 1992 padece de inflamación pélvica exacerbada,

que de prolongarse pone en inminente peligro su vida, con lo que se desvirtúa la falta de conexidad entre la actitud del ISS y sus derechos alegados.

CUMPLIMIENTO DEL FALLO

El Instituto de Seguros Sociales, en cumplimiento del fallo proferido por el Tribunal, en oficio 3210 del 4 de junio de 1999 dirigido a la accionante, responde la petición presentada el 21 del mismo mes de septiembre de 1998, y le solicita a la accionante allegar a la Oficina Jurídica de la Gerencia de la EPS, las constancias de pago de los meses de septiembre de 1996, junio y diciembre de 1997 y lo que va transcurrido de 1999, para citarla a cita médica y expedirle la remisión correspondiente al examen solicitado (folios 29).

CONSIDERACIONES

Como reiteradamente lo ha manifestado esta Corporación, la acción de tutela cónsagrada 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..

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se duele la accionante que el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca, le vulneró sus derechos constitucionales fundamentales de petición, a la seguridad social y a la salud, al no responder su solicitud del 21 de septiembre de 1998, en la que solicita la realización de un examen de laparoscopia, recomendado por su médico tratante.

En lo relacionado con el derecho de petición, comparte la Sala la decisión del Tribunal, pues solamente como producto del fallo de tutela, el accionado en comunicación 3210 del 4 de junio de 1999 respondió la petición de la accionante, indicándole que una vez allegara a la Oficina Jurídica de la Gerencia de la EPS, las constancias de pago de los meses de septiembre de 1996, junio y diciembre de 1997 y lo que va transcurrido de 1999, ordenaría la remisión para la realización del examen correspondiente.

En cuanto a la presunta falta de conexidad que alega la accionante entre la respuesta del accionado con su derecho a la vida, se aprecia que el Instituto de Seguros Sociales en la respuesta dada a Alba Idensa Collazos, precisa los requisitos que ésta debe cumplir para satisfacer sus

pretensiones, relacionados con el examen de laparoscopia, situación que desvirtúa cualquier presunta vulneración del derecho fundamental a la salud y a la seguridad social, considerada como un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, siempre y cuando los usuarios observen los reglamentos exigidos por la legislación en seguridad social referentes al cumplimiento de las normas, especialmente lo relacionado con el pago de las cuotas.

Por consiguiente, por las consideraciones expuestas, 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 impugnado.

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, Rafael Romero Sierra, Jorge Santos Ballesteros.

VALORACION PROBATORIA: La vía de hecho puede estructurarse en materia probatoria cuando el juez omite la valoración parcial o total de los elementos de convicción que incidan de manera directa en su decisión

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

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref.: Expediente No. 6558

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia de 1º de junio del año en curso, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual se denegó la acción de tutela instaurada por Hermes Leyva Ardila, en frente del Juzgado 2º Promiscuo de Familia de El Espinal (Tolima).

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, el accionante solicita la protección de los derechos fundamentales de los niños y al debido proceso, supuestamente vulnerados por el mencionado órgano judicial.

2. La petición se sustenta en los hechos que cabe compendiar así:

2.1 En el mes de abril de 1991 inició vida marital con Petra Corrales Vásquez, fruto de la cual nació Mónica Alejandra Leyva Corrales.

2.2 Dicha relación perduró hasta el mes de mayo de 1994, fecha en que su compañera abandonó el hogar para irse a convivir con Gilbert Galeano.

2.3 Con mediación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, logró que la señora Corrales Vásquez aceptara reanudar la convivencia, lo que se hizo efectivo a partir del 23 de junio de 1994.

2.4 El 3 de diciembre de 1995, la nombrada señora abandonó nuevamente el hogar que le ofreció con el ánimo de darle un ambiente sano y estable a la hija común, lo cual demuestra su inestabilidad emocional y la

falta de madurez necesarias para tener derecho al cuidado personal de la menor.

2.5 El 14 de agosto de 1997 instauró demanda pretendiendo la custodia y cuidado personal de su hija, aportándose al proceso pruebas que no fueron apreciadas, tales como la evaluación psicológica rendida por la especialista Teresa de Jesús Bastidas Peña; los testimonios extraprocesales de Luis Alberto Alfonso Barco, Guillermo Carrillo Murillo y Leonardo Rojas Rojas; la declaración rendida por la menor Mónica Alejandra; certificaciones expedidas por el Jardín Infantil "Picardías" y el Liceo "María José"; informes policiales sobre el incumplimiento de la reglamentación de visitas, etc., pues mediante sentencia de 23 de mayo de 1997, el Juzgado accionado dispuso que la custodia y cuidado personal de la niña fuera ejercida conjuntamente por los dos padres, es decir, los días ordinarios por la progenitora, mientras que los fines de semana la tendría el padre.

2.6 La situación así definida varió porque la madre de la menor se trasladó a vivir, subrepticiamente, a la ciudad de Armenia, conducta que puesta en conocimiento del Juzgado determinó la entrega provisional de la niña al accionante.

2.7 El trámite surtido a raíz de los hechos antes mencionados, concluyó con fallo de 26 de marzo de 1999, mediante la cual se ordenó entregarle el cuidado de la menor a la madre, pese a que se había demostrado su inestabilidad psicológica, de trabajo, económica y de "domicilio o residencia".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Previa relación de los antecedentes del asunto, acometió el *a quo* el análisis de rigor, precisando que el amparo contra providencias judiciales sólo procede cuando en ellas se incurre en vías de hecho, esto es, en la medida en que la decisión del funcionario sea el producto de su capricho o arbitrariedad, quebrando así el orden jurídico que está obligado a observar.

Sentado lo anterior descendió al caso planteado, señalando que el cuestionamiento contra la providencia de 26 de marzo de 1999, se centra en que el Juzgado del conocimiento, no obstante disponer que la custodia y cuidado personal de la menor Mónica Alejandra, quedara a cargo de ambos padres, ordenó también que aquélla permaneciera de lunes a viernes, al cuidado de su progenitora, y los fines de semana con su padre.

Examinada tal decisión, continúa diciendo el Tribunal, se aprecia que el juzgador expuso las razones que lo llevaron a adoptarla, a punto que se fundó en las pruebas practicadas, entre ellas los informes sobre el aspecto social rendidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regionales de Armenia y El Espinal.

De suerte que, concluye, la decisión cuestionada no es fruto de la fantasía del fallador y, por ende, mal puede enrostrársele la incursión en vía de hecho. Por lo demás, acota, es criterio jurisprudencial arraigado, el que dentro del contexto de nuestra realidad social y familiar, los niños de tierna edad que aún requieren de los cuidados maternos, permanezcan al cuidado de la progenitora, salvo que la conducta de esta revele un evidente peligro moral o físico para el menor.

Fundado en tales consideraciones, denegó el amparo pretendido.

LA IMPUGNACIÓN Y SUS FUNDAMENTOS

Sostiene el accionante, que el acervo probatorio allegado al expediente evidencia que el derecho cuya protección demanda, fue conculado por el Juez accionado, toda vez que éste no sometió las pruebas aportadas al proceso a una valoración real y objetiva, quebrándose de esa manera el ordenamiento jurídico.

De otra parte, añade, la madre de la menor está siendo investigada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de El Espinal, por fraude a resolución judicial, al no acatar la orden del Juzgado accionado, en el sentido de permitir que su padre permaneciera con ella los fines de semana.

En fin, que la menor cuenta con 8 años de edad y ha manifestado su voluntad de vivir con su progenitor, hecho sobre el cual solicitó su declaración, sin que dicha prueba fuerá practicada, amén de que la conducta de la madre evidencia peligro moral y físico para la niña.

CONSIDERACIONES

Las normas que autorizaban indiscriminadamente la acción de tutela contra providencias judiciales, fueron declaradas inexcusables por la Corte Constitucional mediante sentencia de 1º 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 abierta 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 proceso dentro del cual se profirió la providencia materia de la acción, a punto tal que, por el desconocimiento flagrante del debido proceso o de alguna otra de las garantías constitucionales, resulte conculado uno o varios de los derechos 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 al ordenamiento 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 sacrificándose los derechos sustanciales que deben realizarse en el proceso y, de paso, quebrándose la inexequibilidad declarada por la Corte Constitucional.

2. Ahora bien, la vía de hecho puede estructurarse en materia probatoria cuando el juez omite la valoración parcial o total de los elementos de convicción que incidan de manera directa en su decisión, profiriendo resolución sin tenerlas en cuenta, pues en tal caso se presenta un desequilibrio procesal que necesariamente afectará a alguna de las partes, colocándola en estado de indefensión respecto de la determinación que adopte aquél, pues existiendo pruebas que bien podrían ser esenciales para su causa, resultan ignoradas en el fallo judicial, reforzándose de contra la posición de la contraparte. En circunstancias tales, ha sostenido la jurisprudencia, se presenta un grave quebrantamiento de la imparcialidad del juez que distorsiona el fallo, el cual no proyecta un dictado de justicia sino que, por el contrario, la infringe.

3. En el caso que ocupa la atención de la Corte, la tutela se dirige, como se dijo, contra la sentencia de 26 de marzo de 1999, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda de custodia y cuidado de la menor Mónica Alejandra Leyva Corrales, formulada por el aquí accionante contra Petra Corrales Vásquez, y el auto de 4 de mayo del mismo año por el que se dispuso, en cumplimiento del fallo antes mencionado, la entrega de la niña a su progenitora (fls. 153-173 y 183, c-1).

Examinada la decisión en cuestión, por el aspecto que se reprocha, se aprecia que contiene una fundamentación probatoria y jurídica atendible, infiriendo que ninguno de los padres de la menor se halla inhabilitado legalmente para ejercer su custodia y cuidado personal y, por ende, descartando la posibilidad de que pudiera ser otorgada a los abuelos paternos, como subsidiariamente se pidió en la demanda incoatoria del proceso. Así mismo, que el sexo y la edad de la menor, entre otras circunstancias, aconsejaban que la custodia fuera compartida por sus progenitores, determinando que permaneciera de lunes a viernes con la madre, y los fines de semana con el padre.

Si bien es cierto que dicha providencia no menciona expresamente la prueba testimonial extraprocesal allegada con la demanda, es lo cierto que la misma está referida a la convivencia de la demandada con Gilbert Galcano, como también a que la menor reside con ellos, aspecto sobre el cual se pronunció el Juez del conocimiento, señalando que no obstante hallarse demostrado tal hecho, ello no ameritaba, por sí solo, la pérdida

de la patria potestad ejercida por la madre, en la medida que al producirse la separación de los padres, cada uno tenía la libertad para reorientar su vida, sin que el hecho de convivir con otra persona discreta, constituya un atentado moral para la familia, a punto de que hoy se reconocen algunos derechos al compañero permanente, amén de que legislaciones más avanzadas equiparan tal estado al de casados.

Así mismo, se pronunció sobre la valoración sicológica practicada en el proceso a los padres de la menor, como también a las entrevistas practicadas a aquélla por su despacho, para concluir en la forma como lo hizo, esto es, negando las pretensiones de la demanda y ordenando la entrega de Mónica Alejandra a su progenitora, toda vez que con anterioridad se le había otorgado la custodia provisional al padre demandante.

En otras palabras, los aspectos centrales de la controversia fueron analizados a la luz de las pruebas pertinentes, aplicándose, por contera, las normas legales atinentes al caso.

4. Así las cosas, ha de concluirse que la vía de hecho enrostrada al fallador accionado no tuvo ocurrencia y, por lo mismo, que el amparo suplicado deviene improcedente. Aún más, por subido se tiene que lo decidido en tal clase de sentencias no hace tránsito a cosa juzgada material, de donde si la progenitora incurriera en conducta que amerite la pérdida de la custodia y cuidado de la hija, el asunto podrá replantearse nuevamente.

5. Consecuente con lo discernido, la Corte confirmará el fallo impugnado.

DÉCISIÓN

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 puntuados en la motivación que antecede.

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, Manuel I. Ardila Velásquez, Nicolás Bechuria Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trefos Bueno.

DEBIDO PROCESO POLICIVO: Reposición. Desconoce el derecho al debido proceso el Inspector que concede reposición a la parte que resulta afectada con la providencia que a su vez decidió otro recurso de reposición.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Ref. Expediente No. 6539

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha treinta y uno (31) de mayo del año en curso, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de la cual se negó la tutela solicitada por Julio Eduardo Mejía Franco contra la Secretaría de Tránsito y Transportes de la Alcaldía Municipal de Itagüí.

ANTECEDENTES

Aduce el demandante que la entidad pública nombrada, como sujeto pasivo de la acción de tutela, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de defensa, con ocasión de sus actuaciones en un proceso contravencional por accidente de tránsito que sigue ese despacho dentro del cual concedió una reposición contra una decisión que a su vez resolvió otra reposición, con lo que se agravó su situación en tanto que por esta última fue declarado contraventor. En consecuencia, solicita se ordene a la Inspección de Contravenciones Número Dos, dejar sin efectos la Resolución Nro. 600 del veintiséis (26) de marzo del año en curso, manteniendo como fallo definitivo el proferido mediante la Resolución 577 del veinticuatro (24) de marzo del presente año.

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

1. A raíz de un accidente de tránsito en el que colisionaron dos vehículos, la Inspección de Contravenciones de la Secretaría de Tránsito y Transporte accionada inició el trámite respectivo contra Julio Eduardo Mejía y Gabriel Duque.

2. En tal virtud, dicha entidad proferió la Resolución Nro. 533 el diecisiete (17) de marzo de este año (f.26 c.t.), mediante la cual declaró al primero contraventor y le impuso una sanción equivalente a multa de cinco salarios mínimos legales, y sólo amonestó a la contraparte; decisión esta frente a la cual Mejía interpuso recurso de reposición el cual se resolvió por medio de la Resolución N°. 577 del veinticuatro (24) de marzo siguiente (f.27 ibidem) en la que exoneró al recurrente de responsabilidad por el accidente y mantuvo la amonestación impuesta al otro conductor.

3- De manera inexplicable el despacho accionado concedió el recurso de reposición que interpuso Gabriel Duque Q. contra esta última decisión que debía entenderse como la definitiva y con efectos de cosa juzgada; proceder que fue arbitrario toda vez que limitó el derecho de impugnación únicamente a Duque Q., y que se dictó la Resolución Nro. 600 del veintiséis (26) de marzo pasado (f.29 ibidem) mediante la cual revocó la citada Resolución N°. 577 y acogió las pretensiones del recurrente, agravándose su situación, puesto que mantuvo la original sanción más la declaratoria de contraventor.

4- El ocho (8) de abril del corriente año elevó Mejía derecho de petición (f.30 ibidem) ante el mismo despacho oficial para solicitar la revocatoria directa de esta última decisión, petición que le fue rechazada de plano por acto administrativo del diecinueve (19) de abril del mismo año (f.31 ibidem), el cual le fue notificado de manera extemporánea.

5- Considera que le conculcaron sus derechos a la igualdad y al debido proceso por cuanto el funcionario accionado concedió una reposición contra una reposición, además de haber tomado como único beneficiario del recurso al otro conductor.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal luego de aludir la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales ante su vulneración por la acción u omisión de autoridad pública o de los particulares en los casos permitidos por la ley, después de analizar la jurisprudencia constitucional que considera aplicable al caso y el informe rendido por el funcionario accionado, niega por improcedente el amparo invocado por cuanto de las actuaciones objeto de crítica no se deduce violación a derecho constitucional alguno.

Estima el fallador que no obra en el expediente prueba fehaciente de que se haya concedido recurso de reposición contra otra reposición, por cuanto lo que de allí resalta es un "antiprocesalismo" del funcionario accionado en el trámite de dichos recursos que indujo a confusión.

Igualmente señala que la Resolución N°. 533 impuso sendas sanciones a las partes del proceso aludido, una consistente en multa y la otra en

una simple amonestación; que el accionante interpuso con éxito recurso de reposición y se le exoneró de la multa, decisión ésta contenida en la Resolución Nro. 577 en la cual se incurrió en la improcedencia de ratificar la sanción impuesta a Duque Q., quien a su vez también estaba legitimado para solicitar la reposición de la resolución Nro. 533, y por lo que al recurrir esta última lo hizo en relación a la parte que a él afectaba exclusivamente. Por ende, el funcionario una vez revocó la Resolución 577 se entiende que solo lo hizo en la parte que al recurrente amonestado perjudica, esto es, lo exoneró de la amonestación.

LA IMPUGNACIÓN

En el escrito respectivo se afirma que el fallo impugnado desatendió la petición del demandante, consistente en dejar sin efectos las Resoluciones números 533 y 600 del año en curso, habida cuenta de la confusión en que incurrió el Tribunal al considerar que él no se perjudicó con la Resolución No. 600, sin reparar que ésta agrava su situación jurídica y personal, por cuanto se le declaró contraventor con las consecuencias que ello conlleva.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1- La garantía que ofrece el derecho fundamental al debido proceso se concreta en el cumplimiento de las formas propias de cada juicio, y no se verá asistida sino por el contrario eliminada o disminuida cuando el juez o funcionario se aparta de ellas de modo arbitrario en detrimento de los derechos de las partes o de los terceros que, ante ese irregular proceder y sin contar con medio de defensa alguno, quedan expuestos a no obtener la declaración judicial o administrativa que corresponde o a perder la posibilidad de hacer efectivos aquellos; sólo en esa medida y en casos excepcionales en los que de todos modos no se desvirtúe la función autónoma que desempeñan en general los jueces o funcionarios cabe invocar la acción de tutela, como remedio único y eficaz para enderezar un despropósito semejante.

2- Es claro que en el caso presente la situación planteada amerita la intervención del juez constitucional a fin de restablecer los derechos conculcados al accionante toda vez que la funcionaria demandada actuando en forma arbitraria y sin motivo que lo justifique, concedió recurso de reposición sobre la Resolución 577/99 que a su turno resolvía el recurso interpuesto contra la Resolución 533/99.

En efecto, la Resolución 533/89 declaró a Julio Eduardo Mejía contraventor imponiéndole una multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos y amonestó al otro conductor Gabriel Duque, decisión frente a la cual solo el primero interpuso recurso de reposición que le fue resuelto mediante la Resolución 577/99 en forma favorable exonerándolo de res-

ponsabilidad y el segundo guardó absoluto silencio, razón por la cual no le era dado por fuera de esta oportunidad interponer su propio recurso.

Por su parte, la funcionaria no debió tramitarlo justamente por improcedente y menos retrotraer la actuación con el fin de revivir, como lo hizo, mediante la Resolución 600/99 la Resolución 533/99 que había sido válidamente repuesta, lo que constituye la vía de hecho que aquí se le endilga y que debe ser objeto de enmienda, por lo que se impone revocar la decisión del Tribunal a quo en cuanto decidió equivocadamente negar el amparo invocado. En su lugar, la Corte dispondrá, en armonía con lo expuesto, que la Inspección de Contravenciones Dos de la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Itagüí deje sin efectos la Resolución 600 del veintiséis de marzo de 1999.

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 treinta y uno (31) de mayo del año en curso proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y en su lugar:

RESUELVE:

Iº) Conceder la tutela deprecada ordenando que en el término de cuarenta y ocho (48) horas la Inspección de Contravenciones Dos de la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Itagüí revoque la Resolución No. 600 del veintiséis de marzo de 1999, proferida dentro del proceso contravencional que allí se adelanta contra Gabriel León Duque Quintero y Julio Eduardo Mejía Franco.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

Jorge Antonio Castillo Ruíz, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechuria Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO FISCAL: No puede replicarse la autonomía del funcionario para interpretar la norma cuando se está frente a una hermenéutica carente de sostén jurídico. El término que establece el artículo 834 del Estatuto Tributario debe contarse a partir del día siguiente a la notificación, no desde el día en que la misma tuvo lugar.

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

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 6542

Decídese la impugnación formulada por la sociedad Inversiones M. Martínez y Cia. S. en C. contra el fallo del 4 de junio 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 la impugnante contra la Jefe de Cobranzas, Subdirección de Impuestos a la Propiedad, de la Dirección de Impuestos Distritales de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. La accionante en mención, a través de Alvaro Eduardo Palacio Arciniegas, quien actúa como agente oficioso de la misma, presentó acción de tutela contra la referida autoridad pública, aduciendo vulneración del derecho al debido proceso. Como restablecimiento pide que se ordene a la accionada resolver el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución 800 de 1999, dictada dentro del proceso de jurisdicción coactiva que allí se adelanta en su contra, radicado con el No. 21100070.

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

a) En el proceso antes referido la accionante propuso unas excepciones que le fueron resueltas en forma adversa a través de la citada Resolución 800 del 1º de marzo del presente año, en la que también se advirtió que solamente procedía interponer el recurso de reposición dentro del

mes siguiente a la notificación; ésta se cumplió con la remisión por correo certificado de una copia de la resolución, el 5 de marzo de 1999.

b) Contra ese acto interpuso el recurso de reposición el 6 de abril siguiente, pero le fue inadmitido por considerarse extemporáneo, decisión que le vulnera el debido proceso por no ser cierta la extemporaneidad, ya que si la notificación se surtió el 5 de marzo, el primer día del término para recurrir fue el 6 de marzo, "...de donde, el último día del término, fue sin duda alguna el 6 de abril de 1999 (fecha en que se interpuso el recurso), pues el primero y el último día de un término de meses, llevan un mismo número en el calendario...", según el artículo 67 del Código Civil.

c) La tutela es procedente porque la decisión de inadmitirle la reposición es un acto de trámite contra el que no procede recurso alguno, ni acción contencioso administrativa, por cuanto se entiende que su control se realiza junto con el acto definitivo, y la Corte Constitucional en la sentencia SU:201/94 expresó que excepcionalmente cabe la tutela como mecanismo definitivo contra un acto de trámite, cuando el mismo define una situación especial o sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecta en la decisión principal y viola un derecho fundamental.

3. El Director Distrital de Impuestos se opone a la queja constitucional alegando que la Resolución 800 fue notificada de acuerdo con el artículo 566 del Estatuto Tributario Nacional, aplicable por remisión del art. 6 del Decreto Distrital 807 de 1993, según el cual la notificación se entiende surtida en la fecha de introducción al correo del respectivo documento, hecho este que en el caso concreto ocurrió el 5 de marzo, como lo acepta la accionante; por eso, ésta debió interponer el recurso dentro del mes siguiente contado "a partir de la notificación", esto es, entre el 5 de marzo y el 5 de abril, pero como lo hizo el 6 de abril, fue extemporánea, debido a que de acuerdo con el artículo 834 del primer ordenamiento en menención la reposición procede "dentro del mes siguiente a su notificación".

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El fallador constitucional *a quo*, luego de aludir a la tutela como mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales y plantear el caso concreto, dice que la notificación por correo prevista en el artículo 566 del Estatuto Tributario se entiende surtida "en la fecha de introducción al correo" de una copia del respectivo acto.

De ahí que, sigue el sentenciador, la entidad querellada entendió e interpretó que "...habiéndose remitido la copia de la Resolución No. 000800 proferida el 1º de marzo de 1999, por el correo del 5 del mismo mes y año, el término para recurrir venció el 5 de abril de 1999, porque ese día venció el mes de que trata del art. 834..." del E. T.; de tal suerte que la inadmisión del recurso se debe a una mera interpretación del art. 566 *Ibidem*, sin

contener una abierta contradicción o violación de la ley, ya que se apoya en la misma norma.

Agrega que la resolución que falla las excepciones dentro del proceso administrativo coactivo puede demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, según lo determina el art. 835 del estatuto en cita, lo que implica que la accionante cuenta con otro medio judicial para subsanar la presunta violación a que se refiere.

Por tales motivos, el tribunal niega la tutela constitucional solicitada.

LA IMPUGNACIÓN

Sin aducir las razones de su inconformidad, la accionante impugnó el fallo antes reseñado.

CONSIDERACIONES

1.. De la actuación obrante en autos, se infiere con facilidad que la decisión que se combate, consistente en inadmitir por extemporáneo el recurso de reposición propuesto contra la Resolución 800 del 1º de marzo de 1999, es arbitraria y violatoria del derecho al debido proceso, en la medida en que si la última providencia en mención fue notificada por correo certificado el 5 de marzo, y el medio de impugnación podía intentarse "dentro del mes siguiente a su notificación" (se resalta), según el artículo 834 del Estatuto Tributario, fue oportuno interponerlo el 6 de abril, ya que ese plazo corrió del 6 de marzo al 6 de abril inclusive, pues la norma en cita es clara en señalar que el mes a que alude es el "siguiente" a la notificación, esto es, que, como luce evidente, no comprende el día en que la misma tuvo lugar.

Stendo así, es patente que la decisión atacada en tutela no tiene asidero normativo alguno, óptica desde la cual se configura la arbitrariedad que abre paso al amparo constitucional, por supuesto que comporta una clara vulneración de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, cuya protección inmediata confió el artículo 86 de la Carta Política al mecanismo preferente y sumario de la tutela.

No cabe replicar a ello que se trata de una mera interpretación que autónomamente corresponde a los funcionarios encargados de adelantar el proceso coactivo fiscal, porque, repítase, se trata de una hermenéutica carente, en su totalidad, de sostén jurídico y, en tal virtud, no es, ni por asomo, razonable.

Y, por último, se equivocó el tribunal al aducir, para denegar la tutela, que la actora cuenta con la acción contencioso administrativa como medio de defensa alternativo, puesto que, con independencia de ello, el punto es que al interesado se le negó dentro del proceso coactivo, sin soporte serio alguno, el acceso al recurso de reposición previsto en la ley precisamente

para impugnar allí mismo el eventual agravio que decisiones como la cuestionada pueden ocasionar. En otras palabras, aquí se busca que se respete el derecho que se tiene de impugnar mediante reposición aquella decisión, lo cual se impidió por una interpretación desafortunada, según se dejó analizado.

2. De esta suerte, resulta imperioso conceder la tutela, por cuya virtud se debe ordenar a la autoridad accionada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a tomar las medidas tendientes para que trámite y decida dicho recurso.

3. Así, no se necesitan más argumentos para revocar el fallo impugnado y en su lugar conceder la tutela en los términos expuestos.

DECISIÓN

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

DISPONE:

1. Conceder la tutela solicitada por la sociedad Inversiones M. Martínez y Cia. S. en C., frente a la Jefatura de Cobranzas, Subdirección de Impuestos a la Propiedad, de la Dirección de Impuestos Distritales de Santafé de Bogotá.

2. En consecuencia, se ordena a la accionada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, proceda a tomar las medidas tendientes para que trámite y decida el recurso de reposición interpuesto por la accionante contra la Resolución 800 del 1º de marzo del presente año.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

EPS, SEGURIDAD SOCIAL: Falta de recursos económicos del paciente. Cuando el afiliado carece de recursos económicos para cubrir incluso la cuota moderadora, si bien es cierto, corresponde a la EPS atender sus requerimientos médicos y asistenciales, el porcentaje que a ella no le corresponde sufragar del valor del tratamiento ordenado debe ser asumido por el Estado colombiano, a través del Ministerio de Salud

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

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simánchez

Ref : Expediente No. 6672

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, por medio del cual se otorgó el amparo constitucional pedido por el señor Manuel Francisco Pacheco contra Saludcoop O.C. EPS.

ANTECEDENTES

1.- Según se extracta de la diligencia cumplida el 11 de mayo del año en curso (fls. 1 a 3, cd. 1), el accionante procura que por vía de tutela se brinde protección a su derecho fundamental a la vida y, consecuentemente, busca que la entidad accionada le practique la "angioplastia transluminal percutanea con posible implantación de stent", que le fue diagnosticada, debiendo ella asumir la totalidad del costo de tal procedimiento.

Para respaldar su queja, en resumen, expone el peticionario: que se encuentra afiliado a la Empresa Promotora de Salud aquí demandada por cuenta de la Cooperativa de Trabajo Asociado de Vías de Córdoba "Coviascor"; que como consecuencia de un dolor agudo en el lado izquierdo de su pecho y después de ser conducido y atendido por urgencias en varios centros de la ciudad de Montería, fue remitido a la Fundación Cardio

Infantil de esta capital, en donde se estableció que es "portador de una enfermedad coronaria de un vaso que le compromete la descendente anterior sin evidencia de trastornos de contractilidad relacionado a la obstrucción de esta arteria"; que como consecuencia de tal diagnóstico, se ordenó practicarle "una angioplastia transluminal percutánea con posible implantación de stent, lo más (sic) pronto posible dada la edad de este paciente y su sintomatología (sic)", que SALUDCOOP no ha autorizado tal procedimiento en razón a que él no tiene el mínimo de 100 semanas cotizadas; y, que con anterioridad a su vinculación a la citada entidad, cotizó al Seguro Social por espacio de 10 meses.

2- La Empresa querellada, por intermedio de su Director Administrativo en el Departamento de Córdoba, en las audiencias de 13 y 21 de mayo del presente año y con el escrito obrante a folios 20 a 30 del cuaderno No. 1 del expediente, dio respuesta a la solicitud de tutela, oponiéndose a su acogimiento, para lo cual, en síntesis, expone que la enfermedad que padece el accionante, al tenor del artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994, contentiva del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimiento MAPIPOS, está catalogada como ruinosa o catastrófica, por lo que su atención dentro del Plan Obligatorio de Salud requiere de un mínimo de 100 semanas de cotización, y que como tal requisito no lo cumple el peticionario, SALUDCOOP E. P. S. no está obligada legalmente a asumir los costos del procedimiento a él diagnosticado. De otra parte señala, que como el "stent" que debe implantarse al quejoso corresponde a una prótesis no incluida dentro del P.O.S., la mencionada Empresa tampoco debe sufragar su valor. Concluye, entonces, que para la realización de la intervención ordenada, el accionante puede "Pagar los servicios que exceden a los definidos en la ley y los decretos reglamentarios, en la IPS de su elección cuando tenga capacidad de pago, o...Acudir a la red hospitalaria pública".

Al descartar que ella, como Empresa Promotora de Salud a la cual está afiliado el autor del reproche constitucional, haya incurrido en acción u omisión contraria a la ley, pide se niegue el acogimiento de la acción de tutela, que se cite al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para que hagan valer sus derechos y que en caso de accederse a lo solicitado "se ordene al Ministerio de Salud y al Fondo de Reconocimiento de Enfermedades Catastrófica (sic) u otros recursos con destino al Plan Obligatorio en Salud el pago de la prótesis que sean suministrados (sic) por SaludCoop OC EPS al peticionario....".

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Superior del nombrado Distrito Judicial accedió al amparo deprecado y, en consecuencia, ordenó a la accionada "que, dentro del iniprorrogable término de cuarenta y ocho (48) horas, contados (sic) a partir de la notificación de esta sentencia, autorice el tratamiento del se-

ñor Manuel Francisco Pacheco Martínez, consistente en una angioplastia trasluminal (sic) percutanea con posible implantación de Stent".

Para arribar a tal conclusión, en resumen, apreció el a quo la certificación expedida por la Fundación Cardio Infantil - Instituto de Cardiología de esta ciudad y consideró que la negativa de la Empresa accionada a autorizar el tratamiento ordenado al peticionario es un atentado contra sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, aún cuando en tal certificación no se diga expresamente que de no realizarse el referido procedimiento al enfermo éste pueda morir, porque él tiene derecho a que se le practiquen todos los procedimientos médicos que le ofrezcan una expectativa de vida o mejores condiciones de existencia.

En torno a que el accionante no tiene cotizados el mínimo de semanas fijado en la ley para la atención de enfermedades ruinosas o catastróficas, apunta que como la atención en salud es el objetivo fundamental de la Seguridad Social, servicio público a cargo del Estado, "corresponde a esta Entidad SaludCoop autorizar el tratamiento requerido para mitigar la enfermedad coronaria que viene padeciendo el tutelante (sic) afiliado a ella sin importar cuantas semanas se han cotizado por que (sic) actuar de otra manera es cerrar las puertas a la seguridad social por falta de cotización constituyendo ello una amenaza a sus derechos fundamentales a la vida y a la salud". Finalmente advierte, citando uno de los fallos de la Corte Constitucional, que cuando la desatención a la salud compromete el derecho a la vida de una persona, aquella puede ser protegida por vía de tutela.

IMPUGNACIÓN

Con apoyo en los artículos 164 de la Ley 100 de 1994, 60 y 61 del Decreto 806 de 1998 y reiterando los argumentos que expuso al dar respuesta a la solicitud de tutela, en especial, que la afiliación del accionante a Saludcoop O.C. E.P.S. data de 26 de febrero del año en curso, lo que supone un total de 6 semanas cotizadas, sin que, por tanto, él tenga derecho a que su enfermedad sea atendida por la accionada, ésta impugna la sentencia de primer grado, reclamando su revocatoria y que, en su defecto, se niegue la solicitud de amparo por ser "totalmente improcedente, y por no tratarse de protección de un derecho fundamental (salud o vida) sino de un derecho de rango legal (cubrimiento económico del aparato requerido por el accionante)", o, en caso de ser concedida, "se ordene en forma expresa y dándose un término para su cumplimiento, al Ministerio de Salud y/o al Fondo de Reconocimiento de Enfermedades Catastróficas u otros recursos con destino al Plan Obligatorio de Salud..." cancele en valor de la prótesis que requiere el accionante.

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 estimen conculcados.

2- Efectuada la interpretación pertinente de la queja, se establece que con ella su autor prelende que, por vía de tutela, se ampare su derecho a la vida, el cual estima conculado con la negativa de SALUDCOOP O.C. E.P.S. a prestarle la atención médica hospitalaria que requiere en razón de la enfermedad que lo aqueja, como quiera que no reúne el mínimo de cotización de semanas (100) que se requiere para el suministro de tal servicio en tratándose de una enfermedad de alto costo (art. 61, Decreto 806 de 1998).

3- Sabido es, que la vida constituye el derecho fundamental de mayor alcance y autonomía, y que cuando está vinculado con el derecho a la salud como con el derecho a la seguridad social, que en esencia no ostentan el carácter de fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha precisado que éstos adquieran tal ilaje "por conexión", lo que equivale a decir que se les comunica tal carácter "...en virtud de la íntima e inseparable relación..." 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).

4- Precisamente en desarrollo de los postulados consagrados en el artículo 48 de la Constitución Nacional, que atribuye a la seguridad social naturaleza de "servicio público de carácter obligatorio" y señala que "se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado", en materia de salud se expedieron la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, que imponen en favor de los beneficiarios de dicho sistema, cuando las condiciones de salud lo requieren, la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y, en general, todos los servicios de esta índole que sean indispensables de acuerdo con las circunstancias que el caso amerite, bien sea directamente o por intermedio de terceros.

5- 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 están obligadas 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 incluyen 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 defina 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.).

6- Puede, por tanto, concluirse, que la prestación del servicio de salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud no es ilimitado sino que, por el contrario, conforme la reglamentación que rige el Sistema de Seguridad Social Integral, está sujeto a restricciones.

En efecto, el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, tras prohibir en el Plan Obligatorio de Salud la aplicación de preexistencias, señala que "El acceso a la prestación de algunos servicios de altos costos para personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica".

A su vez el artículo 60 del Decreto 806 de 1998, norma hoy aplicable, prevé: "Definición de los períodos mínimos de cotización. Son aquellos períodos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ser exigidos por las Entidades Promotoras de Salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese período el individuo carece del derecho a ser atendido por la entidad promotora a la cual se encuentra afiliado".

7- Aunadas las manifestaciones del accionante contenidas en el escrito introductorio de la acción y lo expresado por Saludcoop O.C. E.P.S. al responder la demanda de tutela, es del caso admitir como probado, que el peticionario del amparo 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.

8- Consecuente con lo anterior, en principio, propio es colegir entonces, que la negativa de la citada Empresa a sufragar en un ciento por ciento el valor del tratamiento del señor Pacheco Martínez 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 alender 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 parágrafo de la citada norma: "Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le fallen para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo".

9- Ahora bien, admitiéndose con base en la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de la Carta Política, la manifestación del accionante concerniente a su absoluta falta de recursos económicos para atender el costo del tratamiento que necesita, debe, de un lado, descartarse la viabilidad de la solución indicada en precedencia y, de otro, pensarse que el camino existente en favor del enfermo es el ofrecido por el inciso final del parágrafo 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".

10- Pero resulta, como lo ha sostenido la Sala al resolver otros procesos de tutela, que en realidad la solución concebida por el legislador en la norma atrás transcrita se torna ineficaz, como quiera que en casos como el presente, en donde el servicio que requiere el enfermo reviste urgencia, impertinente, por decir lo menos, sería sujetar su prestación al procedimiento a que obliga el precepto legal en commento.

11- No estando aquí controvertida la gravedad del padecimiento que sufre el autor del reproche constitucional y no siendo del caso desconocer que la atención médica asistencial que él requiere tienen por fin preservar su vida en las mejores condiciones posibles, esta Corporación, sin entrar a discutir la legalidad con que haya procedido la entidad accionada y considerando que en el caso sub lite la opción consagrada en el ya varias veces invocado inciso final del parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998 se muestra ineficaz, concluye que, siendo ello así, recaea en la E.P.S. accionada, por disponer de los medios necesarios, el deber de su ministrarle al paciente la indicada atención, 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".

12- Ahora bien, resultando claro que, tal y como ya se precisó, la Constitución Nacional impone como a cargo del Estado el deber de garantizar el derecho a la vida de todos los habitantes del país y que tanto la seguridad social como la atención de la salud son servicios públicos (arts. 48 y 49 C.P.), iluye como corolario de lo expresado que si bien es cierto, según ya se analizó, corresponde a la aquí accionada, como E.P.S. atender los requerimientos médicos y asistenciales del aquí accionante, ello no puede traducir que la totalidad del costo de los mismos deba ser asumido por la mencionada Empresa y, por ende, que el porcentaje que a ella no le corresponde sufragar del valor del tratamiento ordenado a Pacheco Martínez debe ser asumido por el Estado colombiano, a través del Ministerio de Salud, pues, como reiteradamente lo ha reconocido la Jurisprudencia constitucional, no puede trasladarse a las Empresas Promotoras de Salud obligaciones que, se insiste, son de cargo del Estado.

Pertinente es, por tanto, que en la sentencia impugnada se imponga a la querellada el deber de suministrar al enfermo el tratamiento que le fue diagnosticado; pero, con miras a garantizar a su vez los derechos de la querellada, se hace necesario adicionar tal pronunciamiento, en el sentido de otorgar al referido ente la posibilidad de obtener del indicado Ministerio el reembolso de los dineros que pague en razón del mismo y que superen el porcentaje a que él está obligado, conforme las disposiciones que regulan el Plan Obligatorio de Salud.

13- Efecto de lo que se deja analizado es que la sentencia impugnada habrá de confirmarse, adicionándola en el sentido de disponer que corresponderá al Estado - Ministerio de Salud reembolsar a la accionada los dineros que por virtud del tratamiento que suministre al aquí peticionario cancele, en la proporción que conforme el Plan Obligatorio de Salud no eran de su cargo, lo que deberá hacer 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, CONFIRMA el fallo de veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Moniquirá, ADICIONANDOLO en el sentido de DISPONER que corresponderá al Estado - Ministerio de Salud reembolsar a la accionada los dineros que por virtud del tratamiento que suministre al accionante cancele, en la proporción que conforme el Plan Obligatorio de Salud no eran de su cargo, lo que deberá hacer dentro de los 45 días siguientes a cuando se le presente la respectiva cuenta de cobro.

Nótilquese telegráficamente lo aquí resuelto al accionante; a la entidad accionada y al Estado - Ministerio de Salud -, mediante oficio al que

se anexará copia auténtica de este fallo; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Ofícese como corresponda.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel I. Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Stmancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

REGIMEN PENSIONAL: Mora en el pago. Es la eficacia del medio de defensa judicial evaluado frente al caso concreto el que determina la improcedencia de la tutela. En un estado de debilidad manifiesta del accionante como él que produce la esquizofrenia paranoide con pronóstico reservado, repele remitir al proceso ejecutivo para obtener el pago de las mesadas pensionales que se requieren para atender en debida forma los gastos que demanda su subsistencia y la atención a su salud

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

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Ref: Expediente No. T 6692

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia de 31 de mayo de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil - Familia, dentro del proceso de tutela promovido por la curadora de la Interdicta Olivia Teresa García Castillo contra el Departamento Del Magdalena y el Fondo Territorial De Pensiones.

ANTECEDENTES

1- Edilisa García Castillo en su condición de curadora de Olivia Teresa García Castillo por intermedio de apoderado judicial interpuso acción de tutela contra el Departamento del Magdalena y el Fondo Nacional de Pensiones, para que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, dignidad humana, salud y seguridad social de su representada, se ordene a los accionados procedan a la cancelación de las mesadas pensionales causadas a que aquella tiene derecho como beneficiaria de la sustitución pensional de la señora Olivia Castillo Torres.

2- La anterior petición se funda en los hechos que se comprendían a continuación:

2.1- Mediante providencia de 6 de marzo de 1998, el Juez Primero de Familia de Santa Marta, decretó la interdicción provisional por demencia de la señora Olivia Teresa García Castillo, designándole como curador a su hermana Edilsa García Castillo.

2.2. Mediante resolución No. 0621 de 19 de marzo de 1998, el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Magdalena, reconoció a la interdicha como beneficiaria de la sustitución pensional de la señora Olivia Castillo Torres.

2.3- Olivia Teresa sufre de "esquizofrenia esquizoafectiva con marcados rasgos de paranoides", situación que demanda el que tenga que suministrársele un tratamiento médico y un régimen alimenticio especial, que es difícil proveerle por su situación económica, dado que no se le han cancelado las mesadas pensionales correspondientes al período comprendido entre abril y diciembre del año anterior y los meses de marzo y abril del presente año.

3- A solicitud del *a quo* el Fondo Territorial de Pensiones del Magdalena mediante comunicación del 21 de mayo de 1999, informó que a la mencionada beneficiaria se le adeudan las mesadas de julio a noviembre de 1998, marzo y abril de 1999, y la prima de junio del año anterior, sin exponer la razón por la cual no se le han cancelado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal concedió el amparo solicitado, toda vez que consideró que con la mora de los accionados se estaba afectando el mínimo vital de Olivia Teresa, dada su carencia de recursos económicos, quien pese a no ser una persona de la tercera edad, requiere una especial protección del Estado, ya que su enfermedad la coloca en una condición de debilidad manifiesta.

Al respecto fueron sus argumentos:

"Se trata entonces de una mujer, que si bien no transita por la tercera edad, según se desprende de su registro civil de nacimiento, si padece una enfermedad mental que le impide dirigirse a sí misma, incapacilándola igualmente para trabajar, de acuerdo a los dictámenes médicos allegados, de manera que si no recibe regularmente aquellos dineros, se le afecta su derecho a la vida, porque aparte de la poca ayuda que le brinda su hermana quien sólo devenga el salario mínimo legal, no cuenta con otros ingresos para subsistir.

(...)

"... la tutela es procedente en el sub examen, porque, dada la especialísima situación por la que está atravesando la petente por carencia de recursos económicos, el proceso ejecutivo laboral no se presenta

como un medio de defensa eficaz para superarla, toda vez que está de por medio la vida, cuya protección no admite esperas".

Consecuentemente ordena a la entidad accionada cancelar las mesadas atrasadas dentro del término de los 15 días siguientes a la notificación de la sentencia.

LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad legal la representante legal del Fondo Territorial de Pensiones y Departamental de Cesantías del Magdalena manifestó su desacuerdo con la decisión del Tribunal, alegando que sus consideraciones no tienen plena validez en el presente caso, pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de obligaciones vencidas y no canceladas dentro de la vigencia presupuestal, su cobro debe realizarse mediante la acción ejecutiva "por pertenecer su interés al presupuesto cuya vigencia ha expirado".

Sobre el asunto en cuestión explica además: "No podemos desconocer que claramente no solo a la señora Olivia Teresa García Castillo, se le adeudan las mesadas correspondientes a Julio, Agosto, Septiembre, Octubre y Noviembre de 1998, como se le adeudan a los mil cien pensionados del Departamento del Magdalena y la única razón que podemos señalar para no haber cancelado esas mesadas críticas (sic) situación económica que vive el país y el Departamento del Magdalena, y se están haciendo los esfuerzos para que las Entidades bancarias ordenen los desembolsos de los préstamos aprobados para de esta manera poder mitigar el grave estado económico de nuestros pensionarios".

CONSIDERACIONES

1. La violación de los derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, vida y salud de Olivia Teresa García Castillo dívina de la falta de pago de las mesadas pensionales de julio a noviembre del año anterior, marzo y abril del presente año y de la prima de junio de 1998, a que tiene derecho como sustituta pensional de su madre fallecida Olivia Castillo Torres, beneficio que le fue reconocido por el Departamento accionado, teniendo en cuenta su condición de interdicta judicial, originada en su esquizofrenia paranoide.

2. Sin duda alguna el derecho a la seguridad social adquiere el rango de fundamental y por ende es susceptible de tutela, cuando con su desconocimiento se atenta contra otros derechos constitucionales que per se tienen la índole anotada.

Al respecto se ha dicho por vía jurisprudencial¹:

¹ Sentencia Corte Constitucional T-426, Sala Séptima de Revisión, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Ospina Muñoz.

"El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (C.P. artículo 46, inciso 2º), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (C.P. artículo 11), la dignidad humana (C.P. art. 1º), la integridad física y moral (C.P. artículo 12) o el libre desarrollo de la personalidad (C.P. artículo 16) de las personas de la tercera edad (C.P. artículo 46)".

3. Con todo, la existencia de la amenaza o violación de un derecho del rango anotado no es suficiente para que proceda la acción que ocupa la atención de la Corte, pues ello está supeditado a la circunstancia que el accionante no tenga a su disposición un medio de defensa judicial idóneo, que le permita reclamar o defender sus derechos, salvedad hecha que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la causación de un perjuicio irremediable (art. 86 de la C. P. en concordancia con el numeral 1º, del artículo 6º, del Decreto 2591 de 1991); motivo por el cual, como bien lo anota la impugnante, se ha predicado en múltiples oportunidades que la acción de tutela no procede para hacer efectivo el cobro de mesadas pensionales vencidas, pues para ello están instituidos el proceso ejecutivo laboral o las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4. Sin embargo, lo anterior no constituye una verdad inconcusa, porque lo cierto es que no es la simple existencia de otro medio de defensa judicial lo que apunta inexorablemente al descartamiento de la procedencia de la tutela, sino la eficacia de ese medio de defensa evaluada frente al caso concreto. Es decir, en cada caso se debe ponderar si el mecanismo ordinario tiene la misma virtualidad que la acción de tutela, para proteger el derecho amenazado o vulnerado por la acción o la omisión de la autoridad pública o de los particulares en las hipótesis contempladas de manera taxativa por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

5. En el caso concreto está demostrado que Olivia Teresa García Castillo sufre de esquizofrenia paranoide, que tiene un pronóstico reservado pues ya presenta deterioro, que es incapaz para manejar bienes y disponer de ellos en forma útil y provechosa, que requiere como tratamiento un "ambiente familiar cálido, manejo periódico por parte de un psiquiatra, controles médicos permanentes y laborterapia" (fl. 55, c. 1), tratamiento que obviamente demanda gastos, que ella no está en condiciones de sufragar, habida cuenta que su enfermedad no la hace apta para incursionar en el ámbito laboral.

De modo que es evidente que Olivia Teresa se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que como tal exige que se le brinde una protec-

ción inmediata, que repele el que se le remita a un proceso ejecutivo para obtener el pago de las mesadas pensionales que requiere para atender en debida forma los gastos que demande su subsistencia y la atención a su salud.

No puede olvidarse que el Estado tiene la obligación de proteger "especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta"² y que debe sancionar los abusos que contra ellas se cometen. Además, la eficacia real de los derechos fundamentales de los asociados no proviene del simple reconocimiento de la pensión, sino de la cancelación de "las mesadas atrasadas o futuras a que tiene derecho. Obligación que debe hacerse efectiva dentro de los términos legales previstos para ello, en aras a no afectar ni desmejorar los derechos ni la calidad de vida de los pensionados"³.

En virtud de lo discutido, se impone la confirmación de la decisión del *a qua*.

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:

Primer: CONFIRMAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada.

Segundo: 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, Manuel I. Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

² Art. 13 de la C.P. in fine.

³ Cfr. Corte Constitucional sentencia T - 184 de 18 de abril de 1994.

DEBIDO PROCESO CIVIL: Emplazamiento. Si en la solicitud de emplazamiento se omitió mencionar que el demandado no figuraba en el directorio telefónico, correspondía a éste demostrar en el proceso que sí aparecía para evidenciar el incumplimiento impuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil. La tutela no es procedente.

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Notificación del mandamiento de pago. El artículo 335, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil sin hacer distinción alguna prescribe: "El auto de mandamiento ejecutivo se notificará por estado". La notificación al curador *ad litem* designado en el proceso ordinario precedente, es fruto de una interpretación racional del juzgador y, por ende, no incursionó en la vía de facto que se le enrostra.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref.: Expediente No. 6564

Decidese la impugnación interpuesta contra el fallo de 1º de junio del presente año, proferido por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del distrito Judicial Manizales, mediante el cual se acogió parcialmente la acción de tutela instaurada por José Ariel Trujillo Isaza, en frente del Juzgado 3º Laboral Del Circuito De Manizales.

ANTECEDENTES

1. Actuando por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, el accionante solicita el amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, supuestamente vulnerados por el mencionado órgano judicial.

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

2.1 El 25 de febrero de 1997, la abogada Consuelo Ramírez Mejía formuló demanda laboral ordinaria contra el accionante, correspondiendo el conocimiento de la misma, al Juzgado accionado.

2.2 Como quiera que la demandante manifestó en su libelo desconocer el domicilio y residencia del demandado, el juez del conocimiento dispuso, previo el cumplimiento de la diligencia de juramento establecida por el art. 29 del C. P. L., el cumplazamiento previsto por el art. 318 del C. de P. C.

Efectuado tal llamamiento se designó el curador ad-litem respectivo, sin reparar en el requisito atinente a que el demandado figurara en el directorio telefónico, tanto más cuanto que lo pretendido en la demanda era una regulación de honorarios debidos por aquél a la demandante, quien inexplicablemente manifestaba no conocer su paradero, ya que desde finales de 1995 y hasta mediados del año de 1998, lo llamó telefónicamente a las ciudades de Dosquebradas y Medellín, a las líneas distinguidas con los números (094) 2549199, 2549200 y (0963) 435696.

2.3 En tales circunstancias el señor Trujillo Isaza resultó condenado en el proceso, procediéndose luego a ejecutar la sentencia ante el mismo juez, quien libró el mandamiento de pago impetrado, disponiendo notificarle el auto respectivo al curador ad-litem designado en el proceso ordinario.

En la demanda ejecutiva, se manifestó desconocer el sitio en que el ejecutado recibiría notificaciones. Con todo, la ejecutante le envió un telegrama a la carrera 13 No. 43-13, Barrio Buenos Aires de Dosquebradas, manifestándole: "Ante embargo villazuca comuníquese urgentemente".

2.4 Luego de que el señor Trujillo Isaza soportara el secuestro de uno de sus bienes inmuebles, se dirigió al Juzgado del conocimiento y, al examinar el expediente, se percató del "fraude" cometido por la demandante, así como de las irregularidades en que incurrió el juez, por lo que instauró el recurso extraordinario de revisión ante la Sala de Decisión Laboral, siéndole rechazado por improcedente.

2.5 En la actualidad el accionante se encuentra ad portas de que su bien sea rematado injustamente, sin que cuente con un medio judicial ordinario para impedirlo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El a quo fundó la decisión estimatoria parcial del amparo, en las consideraciones que se resumen así:

De acuerdo con el mandato del art. 177 del C. de P. C., aplicable a este trámite en virtud de la remisión impuesta por el art. 4º del Decreto 306 de 1992, correspondía al accionante aportar la prueba demostrativa de que para el momento de instaurar la demanda ordinaria laboral mencionada

en su libelo, se hallaba inserto en el directorio telefónico, pues solo de esa manera y en el evento de que el juez no procurara su localización en lugar allí indicado, podría inférse la causación de un eventual perjuicio a sus intereses por concurrencia del derecho de defensa, ya que se le privaría de la posibilidad de recibir notificación personal. Empero, como dejó de cumplir con tal carga probatoria, no puede arribarse a la conclusión de que se diera la concurrencia de los derechos cuya protección demanda.

Ahora bien, los cargos formulados contra la abogada Consuelo Ramírez Mejía, no pueden erigirse como motivo para la procedibilidad de la acción, ya que los mismos no son enrostrables a la funcionaria accionada; desde luego, si la profesional del derecho faltó a la verdad para obtener el emplazamiento del aquí accionante, en el proceso ordinario que le entablara, esa conducta solo puede cuestionársele a ella y solo a ella, a través de los procedimientos conducentes, que no por vía de tutela.

No puede arribarse a conclusión similar, agrega, respecto del procedimiento compulsivo seguido a continuación del ordinario, para la ejecución de la sentencia allí pronunciada. En efecto, el demandado no fue vinculado legalmente a dicho proceso pues el mandamiento ejecutivo fue notificado por estado, sin tenerse en cuenta que la función del curador *art-titular* que llevó su representación en el ordinario, concluyó al terminarse dicho juicio, sin que pudiera extenderse al ejecutivo por ser éste un procedimiento autónomo. Otra cosa, acota, habría sucedido si hubiera concurrido personalmente al trámite ordinario, porque en tal caso la notificación por estado, efectuada en el ejecutivo, resultaría válida.

Tan cierto es lo anterior, continúa diciendo el Tribunal, que el curador solicitó al juzgado, el 11 de junio de 1998, la fijación de sus honorarios por la gestión cumplida al interior del trámite ordinario, y el Despacho procedió a fijarle la suma de dinero que consideró adecuada.

En consecuencia, concluye, la tutela procede por el aspecto anotado y ello configura la decisión de dejar sin valor la actuación adefantada en el susodicho proceso ejecutivo, a partir de la actuación subsiguiente al auto de mandamiento de pago, a efecto de que con las formalidades de ley se procure la vinculación procesal del demandado, notificándosle dicha providencia. Queda a salvo si, las medidas cautelares practicadas, ya que su validez se deriva del auto ejecutivo, el cual queda vigente.

LA IMPUGNACIÓN

Fue interpuesta por ambas partes pero sólo la sustentó el accionante en los términos que se resumen así:

Para que pueda ordenarse el emplazamiento previsto por el art. 318 del C. de P. C., debe concurrir uno de los siguientes supuestos lícitos: que el demandante ignore la habitación y el lugar de trabajo de quien

deba ser notificado personalmente, aúnén de que no figure en el directorio telefónico; o que el por notificar se encuentre ausente y el demandante ignore su paradero.

Dichos requisitos deben ser acreditados por el demandante para que el juez pueda ordenar el emplazamiento; sin embargo, como lo reconoce el Tribunal, no fueron demostrados y, por ende, mal puede exigirsele la prueba de que figuraba en el directorio telefónico, para la prosperidad de la tutela. Así, pues, no puede predicarse que baste la afirmación en el apuntado sentido para que el funcionario disponga el emplazamiento, porque las normas de procedimiento son de orden público.

Aún más, concluye, la abogada Consuelo Ramírez Mejía reconoce en el escrito presentado en este trámite, que Ariel Trujillo Isaza figuraba en el directorio telefónico, de donde era posible conocer su paradero y efectuar las diligencias para su notificación personal.

Con fundamento en dichas argumentaciones demanda la revocatoria del fallo impugnado para, en su lugar, conceder el amparo en relación con el trámite viciado por el indebido emplazamiento de que fue objeto en el proceso ordinario instaurado por la nombrada profesional del derecho.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 86 de la Carta Política consagró, como se sabe, un mecanismo preferente y sumario denominado acción de tutela, orientado a la protección pronta y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, en el evento de resultar estos conculado por la acción u omisión de una autoridad pública, o de los particulares en las precisas circunstancias determinadas por el legislador.

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

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

De acuerdo con la precedente reflexión, 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 sacrificándose los derechos sustanciales que deben materializarse en el proceso. Son, entonces, las providencias judiciales que comporten una abierta transgresión del ordenamiento legal, o que se hallen desprovistas por completo de justificación jurídica, o que obedezcan a una interpretación normaliva que sea opuesta a la razón, las susceptibles de atacar por vía de tutela, siempre que, por supuesto, el afectado con tal clase de decisiones no tenga a su alcance otro medio judicial idóneo para la defensa de sus derechos.

3. Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Corte, adviéntese de entrada que el amparo invocado deviene improcedente por cuanto, la vía de hecho enrostrada al Juez accionado no tuvo ocurrencia. En efecto, en relación con el emplazamiento de que fuera objeto el aquí accionante, en el proceso ordinario por el mencionado, es de verse que el mismo obedeció a que la demandante manifestara desconocer su "domicilio, residencia y dirección"; y si bien es cierto no agregó, en consonancia con tal expresión, que el demandado no figuraba en el directorio telefónico de Marizales (lugar del trámite del juicio), no lo es menos que aquél no probó, como le correspondía, arts. 177, C. de P. C., y 4º, Decreto 306/92, que sí aparecía allí para evidenciar así que por el incumplimiento del requisito del envío de copia del edicto respectivo, impuesto por el art. 318 del C. de P.C., resultó negándosele la posibilidad de estar a derecho en el proceso, con desmedro de su prerrogativa fundamental a la defensa.

4. Por otra parte, en lo concerniente con el trámite ejecutivo seguido a continuación del ordinario para la ejecución de la sentencia dictada en este, no se desconoce, en manera alguna, que se trata de un proceso no sólo autónomo sino distinto de aquél otro. Ahora bien, en cuanto a que el Juez accionado hubiera incurrido en vía de hecho en la situación del mismo, al ordenar notificar por estado el mandamiento de pago al demandado, que no en forma personal, como lo sostiene el Tribunal, es de verse que esa actuación, así cuestionada, no obedece al querer caprichoso o arbitrario del funcionario, sino que se atempera en un todo, con la disposición especial que regula la materia, esto es el art. 335, inciso 3 del C. de P. C., en cuanto, sin hacer distinción alguna, prescribe: "El auto de mandamiento ejecutivo se notificará por estado."

De acuerdo con lo anterior, bien puede concluirse que la aplicación de dicha norma al caso, es fruto de una interpretación racional del juzgador y, por ende, que éste no incursionó en la vía de hecho que se le enrostra, tanto más cuanto que, insistese, la mentada disposición no hace distinciones respecto de la intervención del curador *ad item*.

5. En fin, si en gracia de discusión se aceptara que la notificación del mandamiento de pago debía hacerse en forma personal y no por estado,

lo que generaría la causal de nulidad a que se refiere el numeral 8º del artículo 140 del C. de P. C., es lo cierto que la misma podría alegarse así por el aquí accionante, si no hubiere actuado en dicho trámite, pues de conformidad con el cuarto inciso del art. 142 *ibidem*, puede proponerse en el proceso ejecutivo en que ocurra, "...mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores, o por causa legal...", de donde por este aspecto la tutela no podía concederse, al venir improcedente por la existencia de otra vía judicial de defensa idónea.

6. Impónese como corolario de los anteriores discernimientos, que la tutela interpuesta no estaba llamada a prosperar bajo ninguno de sus extremos y, por tanto, que la sentencia pronunciada por el *a quo* en forma parcialmente estimatoria, deberá revocarse en dicha parte, como en efecto se hará.

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 punto 1º de la parte resolutiva del fallo de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación, en cuanto denegó el amparo respecto de la actuación adelantada en el proceso ordinario propuesto por Consuelo Ramírez Mejía contra Ariel Trujillo Isaza, y REVOCA los puntos 2º y 3º de dicha providencia, tocantes a la concesión de la tutela en relación al trámite cumplido en el proceso ejecutivo adelantado entre las mismas partes, en el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Manizales.

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, Manuel I. Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simanca, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Término de presentación de excepciones. El juez de conocimiento desconoce el claro mandato del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil cuando desestima por prematuro el escrito de excepciones que se presentó junto con los recursos interpuestos contra el mandamiento de pago.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).-

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 6332

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio del cual se concedió el amparo constitucional pedido por el señor Germán Ricardo Ortiz Parra contra el Juzgado Cuarto Civil Municipal de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1.- Persigue el accionante el amparo de su derecho al debido proceso y, en consecuencia, aludiendo al proceso ejecutivo que en su contra adelanta la Fundación FES en la oficina judicial accionada, pide "se ordene al juzgado dar trámite (sic) a las excepciones presentadas oportunamente; como se impongan las sanciones pertinentes al despacho".

Los hechos en que se sustenta el reclamo constitucional, bien pueden compendiarse como sigue: que en el proceso ejecutivo referenciado el demandado, y aquí accionante, por intermedio de la apoderada judicial que lo representa, recurrió en reposición y, subsidiariamente, en apelación el auto de mandamiento de pago proferido y, adicionalmente, también de manera oportuna, presentó escrito de excepciones ineritarias; el Juzgado accionado, que es quien conoce de ese juicio, no repuso la orden coactiva y concedió la alzada subsidiaria, y en la providencia en que adoptó tales

determinaciones, adicionalmente, indicó al demandado que podía presentar excepciones dentro de los 10 días siguientes; como el ejecutado no suministró las expensas necesarias para la expedición de las copias que se hacían necesarias a efecto de la tramitación de la alzada, el juzgado la declaró desierta y, aparejadamente, dispuso que se proferiera el fallo respectivo, por no haberse presentado excepciones en tiempo; seguidamente, dictó sentencia en que ordenó seguir adelante la ejecución; recurrido tal fallo en reposición y apelación, el juzgado rechazó los recursos, porque el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil no autoriza ninguna forma de impugnación contra la sentencia de que allí se trata.

2.- La Juez accionada, mediante oficio que milita a folios 184 a 186 del cuaderno No. 1 del expediente, tras relacionar con detalle la actuación cumplida en el proceso que es de su conocimiento, señaló que "En relación a las consideraciones que se tuvieron en cuenta por parte de esta juzgadora para decidirse en favor de la parte actora, no son más que aquellos principios que informan la ley en materia procedural, como lo sería la preclusión de términos y oportunidades que prevé nuestro ordenamiento jurídico para cumplir ciertos actos (excepcionar, pruebas, alegatos, incidentes, etc.), y a los cuales las partes y el juez están sujetos para cumplirlas y respetarlas, y si, como en el caso que nos ocupa, no se hizo uso del derecho dentro del término para excepcionar, conlleva a que se rechace y se pierda ese derecho, lo cual ello no implica una presunta violación del derecho de defensa, como lo invoca el tutelante (sic) siendo así que se ha entendido y aceptado por nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales". Agrega, que el artículo 509 de la ley de enjuiciamiento civil armoniza totalmente con el artículo 120 de la misma obra y que, por tanto, en el proceso de que se trata no se propusieron excepciones oportunamente, ya que el escrito que con ese fin se allegó es prematuro, y que, consecuentemente, era viable y legal el proferimiento de sentencia, en acatamiento de las previsiones del artículo 507 ibidem.

FALLO DEL TRIBUNAL.

Después de corregida la anomalía que motivó a esta Sala de la Corte a decretar, mediante auto de 31 de mayo último, la nulidad de lo actuado, el *a quo* decidió conceder el amparo deprecado y, por tal virtud, invalidó la sentencia de 26 de febrero del año en curso, dictada por la Juez accionada en el proceso ejecutivo a que se contrae la solicitud de tutela, y le ordenó, "que en el perentorio plazo de 48 horas contado a partir de la notificación de ésta providencia, proceda a dar trámite a las excepciones de mérito propuestas por la apoderada del ejecutado".

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, el Tribunal consideró que, conforme el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, "dos son las oportunidades que tiene el ejecutado para proponer 'en escritos separados excepciones previas y de mérito'; Dentro de los diez días siguientes a

la notificación del mandamiento ejecutivo o, como es posible atacar dicho mandamiento por la vía del recurso de reposición, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto que decida no reponer o que reforme la providencia impugnada". Así las cosas colige, que "En la primera de esas dos oportunidades el demandado Ortiz Parra excepcionó de mérito" y que, por ello, mal podía la Juez querellada ignorar las defensas que él, oportunamente, planteó, actitud con la que, de paso, desconoció el mandato del artículo 4º del mismo ordenamiento procedimental civil, sin que al respecto haga mella alguna lo dispuesto en el artículo 120 de la compilación adjetiva de que se trata.

IMPUGNACIÓN

A fuerza de reiterar su iniciales argumentos, en especial, que por la interposición del recurso de reposición contra el mandamiento de pago el ejecutado, y aquí accionante, debía saber que "tenía que sujetarse al término para excepcionar que prevé el artículo 509 citado, es decir, esperar a que se le resolviera el recurso, y no hacerlo apresuradamente como consta en autos...." y que, por lo mismo, las excepciones meritorias que él planteó fueron anticipadas y extemporáneas, la señora Juez Cuarta Civil Municipal de Cali impugna el fallo de tutela de primera instancia y solicita a esta Corporación que lo revoque y que, en su defecto, niegue el amparo suplicado, pues ella en forma alguna ha conculado derechos fundamentales del peticionario.

CONSIDERACIONES

1.- 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.

2.- Con absoluta claridad el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil consagra, que "Dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo o a la del auto que resuelva sobre su reposición, confirmándolo o reformándolo, el demandado podrá proponer en escritos separados excepciones previas y de mérito..."

No ofreciendo esa disposición obscuridad alguna, todo intérprete debe, por ende, sujetarse a su tenor y entender, como fluye ostensible de la norma misma, que el demandado en un proceso ejecutivo puede, en escritos separados, plantear excepciones previas o de fondo dentro de los

diez días siguientes a cuando reciba notificación personal del mandamiento de pago librado en su contra, o dentro del mismo término, corlado a partir de cuando se notifique el auto que por vía de reposición confirme o se limite a reformar la orden coactiva.

3- Si en el caso de autos, las excepciones meritorias planteadas por el allí demandado fueron presentadas dentro de los diez días siguientes a cuando él fue notificado de la orden de pago dictada en su contra, sin que durante tal término el expediente hubiere ingresado al Despacho, para pensar en la interrupción de que trata el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, nada permitía a la funcionaria accionada colegir la extemporaneidad de tales excepciones y, menos, desconocerlas, comportamiento este que, en consecuencia, es ilegal y conculcante del derecho al debido proceso del autor del amparo suspcionado.

4- Al dejar de lado las excepciones del demandado en el ejecutivo, incurrió la accionada en otra falencia al dictar la sentencia de 26 de febrero próximo pasado, pues en ella, de un lado, ignoró todos y cada uno de los argumentos defensivos que Ortiz Parra formuló y, de otro, hizo actuar el inciso 2º del artículo 507 del procedimiento civil, norma inaplicable al evento por ella conocido, ya que el proferimiento del fallo de que allí se trata es la condicionado a que "no se propusieren excepciones oportunamente", supuesto este que, se reitera, no se cumplía en el proceso ejecutivo en comento.

5- Como la interpretación que dio la señora Juez Cuarta Civil Municipal de Cali al artículo 509 del Código de Procedimiento Civil riñe con los postulados constitucionales del debido proceso y de la supremacía del derecho sustancial frente a las ritualidades judiciales, así como con el artículo 4º de esa misma compilación, que estatuye que los procedimientos sirven para la efectividad de los derechos sustanciales, y que ese error la condujo, por una parte, a ignorar las excepciones que en el juicio ejecutivo que es de su conocimiento propuso el ejecutado y, por otra, a ordenar que sigulera adelante la ejecución, lo que hizo en la sentencia de 26 de febrero del año en curso, acertada fue la calificación de verdaderas vias de hecho que el Tribunal, en su sentencia de tutela, dio a esas actuaciones, como idóneas sus determinaciones en torno a la acción constitucional, razones suficientes para que, como aquí se resolverá, se confirme 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 de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simanicas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: 1. **Consignación de renta en contratos comerciales.** Mal puede alegar la accionante que el sistema de consignación bancaria de cánones no sea aplicable en los eventos en que el contrato de locación, cuya terminación se demanda, sea de naturaleza comercial. No debe olvidar la peticionaria que la norma de procedimiento cuya aplicación por el juez accionado cuestiona, es de orden público, se halla vigente y no contradice las disposiciones constitucionales, de donde es forzoso su cumplimiento por las partes y el fallador. 2. **Demandada en concordato.** Con permiso de la autoridad convocante la demandada podía consignar la renta adeudada, numeral 3 del artículo 98 de la ley 222 de 1995.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente No. 6705

Decidese la impugnación interpuesta contra el fallo de 16 de junio del presente año, proferido por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante el cual se denegó la acción de tutela instaurada por la sociedad Tejar Dr. Pescadero, S.A., "En Concordato", contra el Juzgado 12 Civil Del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Actuando por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, la entidad accionante solicita el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso y, por ende, al de defensa, supuestamente vulnerado por el mencionado órgano judicial.
2. Como hechos sustentatorios de su petición consigna, en síntesis, los siguientes:

2.1 La sociedad promotora del amparo fue convocada por Leasing Bogotá, S.A., a proceso de restitución de bien mueble arrendado, alegándose la falta de pago de los cánones correspondientes a los meses de diciembre de 1996, enero, febrero, marzo y abril de 1997.

2.2 El Juzgado 12 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, al que corresponde el conocimiento del asunto, admitió la demanda por auto de 20 de mayo de 1997, disponiendo a la vez, comisionar al Juez Civil Municipal de Cúcuta, lugar del domicilio de la sociedad demandada, para notificarle a esta dicho proveído, cometido que se cumplió el 23 de febrero de 1998.

2.3 El apoderado de la parte pasiva dio contestación al libelo incoatorio, proponiendo excepciones de fondo como también la previa de "nulidad por falta de competencia", fundada en que el juez competente de modo privativo para el conocimiento de los asuntos de restitución de la tenencia, lo es el del lugar donde se hallaren ubicados los bienes objeto de la restitución, en este caso, el Civil del Circuito de Cúcuta (art. 23, num. 10, C. de P. C.).

2.4 Propuso como excepciones de fondo las de cancelación oportuna de la renta señalada como adeudada y la de que el "documento constitutivo de la obligación no es plena prueba", fundando la primera de ellas en que de acuerdo con la carta de instrucciones suscrita el 11 de octubre de 1995, la fecha de pago del primer canon sería el día en que se hiciera la liquidación final del valor del equipo y, obtenido este, se llenaría el "anexo No. 4", lo cual ocurrió el 13 de junio de 1996, de donde se deduce que la fecha de pago del primer mes de arrendamiento fue la del 13 de julio de 1996.

De otra parte, que la sociedad "Tejar de Pescadero, S.A.", fue admitida a concordato según "Auto No. 410-660-5386 de 28 de octubre de 1996", de suerte que las obligaciones causadas hasta esa fecha quedaron cobijadas por el mismo y, por ende, deben reclamarse dentro de dicho trámite, sujetándose a la forma y término de pago señaladas en el Acuerdo concordatario.

La segunda de dichas defensas, la sustentó en que existen graves inconsistencias en el documento constitutivo del contrato, pues el mismo aparece suscrito el 11 de octubre de 1995 y en las cláusulas 8^a y 9^a se expresa que su duración será de 36 meses contados a partir del 27 de mayo de 1995, aunque de que el primer pago deberá hacerse el 27 de junio siguiente. Así mismo, en que los espacios del documento dejados en blanco, fueron llenados sin observar lo convenido en la carta de instrucciones, lo cual le hacía perder su eficacia (art. 622, C. de Cio.).

2.5 El 11 de mayo de 1998 acreditó, mediante comprobantes de liquidación, el pago de la renta causada hasta el mes de agosto de 1998, con lo

cual no solo demostró hallarse al dia por tal concepto, sino que habia cancelado anticipadamente 3 cánones más.

Del escrito allegado con tal fin, se corrió traslado a la parte actora mediante auto de 28 de agosto de 1998, el que fuera descrito manifestándose que la demandada no podia ser oída por cuanto, como cuestión previa a cualquier tramitación, debió demostrar el pago de la renta adeudada.

2.6 El Juzgado accionado, previo informe secretarial sobre el estado en que se hallaba la demandada en relación con los cánones señalados como adeudados, profirió auto el 21 de septiembre de 1998, disponiendo no oír a dicha parte en razón a que "no ha dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 424 parágrafo 2º del inciso 2º del Código de Procedimiento Civil", decisión contra la que interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los que no fueron atendidos con fundamento en que no podia ser oída por ser deudora de cánones de arrendamiento, no obstante haber presentado un escrito el 7 de octubre de 1998, allegando el documento emitido por "Leasing de Occidente, S.A.", sociedad que "adquirió a Leasing Bogotá, S.A.", mediante el que se reconoce expresamente el pago de la renta hasta el mes de mayo de 1998, por lo que dicha mora quedó purgaria.

2.7 El 22 de febrero de 1998, interpuso el recurso de reposición contra la determinación de no oírla en el recurso de apelación interpuesto y, en subsidio, se le expidió copia de la totalidad del proceso con el fin de interponer el de queja, sin que el juzgado accediera a oírla por la misma razón esgrimida antes, haciendo caso omiso de lo dispuesto por el numeral 2 del parágrafo 2 del art. 424 del C. de P. C.

2.8 El 25 de marzo de 1999, el juzgado profirió sentencia sin haber oido a la parte demandada, decisión contra la que interpuso el recurso de apelación, sin que fuera atendido por la misma razón de no pago de la renta señalada como adeudada.

2.9 El 22 de abril de 1999, interpuso recurso de reposición contra dicha determinación y, en subsidio, que se le expidió copia de la totalidad del proceso, a fin de formular el de queja, con el mismo resultado, violándole así los derechos cuya protección reclama.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

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

Examinada la actuación cuestionada se advierte que se ejudió a las prescripciones legales, pues la demanda se fundó en la falta de pago de la renta correspondiente a los meses de diciembre de 1996 y enero a abril de 1997, sin que la parte demandada demostrara al momento de contestar

la demanda y de proponer excepciones, haber cancelado los arrendamientos señalados como debidos, en la forma como lo ordena el art. 424, parágrafo 2º, numeral 2º del C. de P. C.; lo que condujo al juzgado a darle cumplimiento a tal disposición, ordenando no oírla y, por contera, a tener como no presentada la contestación de la demanda.

De acuerdo con la citada norma, es claro que para ser escuchada en el proceso, la demandada debió acreditar el pago de los cánones en legal forma, o en caso de no deberlos, consignarlos para ser oída y solicitar su retención hasta la terminación del juicio. Empero, al dejar de cumplir tal mandamiento legal, correspondía al juzgado abstenerse de resolver las excepciones propuestas y entrar a fallar el fondo del asunto, como en efecto lo hizo.

Así las cosas, concluyó el Tribunal, la tutela no está llamada a enmendar las falencias o errores cometidos por las partes, como tampoco acudirse a ella para controvertir decisiones que han alcanzado firmeza.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Aduce la accionante, en resumen, que tanto la interpretación del Juzgado accionado como la del Tribunal *a quo*, respecto de la renta alegada como debida, conlleva para el arrendatario la obligación de consignarla nuevamente mediante depósito judicial; aun en el evento de haber demostrado su cancelación, así sea con algún retraso como ocurrió en su caso, situación que es sumamente grave, por cuanto el arrendador es sabedor de la *illiquiduz* que enfrenta la demandada, lo que la llevó a someterse a un trámite concordatario, al que concurrió aquél obteniendo el reconocimiento de su crédito, según auto No. 410-8428 de 26 de noviembre de 1997.

Es más, agrega, al momento de formular la impugnación se hallaban cancelados todos los cánones, excepto los sometidos al acuerdo concordatario, situación dada a conocer en el escrito introductorio de la tutela y que no fuera analizada por el Juez accionado ni por el fallador constitucional.

La interpretación aludida resulta arbitraria y caprichosa, dado que no tuvo en cuenta las alternativas de pago previstas en el numeral 2 del parágrafo 2 del art. 424 del C. de P. C.

Aún más, por tratarse de un caso de arrendamiento financiero de bienes muebles, no son aplicables las normas que hizo actuar el funcionario accionado, esto es las contenidas en el Decreto reglamentario 1816 de 1990, ya que estas son reglamentarias de la Ley 56 de 1.985, referente al

En fin, en relación con la competencia para conocer del asunto, este debió tramitarse ante un Juzgado Civil del Circuito de Cúcuta (Norte de

Santander) y no de Santafé de Bogotá, en acatamiento a lo dispuesto en el art. 24 *ibidem*, el cual impone que las reglas de competencia están subordinadas a las establecidas por la materia y el valor, de donde existe nulidad del proceso por tal aspecto.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la Carta Política como un mecanismo procesal complementario, específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean vulnerados o se presente amenaza de su violación.

Dicha acción, de acuerdo con tal precepto, es de carácter residual y subsidiario porque sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitatorio para evitar un perjuicio irremediable.

La intención del constituyente al establecer el amparo de que aquí se trata, con el carácter de supletorio, fue la de preservar la integridad del ordenamiento jurídico como un todo armónico, estructurado sobre la base de brindar a las personas medios suficientes de acceso a la administración de justicia para la defensa de los derechos de que son titulares, protegidos por las leyes y la propia Constitución.

2. El derecho al debido proceso aducido en este caso como conculado, se halla consagrado como fundamental en el art. 29 de la norma superior.

Dicha prerrogativa, como se sabe, no se contracciona sólo a las posibilidades de defensa o a la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa, el derecho a una resolución que define la controversia jurídica planteada sin dilaciones injustificadas, la oportunidad para presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en su contra, y la plena observancia de las formas propias de cada proceso (art. 29, C. N.).

Luego, para que proceda el señalado mecanismo de defensa constitucional frente a determinada actuación judicial, debe ocurrir una situación verdaderamente extraordinaria, esto es, que se traduzca no sólo en el incumplimiento de una norma jurídica de obligatoria observancia por parte del funcionario judicial, sino que conlleve, además, una equivocación de tal magnitud que el ordenamiento jurídico resulte sustituido por su sola voluntad y que pese a intentar removerla al interior del proceso por todos los medios legales, ello no fuere posible.

3. En el caso sometido a decisión de la Corte se advierte, del examen de las fotocopias de la actuación censurada, allegadas al expediente, que a la demanda de restitución de bienes muebles incoada por la sociedad Leasing Bogotá, S.A., contra la entidad aquí accionante, se le imprimió el

trámite que legalmente le correspondía, esto es, el establecido en el art. 424 del C. de P. C., por así imperarlo el art. 426 ibidem.

Precisamente, en acatamiento a la primera de dichas normas, el Juzgado del conocimiento dispuso no atender la contestación de la demandada y la excepción previa formulada, en cuanto advirtió que no obstante aducirse como causal de la restitución deprecada, la falta de pago de los arrendamientos correspondientes a los meses de diciembre de 1996 y enero a abril de 1997, dicha parte dejó de aportar la prueba del pago correspondiente, ya mediante recibos expedidos por el arrendador, ora de comprobantes de consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley.

Tal decisión, en verdad, no merece reproche si se repara en lo siguiente: la norma aplicada establece en lo pertinente: "Parágrafo 2º ... 2º. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oido en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del Juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados; o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquél..."; la demandada no presentó recibos de pago expedidos por el arrendador, ni alegó que aquél se hubiera negado a recibir el importe de la susodicha renta (la que de conformidad con el anexo #4 del contrato debía pagarse en las oficinas del arrendador los días 27 de cada mes a partir del mes de mayo de 1996, en forma vencida, fl. 48, copias 1), para que procediera su cancelación mediante el sistema de consignación bancaria prevista en la ley; los comprobantes que de esa clase se presentaran con el escrito de réplica de la demanda obedecen, en su mayoría, a consignación de cheques en una cuenta corriente supuestamente de la sociedad Leasing Bogotá, S.A., en el Banco de Colombia, sin especificarse el concepto o destino de las mismas, ni traerse prueba de su efectividad. De otra parte, los comprobantes de egreso que en relación con esas consignaciones se allegaron, aparecen expedidos por el mismo arrendatario, que no por el arrendador (fls. 91 y ss., copias 1).

Siendo tal el procedimiento dispuesto por la ley para la restitución de bienes muebles, sin importar que los mismos sean objeto de un contrato de arrendamiento civil o comercial, mal puede alegar la accionante que el sistema de consignación bancaria de cánones a que ella se refiere, no sea aplicable en los eventos en que el contrato de locación cuya terminación se demanda, sea de naturaleza comercial, como acaece con el que fuera objeto de la controversia.

No debe olvidar la peticonaria, entonces, que la norma de procedimiento cuya aplicación por el Juez accionado cuestiona, es de orden público, se halla vigente y no contradice las disposiciones constitucionales, de donde es forzoso su cumplimiento por las partes y el fallador.

4. En fin, en relación con el trámite concordatario a que fue convocada la entidad accionante, es de advertirse que no tiene la virtualidad de impedir que el arrendador, ante el incumplimiento del contrato de locación por parte del arrendatario, pueda demandar su terminación con arreglo a las disposiciones que gobiernan la materia. Ahora bien, respecto del pago de los cánones causados durante el trámite concordatario, puede hacerse con permiso de la autoridad convocante, según se infiere de lo prevenido en el punto 2º de la parte resolutiva de la providencia que abrió dicho procedimiento, con sustento en lo dispuesto en el numeral 3 del art. 98 de la Ley 222 de 1995. Empero, en este caso no se demostró que se obtuviera tal autorización y el pago se efectuara, como tampoco que se reconociera el crédito por tal concepto en el concordato, según lo alegado por la entidad accionante [fl. 98, c-copias 1].

Aún más, la supuesta nulidad por la incompetencia territorial del juez que tramitó y falló el proceso de restitución, quedó saneada al tenerse por no presentada la excepción previa propuesta, decisión que como se viera, se pronunció por el incumplimiento de la carga alusiva al pago a consignación de la renta alegada como debida (art. 144-5º, C. de P. C.).

5. Siendo así las cosas, la protección constitucional invocada no está llamada a prosperar y ello conlleva 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 el fallo de fecha, contenido y procedencia puntuallizados 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, Manuel I. Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHO A LA INFORMACION / DERECHO DE PETICION:
Requisitos de la solicitud. La entidad que requiere al peticionario para que indique el interés que le asiste al formular su reclamación no vulnera el derecho de petición ya que tiene respaldo en el numeral 4º del artículo 5º del Código Contencioso Administrativo.

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

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 6711

Despachó la Corte la impugnación formulada contra el fallo de quince (15) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por la señora Nieves Cecilia Vasquez Rojas contra el Instituto Colombiano De Ballet Clásico "Incolballet".

ANTECEDENTES

1.- Sin elevar solicitud diferente alguna, reclama la accionante se brinde protección a su derecho de petición, el cual estima vulnerado por la señora Gloria Castro Martínez, en su calidad de Directora y Representante Legal del Instituto accionado, al haberse negado a "entregar el documento solicitado y ...a brindar la información solicitada..." en el escrito que en copia milita a folio 1 del cuaderno No. I de este expediente. Agrega la quejosa, que la nombrada somete a agotadoras jornadas a los niños vinculados como estudiantes al mencionado Instituto y que por tal razón ella, como ciudadana, elevó la señalada petición, sin obtener respuesta satisfactoria.

2.- La nombrada Directora del Instituto accionado, mediante el escrito de folios 31 y 32 del cuaderno principal, dio respuesta a la solicitud de tutela, precisando que ella no se ha negado a las peticiones formuladas por la quejosa, "sino que ha solicitado el que se demuestre un interés jurídico

legítimo de quien invoca la petición". Adicionalmente expone, que si lo pretendido por la autora del reproche es la consecución de algún tipo de prueba, puede recurrir al procedimiento de las pruebas extraproceso, incluido el interrogatorio de parte, y no optar, so pretexto de querer proteger a los menores estudiantes, por elevar peticiones que apunten a la obtención de documentos o informaciones que no tengan el carácter de públicos.

FALLO DEL TRIBUNAL

No accedió el a quo a conceder el amparo deprecado, al estimar que el Instituto accionado, a través de la comunicación visible a folio 2 del cuaderno No. 1, sí dio respuesta, aunque negativa, a lo pedido por la demandante. Adicionalmente considera, que para la consecución de los fines perseguidos con la petición elevada al ente querellado existen otras formas de defensa judicial, como son las pruebas extraproceso, de donde, ante la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la aquí intentada se torna improcedente.

LA IMPUGNACIÓN

Con respaldo en los artículos 20, 23, 85 y 95 de la Carta Política, 17 del Código Contencioso Administrativo, 37, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil y en diversos fallos de la Corte Constitucional, que parcialmente transcribe, relacionados con el derecho de petición, la accionante impugna la comentada sentencia, la que dice es contradictoria por cuanto contiene en sus motivaciones elementos suficientes para colegir la vulneración del derecho fundamental cuya reparación aquí se persigue y en su parte resolutiva niega el amparo suplicado, peticionando su revocatoria y que, en su defecto, se acceda a lo pedido en la demanda origen de esta tramitación.

CONSIDERACIONES

1.- El derecho de petición en la modalidad de informaciones a que aluden los artículos 23 y 74 de la Carta Política, es aquel "que tiene toda persona no sólo para recibir información, sino para consultar los documentos públicos relacionados con la acción de las autoridades públicas, y también para que se les expida copia de los mismos (arts. 9º y 17 del C. C. A.)" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sent. de 9 de agosto de 1996, Exp. N°. T-3217).

Importante también es señalar en torno al derecho a la información, que éste no es absoluto en la medida que él, en tratándose de autoridades públicas, brinda la posibilidad de conocer exclusivamente las cuestiones atinentes a su gestión oficial y en cuanto al acceso de documentos, sólo se extiende a los "documentos públicos" (art. 74 C.P.) que no tengan el carácter de reservados, ni a aquellos que hagan relación a la defensa o seguridad nacional (art. 12 de la Ley 57 de 1985).

2- El artículo 5º del Código Contencioso Administrativo, respecto del derecho de petición, ya se trate en interés general o en interés particular, para este último caso por la remisión que a la citada norma hace el artículo 9º de la misma compilación, consagra, entre otros requisitos, que las solicitudes escritas que en desarrollo del mismo se eleven, deben contener "...4. Las razones en que se apoya;...".

3- Examinada con detenimiento la petición que formuló la aquí accionante a "Incolhaller", y que en copia aparece a folio 1 del cuaderno principal, se encuentra que ella no satisface el requisito anotado, pues su autora no indicó en forma alguna la razón de su pedimento, limitándose, de un lado, a pedir copia del contrato allí mencionado y, de otro, que la representante legal de la entidad explicara su comportamiento la noche del 13 de mayo último, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que allí se detallan.

4- En tales circunstancias, es pertinente admitir que la respuesta dada por Incolhaller a la accionante, de fecha 31 de mayo del año que transcurre, en la que destaca la falta de interés jurídico demostrado al hacer uso del derecho de petición, se sitúa como una respuesta negativa al ejercicio de dicho derecho, cual lo expuso el Tribunal, con alcance suficiente para denotar que el citado derecho fundamental no fue infringido con esa respuesta de la institución, que por el contrario lo siguió dejando a salvo al puntualizarle allí mismo a la peticionaria que "Agradecemos que nos demuestre el interés jurídico en que fundamenta sus pretensiones para el estudio correspondiente".

5- En verdad, no se muestra contrario al postulado del artículo 23 de la Constitución Nacional que, por tanto, la entidad querellada, por intermedio de su Directora, hubiese exigido, para decidir en otro sentido, que la aquí demandante, como gestora de la petición de que se trata, indicara el interés que le asiste para formular tal reclamación, en el entendido que ello equivale a requerir la razón o fundamento que sirve de sustento al pedimento mismo.

6- Siendo ello así y como no aparece aquí comprobado que con posterioridad a la carta de respuesta de 31 de mayo del año en curso, la actora en tutela hubiese dado cumplimiento a la legítima exigencia del Instituto convocado, no puede, tal como lo resolvió el Tribunal en su fallo de tutela, inferirse la conciliación del atudido derecho fundamental derivado de una respuesta diferente o con otro contenido, razón suficiente para que, consecuentemente, deba confirmarse la sentencia impugnada.

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 quince (15) de junio de

mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jurumillo Jurumillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

SENTENCIA DE TUTELA: Fallo extrapetitio. Si el accionante pretende mediante tutela obtener un pronunciamiento sin dilaciones, es desacertada la decisión del *a quo* que oficiosamente ejerce un control de legalidad sobre la sentencia que se reclamaba, se está ante un hecho nuevo que no ha sido objeto de controversia en la tutela. / **DEBIDO PROCESO EJECUTIVO;** Título ejecutivo. Si el ejecutado durante el transcurso del proceso no objetó la eficacia del título, mal puede la Administración ejercer ese tipo de control por vía de tutela y de manera oficiosa amparar.

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

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Ref: Expediente No. T- 6726

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia del once (11) de junio de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, dentro del proceso de tutela promovido por Gonzalo Martínez Arango contra el Juzgado Tercero de Familia de Cali.

ANTERIORES

1.- Gonzalo Martínez Arango, actuando en su propio nombre, interpuso acción de tutela contra el citado despacho judicial para que mediante el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, se ordene al funcionario judicial accionado profiera la respectiva sentencia en el proceso ejecutivo que por alimentos adelanta en su contra la señora Gloria Inés Caicedo Rivera, pues considera que en dicho proceso se le ha vulnerado el mencionado derecho fundamental en virtud de la dilación injustificada de los términos, lo cual contribuye a agravar su situación, porque los dineros embargados no le permiten llevar una vida digna y decorosa

como corresponde a un profesional de la medicina, encontrándose en imposibilidad de atender sus gastos mínimos y los de su hogar.

2.- El accionado se pronunció respecto de la solicitud de tutela, alegando que el accionante confunde un proceso ejecutivo por alimentos con el de revisión de cuotas alimentarias. Expresa además, que si en la actualidad el ejecutado tiene ingresos inferiores a los que devengaba en el pasado, "indudablemente que, como lo recomienda la sentencia del pasado jueves" debe propender por un arreglo directo con su demandante tendiente a lograr una disminución de la cuota, o en su defecto acudir a un Centro de Conciliación o ante el Juez de Familia solicitar conciliación previa y obligatoria para obtener la reducción de la cuota, según sus ingresos, (fl. 27, c. 1).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

No obstante que el Tribunal estimó que el trámite del proceso en cuestión no ofrecía reparos porque las peticiones formuladas dentro del mismo por la apoderada del accionante fueron resueltas oportunamente sin que hubiesen sido objeto de contradicción por parte del ejecutado, así de haberse pronunciado la sentencia dentro del término legal, concedió la tutela por cuanto encontró que el documento adosado por la demandante, como título ejecutivo carecía de eficacia, ya que estaba constituido por una sentencia cuya copia no fue expedida en la forma que previene el numeral 2º., inciso 2º., del artículo 115 del C. de P. C., según el cual cuando las copias son de providencias que permitan adelantar actuaciones ejecutivas, debe constar no sólo que se trata de la primera copia, sino que ella presta mérito ejecutivo.

Al respecto fueron sus argumentos:

"En el caso presente, se incorporó por la parte actora un documento sin el cumplimiento de las exigencias consagradas en la norma en cita pues la copia de la sentencia que contiene la obligación alimentaria a cargo del señor Martínez no es la primera copia y adolece de la constancia secretarial correspondiente en cuanto al mérito ejecutivo que presta; luego el documento aportado está muy lejos de constituir el título ejecutivo que se requiere sine qua non para librar mandamiento de pago cuando se trata de providencias con fuerza ejecutiva.

"Si bien la falencia anterior no fue observada por el juez, ni por el ejecutado y ello tampoco es motivo de queja por el accionante, la protuberancia del error, en sentir de la Sala, constituye una verdadera vía de hecho, por haberse proferido una providencia sin basamento legal, que el juez no puede de pasar por alto máxime cuando en sede de tutela al juez constitucional corresponde velar por el debido proceso y porque las decisiones judiciales se hayan proferido de acuerdo a las normas sustanciales y procesales que gobiernan la materia".

"El error que ahora se advierte, bien pudo ser observado por el juez accionado, al dictar la orden de seguir adelante la ejecución, pues tal orden objeto de las sentencias en los procesos ejecutivos implica examinar nuevamente las condiciones de eficacia del título ejecutivo por no encontrarse limitado a la orden de pago proferida al comienzo de la actuación, la ejecutoria del mandamiento de pago no impide volver sobre el título ejecutivo para examinarlo no sólo en su fondo sino también en su forma externa ostensible' (G.J. Nos. 1961 a 1963, pág. 210).

Siguiendo estos argumentos, forzoso resulta indicar que el juez accionado al ordenar seguir adelante la ejecución con base en un título incifaz, incurrió en desconocimiento de precisos imperativos legales, de modo tal que se impone per se, sin necesidad de controversia el error manifiesto del funcionario, con lo que directamente lesionó los derechos del debido proceso del accionante quien habida cuenta de la tramitación del proceso en única instancia, lo dejó en imposibilidad de hacer valer sus derechos.

En este orden de ideas se concluye que la acción de tutela está llamada a prosperar en garantía del derecho fundamental del debido proceso.

Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 29-4 del decreto 2591 de 1991 y en orden a establecer el debido proceso debe dejarse sin efecto la sentencia que pronunció el 27 de mayo del año en curso para que esta se dicte conforme a la plenitud de las formas propias del juicio".

LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad legal la señora Gloria Inés Caicedo Rivera impugnó la anterior decisión alegando que con la misma se viola ostensiblemente los derechos de sus menores hijos (fls. 46 al 48, c.1). Dicha impugnación le fue concedida en su condición de madrugarante, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 13 del Decreto 2591 de 1991.

CONSIDERACIONES

1. La causa que dio origen a la solicitud de tutela dimana de la dilación de los términos en el proceso ejecutivo de alimentos que en contra del accionante se adelanta en el juzgado accionado a instancia de la señora Gloria Inés Caicedo Rivera. Concretamente se reclama el proferimiento de la respectiva sentencia.

2. Del análisis del acervo probatorio se infiere que en la misma fecha en que se presentó la solicitud de tutela, el funcionario accionado profirió la providencia en mención (fls. 96 al 98, c.2), hecho del cual dio cuenta al responder la acción formulada en su contra (fl.27, c.1).

3. Siendo esa la situación factica el *a quo* debió haber procedido a dar aplicación al art. 26 del Decreto 2591 de 1991, cesando la actuación,

pues se estaba ante un hecho superado, porque es claro que mediante la solicitud de tutela se pretendía el amparo del derecho a obtener una justicia pronta, sin dilaciones injustificadas, amparo que no procedía en virtud de haber cesado la vulneración, con ocasión del proferimiento de la sentencia cuyo pronunciamiento reclamaba el accionante. Luego, el a quo procedió de manera desacertada al ejercer un control oficioso de legalidad sobre el contenido de esa sentencia, ya que ella constituye un hecho nuevo, que como tal no había sido objeto de controversia en el respectivo proceso.

Al respecto ha reiterado esta Sala, que si bien es cierto la demanda de tutela se tramita mediante un procedimiento sumario, en el cual el fallador goza de amplias facultades en cuanto no sólo puede amparar derechos distintos de los invocados, sino adaptar su resolución a la normatividad aplicable, también lo es, que como cualquier procedimiento debe adelantarse acorde con las reglas del debido proceso, entre las que se destaca el derecho de defensa conforme al cual los accionados tienen tanto la facultad de presentar pruebas como de controvertir las que se aduzcan en su contra. Lo dicho significa, que delimitados los contornos fácticos del debate en la primera instancia resultan improcedentes solicitudes o decisiones posteriores *"mediante las cuales se pretenda obtener la modificación de (...) decisiones judiciriales sobre asuntos no tratados en el proceso, pues ello no se aviene al trámite expedito que consagra el Decreto 2591 de 1991, en desarrollo del artículo 86 de la Carta. Este dispone que, si se concede la protección, se imparte una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo. Adoptada tal determinación o la contraria - la negación de la tutela -, el procedimiento preferente y sumario ha culminado, sin perjuicio de la impugnación ante el superior jerárquico del fallador"*, contradicción que como ya se dijo necesariamente tiene que fundarse en las mismas circunstancias fácticas aducidas en la demanda.

4. De otra parte, no puede pasarse por alto que la exigencia consagrada por el legislador en el numeral 2º del artículo 115 del C. de P. C., tiene por objeto proteger los derechos del ejecutado, a fin de evitar que éste corra el riesgo de ser ejecutado varias veces en virtud de una misma obligación. Por tanto, si el ejecutado durante el transcurso del proceso no controvirtió la eficacia del título, mal puede la administración ejercer ese tipo de control por vía de tutela y de manera oficiosa, amparando la forma por la forma, y desconociendo de contra el mandato constitucional que establece la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, para de paso en el caso concreto, hacer caso omiso del precepto.

¹ Cfr. Sentencia Corte Constitucional T- 400/96.

también constitucional, que reconoce el principio de prevalencia de los derechos de los niños³.

Sobre el tema se ha dicho:

"De conformidad con lo estipulado en el artículo 228 de la Constitución, los mecanismos procesales ideados por el constituyente y por el legislador deben interpretarse de manera que prevalezca el derecho sustancial. La acción de tutela - al igual que los restantes mecanismos y procedimientos legales de protección de los derechos fundamentales - deben interpretarse, en consecuencia, buscando el máximo grado de cumplimiento y eficacia de la Constitución que, en este caso, equivale a la mayor efectividad del derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales"⁴.

En virtud de lo discurrido se impone la revocatoria de la decisión del *a quo*, para en su lugar denegar el amparo deprecado, por las razones anotadas.

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 anotada, para en su lugar denegar el amparo deprecado.

SEGUNDO: Remítase copia de esta providencia al Juzgado Tercero de Familia de Cali, para que en el proceso ejecutivo a que se ha hecho mención proceda a adecuar la actuación de acuerdo a lo aquí resuelto.

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, Manuel J. Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

³ Arts. 228 y 44 de la C.P.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T- 006 de 12 de mayo de 1992.

DERECHO A LA IGUALDAD EN ATENCION DE PACIENTES: La orden en tutela de practicar con urgencia una intervención quirúrgica no desconoce el derecho de los pacientes que están en turnos predisuestos por cuanto, las situaciones relacionadas con la salud, en la medida en que existen patologías de mayor urgencia, unas que otras, es preciso atenderlas por parte de las entidades médicas dándole prioridad a las más urgentes.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Referencia: Expediente N° 6762

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil, mediante el cual resolvió denegar la tutela instaurada por Lina Marcela Quintero Velásquez, obrando como agente oficioso de su hermano Hugo Armando Quintero Velásquez contra el Instituto de los Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

1.- La señora Lina Marcela Quintero Velásquez actuando como agente oficioso de su hermano Hugo Armando Quintero Velásquez, instauró acción de tutela en contra del Instituto de los Seguros Sociales, con el fin de solicitar el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, salud y seguridad social, en el sentido de ordenar a la entidad pública que, en un plazo perentorio e improtragable, efectuara la cirugía de Vitrectomía con retinopexia en el ojo derecho de su hermano, quien además padece de síndrome de Down.

2.- Los hechos primordiales en que fundamento sus pretensiones se sintetizan a continuación:

A) Manifestó que como empleada del Instituto de Valorización de Manizales Invama se encuentra afiliada a la E.P.S. del Instituto de Segu-

ros Sociales, como también que afilió como beneficiario adicional a su hermano menor Hugo Armando Quintero Velásquez.

B) Indicó que su hermano de 23 años de edad padece del síndrome de Down, desde su nacimiento, y describió la naturaleza y características de ese trastorno.

C) Desde hace cerca de un mes, dijo la recurrente, que su hermano presentó molestias en el sentido de la visión, que aumentaban progresivamente, razón por la cual buscaron cita médica en el Instituto pero que, por disposiciones internas que los obligaban primero a consultar con un médico general, decidieron acudir a un médico oftalmólogo particular, como fue la Dra. Ana María Angel de Jaramillo, en todo caso adscrita al Instituto de Seguros Sociales.

D) Lucgo acotó que la Dra. Angel de Jaramillo, después de las evaluaciones correspondientes, dictaminó que el paciente Hugo Armando Quintero sufrió de desprendimiento de retina del ojo derecho.

E) Con estos resultados, continuó su relato la solicitante, acudió al Instituto de Seguros Sociales con el fin de solicitar la realización urgente de la cirugía para evitar que el referido paciente perdiera la visión, frente a lo cual la funcionaria del ISS Francisca Luz Franco manifestó, en palabras de la señora Quintero, que en el momento no existía presupuesto en esa entidad para llevar a cabo dicha intervención quirúrgica.

F) Acudió nuevamente al consultorio de la Dra. Angel de Jaramillo, en donde obtuvo una certificación médica de la referida profesional, en el sentido que requería la cirugía ya señalada y que "entre más se demore la cirugía peor es el pronóstico".

G) Que el ISS ha reiterado su posición negativa frente a la solicitud de la cirugía, por la misma causa consistente en la imposibilidad financiera, razón por la cual la recurrente entiende que se han violado los derechos a la vida, y conexo a la salud, como también la dignidad humana de una persona, por demás discapacitada.

3. Notificado el Instituto de los Seguros Sociales de la solicitud de información hecha por el Tribunal, dio respuesta y expresó que "En ningún momento es intención de esta Seccional desconocer los derechos de sus afiliados, pero encontramos que dentro de nuestra programación de cirugías y procedimientos en salud, se tiene en cuenta los factores de fecha y urgencia de la solicitud del servicio, conforme a la disponibilidad presupuestal y una vez definida la programación que está en turno" (folio 38 Cuaderno principal). Manifestó también que en la medida en que los jueces ordenaban por medio de fallos judiciales realizar procedimientos médicos se aplazaban los turnos ya dispuestos y se vulneraba el derecho a la igualdad. Por todo lo anterior, en esencia el Instituto de los Seguros Sociales solicitó que se negara el amparo impetrado.

4. El Tribunal decidió recibir testimonio a la Dra. Ana María Angel de Jaramillo, testimonio que, por lo demás, hubiere sido más provechoso si esa colegiatura hubiere formulado concretos interrogantes sobre el aspecto aquí dejado, esto es en torno a la pertinencia y a la urgencia para la realización de la cirugía del paciente afectado.

FALLO DEL TRIBUNAL.

La razón medular que tuvo el Tribunal para denegar las pretensiones de la tutela incoada, se consignó en un solo párrafo, así: "por parte de la EPS ISS, Seccional Caldas, se viene atendiendo oportunamente el reclamo de todos y cada uno de los afiliados. Empero la falta de presupuesto para la compra de servicios médicos, hace que se dilate un poco la atención, sin que sea posible ordenarla, relegando a aquellos que con anterioridad ya lo han hecho y cuyas solicitudes están en espera de resolverse mediante la prestación del servicio" (Folio 49 Cuaderno principal).

IMPUGNACION

La solicitante, en el acto de notificación personal del fallo proferido por el Tribunal, manifestó que impugnaba esa decisión, sin expresar los motivos de su inconformidad.

CONSIDERACIONES

1- Tal y como lo ha precisado la Corte en oportunidades precedentes, es menester insistir en que la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, el derecho a la salud no es un derecho fundamental y, por ende, no debe tener una protección especial a través de la acción de tutela.

2- No obstante lo anterior, en casos en que existe una conexidad, un ligamen inescindible entre el derecho a la salud con el derecho a la vida y con el derecho a la integridad personal, en efecto resultaría tutelable cualquier vulneración de la salud de las personas. Ha dicho la Corte Constitucional que "a juicio de la Corte, para que proceda la tutela en el caso señalado, es necesario que haya certeza sobre el quebrantamiento de derechos fundamentales por la violación o amenaza del derecho a la salud y no una mera hipótesis de ello. Pero esta circunstancia no debe entenderse, tal y como equivocadamente lo supone el a quo en su fallo, en el sentido que la tutela en estos casos solo es procedente cuando se está al borde de la negación rotunda de los derechos fundamentales comprometidos.... Estima la Sala que pretender tal cosa sería negar por completo el objetivo médico, que consiste en la recuperación u obtención de la salud, esto último cuando aquella jamás se ha tenido; y no solamente el objetivo médico, sino también una de las funciones primordiales de la medicina y

del sistema de salud colombiano en general, cual es la de prevenir las enfermedades y, ante todo, la muerte"¹.

3- Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que no se puede aducir razones ni legales, ni trámites presupuestales o financieros, cuando están de por medio los derechos fundamentales del individuo, en especial, el derecho a la vida, a la Integridad personal.

4- Lo anterior, se hace más evidente máxime cuando se trata de una persona discapacitada, que goza de una protección especial, según expresas las disposiciones constitucionales (Arts. 13. 47 C.P.)

5- Lo que aquí se discute, en el asunto *sub-judice*, es la oportunidad en la realización de la cirugía que requiere el señor Hugo Armando Quintero.

6- La médica oftalmólogo, Dr. Ana María Angel de Jaramillo, dijo en sus dictámenes que se requería la intervención quirúrgica en forma "urgente" (folio 7 Cuaderno principal), y textualmente expresó "Entre más se demore la cirugía peor es el pronóstico" (*ibidem*).

7- En un todo de acuerdo con lo dictaminado por la especialista tratante, por lo demás, tal y como se indicó, médica adscrita al Instituto de Seguros Sociales, si no se dispone la cirugía a la mayor brevedad, el joven Hugo Armando Quintero, a más de la grave enfermedad que lo aqueja y que lo ha tornado en discapacitado, podría perder total o parcialmente el sentido de la vista en su ojo derecho, dejándolo en peores circunstancias de salud. Por tal motivo, en el caso de autos no puede dejar de practicarse dicha cirugía inmediatamente, so pretexto de obtener una disponibilidad presupuestal. Es más importante la vida y la integridad física del joven Quintero, que el trámite interno de adquirir la disponibilidad presupuestal.

8- Sobre la explicación del Instituto de Seguros Sociales con relación a la vulneración del derecho a la igualdad, por razón de la desatención de los turnos predispuestos, la Corte entiende que no puede considerarse una violación de dicho principio por cuanlo las situaciones relacionadas con la salud, en la medida en que existen patologías de mayor urgencia, unas que otras, es preciso atenderlas por parte de las entidades médicas en esa misma medida, dándole prioridad a las más urgentes que las demás. En el caso *sub examen*, quedó vista la urgencia de dicho procedimiento, según lo expresado por la médica tratante y por las especiales condiciones del paciente.

9- Por las anteriores consideraciones se evidencia que, se presentan en el caso de autos, los presupuestos necesarios para que se ordene al

¹ Corte Constitucional, sentencia No. T-260/98 del 27 de mayo de 1998, págs. 3 y 4.

Instituto de los Seguros Sociales que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia inicie los trámites para llevar a cabo la cirugía de Vitrectomía con retinopexia en ojo derecho al joven Hugo Armando Quintero Velásquez, con el fin de brindar la protección del derecho de la salud y prevalentemente salvaguardar el derecho a una vida digna de una persona de suyo discapacitada, que merece se le aliven, así sea en forma parcial y con arreglo a los avances de la medicina contemporánea, sus graves padecimientos.

9. Por las anteriores consideraciones, la sentencia del Tribunal deberá revocarse en su totalidad.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el fallo de fecha y procedencia preanotadas, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

SEGUNDO: Ordenar al Instituto de los Seguros Sociales que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia inicie los trámites para llevar a cabo la cirugía de Vitrectomía con retinopexia en ojo derecho al joven Hugo Armando Quintero Velásquez.

TERCERO: Notifíquese a las partes interesadas, comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto, y ofícieose.

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

Cumplasc.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel I. Ardila Velásquez, Nicolás Bechuria Simarcas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHOS DEL MENOR INDÍGENA: Prevalece el derecho a cuidado y atención del niño abandonado sobre el derecho de la comunidad indígena a decidir la suerte de menores repudiados por nacer gemelos.

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

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugetes

Ref. Expediente No. 6748

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia de 23 de junio del año en curso, proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se dispensó el amparo tutelar invocado por Barbara Escobar de Vargas, en su calidad de agente oportuno de los menores Keila Cristina y Juan Felipe Aguablanca Correa, contra las Autoridades Tradicionales de la Comunidad U'wa, representadas por Roberto Pérez, en su calidad de Presidente del Cabildo Mayor, Arturo Aguablanca y Marciana Correa, y el Instituto de Bienestar Familiar de Saravena, Sedes de Cubara y Saravena.

ANTERIORES

1. Obrando en la calidad antes dicha, la accionante invoca la protección constitucional de los derechos fundamentales de los niños a la vida, a la salud y a tener una familia, supuestamente vulnerados por los accionados.

Pide al efecto, se impida el regreso de los prenombrados menores a la comunidad U'wa, pues de lo contrario se verían amenazados sus derechos a la vida, a no ser expuestos a torturas, a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Así mismo, ordenar al Instituto de Bienestar Familiar, declarar en abandono a dichos menores, a fin de iniciar el proceso de adopción.

2. La protección solicitada la funda los hechos que se comprendían así:

2.1 Juan Felipe y Keila Cristina Aguablanca, son gemelos y nacieron el 11 de febrero de 1999 en el Hospital de Saravena (Arauca), siendo hijos de Arturo Aguablanca y Marciana Correa, indígenas pertenecientes a la comunidad UWA.

2.2 Los prenombrados menores fueron dejados por sus padres en el centro hospitalario donde nacieron, con el fin de preservar su integridad física, ya que los niños indígenas gemelos son repudiados por los UWA, a punto que Juan Carlos Uncanca, miembro del Consejo Regional de dicha comunidad, en declaraciones al diario "El Tiempo", dadas el 20 de febrero de 1999, afirmara: "Según nuestra cultura, estos menores deberían haber sido abandonados, lanzándolos a un hormiguero o simplemente llevándolos hasta un río para que se ahoguen".

A su vez, la Comisión de Asuntos Indígenas de Boyacá, en comunicación de 24 de febrero de 1999, dirigida al Director General de Asuntos Indígenas, expone: "...la comunidad rechaza los nacimientos de niños indígenas con defectos físicos o que nazcan gemelos. Para el pueblo UWA estos niños se consideran de raza diferente, además traen enfermedades y no son hijos del Dios Sira... La comunidad indígena de Aguablanca no puede recibir niños gemelos, ya que los Caciques ordenan no recogerlos en el lugar que nacieron, pues consideran que se presenta contaminación en la comunidad... En el caso de ser gemelos la mamá no los mata, sino que los abandona y la naturaleza los desaparece..." .

2.3 La Defensora de Familia, Dra. Ana Beatriz Arguelles, mediante escrito de 4 de marzo de 1999, remitió a los citados menores, como medida de protección, a la Casa de la Madre y el Niño con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, entidad que cuenta con personería jurídica y está representada por Bárbara Escobar de Vargas.

2.4 El 5 de mayo de 1999, la Dirección General de Asuntos Indígenas, adscrita al "Ministerio del Interior", dirigió a la prenombrada Defensora de Familia, escrito en el que le informa que la comunidad UWA determinó: "Por el momento han emitido el concepto jurídico a través del cual han tomado decisión transitoria de que los gemelos sean tenidos bajo protección del ICBF por el término de siete meses, tiempo suficiente para hacer las consultas necesarias..." .

Posteriormente (mayo 19/99.), el Presidente del Cabildo Mayor de la Asociación UWA, remitió Informe en el sentido de que tanto los padres como la comunidad indígena, acordaron no permitir el adelantamiento del proceso de adopción de los menores, solicitando que éstos regresen al Bienestar Familiar de Saravena, lugar en el que permanecerán durante siete meses hasta tanto la comunidad en general tome una decisión definitiva acerca del futuro de los mencionados niños.

2.5 Con anterioridad a su ingreso a la Casa de la Madre y el Niño, los menores presentaron infección respiratoria aguda, siendo tratados con

antibióticos desde Saravena; debido a dicha enfermedad, han tenido que ser hospitalizados.

2.6 En las circunstancias descritas es aconsejable la adopción de los menores.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relacionar los antecedentes del asunto, así como los distintos elementos de convicción recaudados, abordó el Tribunal *a quo* el análisis de rigor, comenzando por explicar brevemente lo atinente con la naturaleza y finalidad de la acción de tutela, para luego entrar a buscar la solución del caso planteado, a la luz de las disposiciones constitucionales que garantizan, de un lado, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por los pueblos indígenas, dentro de su ámbito territorial (art. 246); y, de otro, los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a tener una familia, etc., consagrados en favor de los niños (art. 44), como también con el apoyo de la jurisprudencia constitucional sentada respecto de tales temas.

Así pues, puso de presente que según los antecedentes e información recopilada en el expediente, se enfrentan en la situación planteada dos clases de derechos reconocidos constitucionalmente: los de las distintas culturas étnicas existentes en el país, entre las que se halla la de los indígenas U'WA, y los fundamentales de los niños.

En relación con los primeros y por lo que al pueblo indígena U'WA concierne, anota, lo que es sagrado para ellos es la Ley Tradicional, la que no está escrita sino que la narran, la practican, la cantan, y toda desviación de ella acarrea graves perjuicios para el mundo y para el hombre. De allí su llamado a regirse por sus usos, costumbres, creencias religiosas, filosóficas y políticas, estando acendrada la convicción de que los niños indígenas que nazcan con defectos físicos o sean gemelos, son de raza diferente y traen enfermedades, amén de que no son hijos del Dios Sira, por lo que la madre debe abandonarlos en el lugar de su nacimiento para que la naturaleza los desaparezca.

En lo concerniente con la segunda clase de derechos, continúa diciendo el Tribunal, la Carta Política consagra como tales los de la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separados de ella, etc., e impone que "Serán protegidos contra toda forma de abandono...", amén de que prevalecen sobre los derechos de los demás (art. 44).

Frente a tal marco normativo, acota, no hay duda de que enfrentado un menor a la vulneración o amenaza de violación de sus derechos fundamentales, deba brindársele la protección ofrecida por la acción de tutela, situación que precisamente acaece en el caso bajo estudio, pues la prueba recaudada pone de manifiesto que ante las creencias, costumbres y tratamiento imperantes en la comunidad indígena U'WA, en relación con

niños gemelos como lo son Keila Cristina y Juan Felipe, sus progenitores resolvieron abandonarlos en el puesto de salud de Cubará, sin que su estado de salud sea el mejor, pues de acuerdo con su historia clínica, requieren del cuidado y tratamiento médico especializado, el cual reciben desde el mismo momento en que sus padres los abandonaron.

En fin, concluye, la decisión de las autoridades UWA, en el sentido de solicitar la suspensión del proceso administrativo de protección de los menores, por el término de 7 meses, no se considera suficiente por cuanto es aventurado creer que la comunidad indígena pueda variar en dicho lapso, un concepto cultural tradicional y arraigado entre ellos. Además, sus derechos fundamentales no pueden dejarse en suspenso, en razón de las condiciones de trascendencia ya señaladas, tanto más cuanto que conforme al concepto psicológico rendido el 9 de junio de 1999, la permanencia de Juan Felipe y Keila Cristina en la "Casa la madre y el Niño 2", por un período de 7 meses, contribuye a aumentar y agravar las posibilidades de riesgo psicoafectivos que repercutirán negativamente en el desarrollo de cada bebé, siendo conveniente que cuanto antes se consiga una familia que les garantice afecto, cuidados físicos, nutricionales, de salud y provea a su orientación y educación.

Con sustento en tales razonamientos concedió el amparo implorado, ordenando al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional de Santa Fe de Bogotá, Centro Zonal Barrios Unidos, o la Regional de Arauca, Centro Zonal Saravena, según corresponda, que en el término de 48 horas se continúe con la definición de la situación legal de los prenombrados menores, mediante el trámite administrativo de protección correspondiente, como también que ante un eventual traslado de ellos, este se efectúe con anuencia de los peritos médicos que los atienden (fls. 293-321, c-1).

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Aduce el impugnante - el representante de la Asociación de Autoridades Tradicionales UWA -, en síntesis, que las Autoridades Tradicionales, los padres de los menores y la Comunidad Indígena de Aguablanca, han considerado prudente analizar profundamente el caso planteado, a fin de no violar los preceptos normativos vigentes, por lo que solicitaron al I. C. B. F. de Saravena, mantener la protección de los niños Keila Cristina y Juan Felipe Aguablanca, por el término de 7 meses, petición que reitera a efectos de decidir lo pertinente, toda vez que las decisiones de los entes que conforman a las leyes son los representantes legales de los Pueblos Indígenas, deben tenerse en cuenta en el momento de tomar decisiones administrativas y/o judiciales (fls. 357-359, c-1b).

CONSIDERACIONES

1. Uno de los fundamentos de la organización jurídico-constitucional, es el de la disposición de las funciones públicas que le son propias, para asegurar a los asociados el respeto a sus derechos y libertades sociales.

En nuestro sistema, dicha característica aparece garantizada desde el mismo preámbulo de la Constitución, al establecerse que la misma se decreta, sanciona y promulga, entre otros fines, para asegurar la vida a los integrantes de la nación. Además, el artículo segundo señala que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los derechos sociales del Estado y de los particulares".

2. En el plano de los derechos constitucionales fundamentales, estos componen, como bien es sabido, el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares, a tanto que para protegerlos se haya establecido por el Constituyente de 1991, un mecanismo judicial extraordinario conocido como acción de tutela, a la cual puede acudir, según el tenor del artículo 86 de la norma superior, toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, cuando quiera que dichas prerrogativas resulten vulneradas o amenazadas por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares 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 halle en estado de subordinación o indefensión, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Tales derechos, en relación con los niños, están consagrados en el art. 44 de la Carta Política, según el cual: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos..."

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.".

Dicha norma ratifica un principio general consagrado en el Código del Menor (art. 20), conocido como "interés superior del menor", en virtud del cual "Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor" (cursiva fuera del texto). Es más, el mismo es elevado por el Código al rango de orden público, al prescribir en el art. 18: "Las normas del presente Código son de orden público y, por lo mismo, los principios en

ellas consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes".

3. La Carta Magna, de otra parte, reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas, el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, "siempre que no sean contrarios a la Constitución y Leyes de la República..." (art. 246).

4. De resultar contrapuestos los precitados derechos, fácil resulta colegir que tienen preeminencia los fundamentales, en especial los de los niños, como que las normas que los consagran así lo telievan y son imperativas o de orden público.

5. Proyectadas las anteriores nociones al caso traído a decisión de la Corte, el que se acomoda a la situación fáctica descrita tanto por la accionante como por el Tribunal a quo, según se advierte de los distintos elementos de convicción obrantes en el expediente, no puede llegarse a conclusión distinta a la que arribó el sentenciador de la primera instancia, pues habiéndose dado respecto de los menores indígenas Keila Cristina y Juan Felipe Aguablanca Correa, el supuesto fáctico contemplado en el art. 31-3 del Código del Menor, así fuera en las especiales circunstancias narradas por la accionante, corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentre el menor, de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie el hecho, abrir inmediatamente la investigación correspondiente y, si fuere el caso, declarar la situación de abandono (arts. 36 y 37 ibidem).

Siendo, entonces, tan perentorio el mandato atinente a que debe actuarse de inmediato en semejante situación, amén de atemperarse el mismo a la norma superior que impone proteger a los menores contra toda forma de abandono y que los derechos de los niños prevalecen sobre todos los demás (art. 44. C. N.), no puede concederse el término solicitado por el representante de la Asociación de Autoridades Tradicionales U'wa, para que dicha comunidad indígena resuelva lo que a bien tenga, máxime cuando media dictamen de especialistas (psicólogos), en el sentido de que tal espera repercutirá negativamente en el desarrollo psicoafectivo de los menores.

Así, pues, ajustándose a derecho la sentencia impugnada, habrá de recibir la correspondiente confirmación.

DECISIÓN:

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

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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

INCIDENTE DE DESACATO: Procedencia del desistimiento
(...) comoquiera que el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 consagra la facultad, en favor del demandante en tutela, de desistir de su acción, principio que, se entiende, es aplicable a las demás cuestiones concernientes con este especial medio de defensa, entre ellas lo tocante con el cumplimiento de los fallos, y apreciándose, de otra parte, que el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil autoriza el desistimiento "de los recursos interpuestos, y de los incidentes" por parte del respectivo interesado, norma aplicable al caso por mandato del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, se concluye que procede la aceptación del desistimiento presentado (...)".

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

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 6912

Correspondría a la Corte pronunciarse sobre la consulta respecto del auto del 22 de julio del año en curso, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil-Familia - del Distrito Judicial de Cúcuta, a través del cual se resolvió el incidente de desacato promovido por el actor Orlando Osorio Villamizar, dentro de la acción de tutela instaurada por él contra Unimec EPS S.A., imponiéndose cinco (5) días de arresto y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales al representante legal de dicha empresa.

Con todo, se observa que después de emitida la providencia en cuestión, la señora Mercedes Osorio, que es la directamente afectada y en cuyo nombre se propuso la acción de tutela, en el escrito que obra en el cuaderno de la Corte, que había dirigido al Tribunal, expreso que "...me permitió desistir del trámite incidental de desacato en contra de Unimec EPS S.A., dado que dicha entidad atendiendo las aclaraciones hechas por su despacho ha autorizado la prestación de los servicios de salud

para mi correspondiente recuperación total"; cosa que ratificó dicha accionada mediante libelo que se allegó a los autos.

Así las cosas, como quiera que el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 consagra la facultad, en favor del demandante en tutela, de desistir de su acción, principio que, se entiende, es aplicable a las demás cuestiones concernientes con este especial medio de defensa, entre ellas lo tocante con el cumplimiento de los fallos, y apreciándose, de otra parte, que el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil autoriza el desistimiento "de los recursos interpuestos, y de los incidentes" por parte del respectivo interesado, norma aplicable al caso por mandato del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, se concluye que procede la aceptación del desistimiento presentado por la citada Mercedes Osorio.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, ACEPTE el desistimiento del incidente por desacato tramitado contra la accionada Unimec EPS S.A., dentro de la acción atrás referenciada.

Notifíquese lo resuelto a los interesados mediante telegrama y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Puerto (en permiso).

DEBIDO PROCESO DE SUCESSION: 1. El reconocimiento del cónyuge sobreviviente no está sujeto al término que establece el artículo 1289 del Código Civil. La norma aplicable al caso es el numeral 3º, artículo 590 del Código de Procedimiento Civil. 2. El trabajo de partición que no tiene en cuenta la manifestación del cónyuge de optar por gananciales y la decisión del juez de no correr traslado del mismo, afecta el debido proceso y hace indispensable la concesión del amparo para procurar enderezar la afectación patrimonial que ese estado de cosas le ha ocasionado al accionante.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).-

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simanca

Ref.: Expediente No. 6772

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio del cual se denegó el amparo constitucional pedido por el señor Alfonso de Jesus Rúa Henao, quien actúa representado por apoderada judicial, contra el Juzgado Décimo de Familia de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. Pretende el accionante se dispense protección a sus derechos consagrados en los artículos 13, 29, 58, 121, 229 y 230 de la Constitución Nacional y, haciendo referencia al proceso de sucesión de María Lucía Alvarez Alvarez, solicita que se le restablezcan "sus derechos fundamentales y se devuelva el expediente al Juzgado Décimo de Familia de Medellín que aprobó dicha partición y la rehaga dictando nueva sentencia suficientemente fundada y congruente".

Se extrae de la demanda de amparo, que es el motivo central de la inconformidad de su autor el hecho de que, siendo el cónyuge de la causan-

te, se haya ordenado por auto de 4 de junio de 1997 requerirlo para que participe en lo relacionado con la liquidación de sociedad conyugal y que no habiendo dado contestación a dicho requerimiento dentro del término de 40 días que consagra el artículo 1.289 del Código Civil, se haya continuado el proceso hasta imparir, mediante proveído de 2 de febrero último, aprobación a la partición allí elaborada, que no lo incluye, ni reconoce su derecho a gananciales respecto del bien habido en la sociedad conyugal.

Denuncia, por tanto, el quejoso, la violación por parte del Juzgado accionado de los artículos 586, 594 y 622 del Código de Procedimiento Civil, así como de los artículos 1.289 y 1.290 del Código Civil, y reprocha, que frente al escrito que presentó su apoderado, del que se desprende su interés en la liquidación de la sociedad conyugal y al que se acompañó la prueba de su calidad de cónyuge supérstite de la de cujas, no se le haya reconocido como tal.

2.- El señor Juez Décimo de Familia de Medellín, mediante el oficio que milita a folios 71 y 72 del cuaderno principal, tras advertir que como el proceso sucesoral a que se retira la queja fue retirado de su despacho para la respectiva protocolización, no dispuso del expediente para responder la tutela, señala que en dicho diligenciamiento se requirió tanto a unos herederos como al cónyuge de la causante para que aceptaran la herencia, y que dentro del término de 40 días consagrado en el artículo 1.289 del Código Civil guardaron silencio. Agrega, que posteriormente presentaron un escrito contestatorio de la demanda, respecto del cual, ante tan ostensible confusión, el Juzgado solicitó su aclaración, lo que nunca hicieron. Precisa, que ni los herederos, ni el cónyuge requeridos se hicieron parte en el proceso y que este, por tanto, continuó hasta concluir, mediante el proferimiento de la correspondiente sentencia aprobatoria de la partición.

FALLO DEL TRIBUNAL

Luego de comentar, con respaldo en los artículos 1.398 del Código Civil, 590, 591 y 594 del Código Civil, la naturaleza de la liquidación de la sociedad conyugal dentro del proceso sucesoral de uno de los esposos y de relacionar las actuaciones cumplidas en el Juicio sucesoral de que trata la queja, concluye el Tribunal, que "Es verdad que el abogado de los interesados iniciales se equivoca torpemente. Es verdad que el juez reclamado se equivoca gravemente. Es verdad que el abogado del cónyuge que hoy reclama en tutela se equivoca desgreñadamente. Sin embargo, en el mundo Jurídico, aparecen dos actos: un repudio de herencia y una partición. Cualquiera de ellos tiene que ser atacado en un proceso jurisdiccional como acto sustancial que es. Un proceso que ventile la pretensión de sus nulidades o de su inoponibilidad o de su Inexistencia (según los eventos). Si la sentencia fuera incurso en una causal de revisión este sería el

caminio procedente para la alegación de la violación del debido proceso; no lo es, este procedimiento de tutela en cualquier de las hipótesis que se estructuren".

Así las cosas, el fallador constitucional de primer grado denegó el amparo deprecado, "porque existen otros recursos o medios de defensa judiciales".

LA IMPUGNACIÓN

Para respaldar la inconformidad que por vía de impugnación expresa contra la comentada sentencia, la apoderada judicial que representa al aquí accionante, en síntesis, manifiesta, que la tutela no se interpuso para atacar el vicio de nulidad de la sentencia aprobatoria de la partición, caso en el cual el amparo solicitado sí sería improcedente, sino para cuestionar la violación del debido proceso que a lo largo de todo el juicio sucesoral se presentó, por lo que reitera, de un lado, el desconocimiento por parte del juez querellado de la normatividad señalada en la demanda de amparo y, de otro, la procedencia del amparo deprecado.

CONSIDERACIONES

1.- De la revisión que se hace del proceso sucesoral en cuestión, conforme las copias que del mismo se allegaron a este informativo como prueba, debe resaltarse:

1.1.- Que, mediante auto de 4 de junio de 1997 (fl. 25, cd. 1), el Juzgado combatido dispuso: "Se requiere a los herederos Jorge Albeiro y Yaneth del Socorro Rúa Alvarez, así como al cónyuge sobreviviente Alfonso de Jesus Rúa Henao, para que declaren los dos primeros si aceptan o repudian la herencia y el último es decir el cónyuge de la causante, para lo relacionado con la liquidación de la sociedad conyugal. Lo anterior a solicitud de la parte actora, y de conformidad con los Arts. 1289 C.C. y 591 C.P.C.".

1.2.- Que el autor del reproche constitucional y los herederos requeridos, por intermedio de apoderado, procedieron a presentar "contestación de la demanda" en la que, después de aceptar los hechos del libelo introductorio, solicitaron "se reconozcan igualmente como herederos a Alfonso De Jesus Rúa Henao, Janeth Del Socorro Rúa Alvarez, Y Jorge Albeiro Rúa Alvarez".

1.3.- Que en cuanto a esa contestación, el Juzgado Décimo de Familia de Medellín, con auto de 21 de junio de 1998 (fl. 52, cd. 1), resolvió que "el apoderado que la suscribe deberá aclarar qué es lo que pretende y por qué no allegó el escrito dentro de los cuarenta días que consagra el Art. 1289 del C.C.", sin que con posterioridad se hubiese presentado la aclaración solicitada.

1.4.- Que en el inventario y avalio presentado por los herederos intervenientes se relacionó como único activo sucesoral el inmueble de la cartera 107 No. 39-50 de Medellín, indicándose expresamente que el integral, a la vez, el activo de la sociedad conyugal conformada por la causante y su esposo.

1.5.- Que en el trabajo de partición, luego de relacionarse el mencionado inmueble como de la sociedad conyugal y de advertirse que "como el cónyuge Alfonso de Jesus Rua Henao, repudió los gananciales ya que no se presentó al proceso de Sucesión de la señora María Lucia Alvarez Alvarez a pesar de habersele (sic) notificado el requerimiento en forma legal que ordena el art. 591 del C.P.C.", se adjudicó el bien a los seis herederos intervenientes en el proceso.

1.6. Que dicho trabajo de partición fue aprobado, sin correrse previamente traslado de él a ningún interesado, mediante sentencia de 2 de febrero último.

2.- De la actuación cumplida en el proceso sucesoral a que remite la queja y que se deja atrás relacionada, se deduce que:

2.1.- Fue absolutamente improcedente el requerimiento efectuado por el Juez combatido al aquí accionante, en su calidad de cónyuge sobreviviente de la causante, por no ser aplicables a él los artículos 591 del Código de Procedimiento Civil y 1.289 del Código Civil:

2.2.- Resulta errado el entendimiento del funcionario judicial querellado, en cuanto estimó que la intervención de Rua Henao, a fin de reclamar la liquidación de la sociedad conyugal, estaba sujeta al término de 40 días consagrado en la segunda de las disposiciones arriba citadas, pues ello contradice el mandato del numeral 3º del artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra reza: "Desde que se declare abierto el proceso hasta antes de proferirse la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes, cualquier heredero o legatario, el cónyuge sobreviviente o el albacea podrán pedir que se les reconozca su calidad";

2.3.- El Juez Décimo de Familia de Medellín ignoró la intervención en el proceso del nombrado cónyuge, como quiera que, si bien es cierto él compareció para, impropiamente, contestar la demanda, en ese escrito de respuesta se solicitó su reconocimiento en la sucesión, lo que era viable por existir en esos autos la prueba de su matrimonio con María Lucia Alvarez Alvarez (fl. 48, cd. 1). Adicionalmente desconoció el mandato del artículo 594 del C. de P.C., que le imponía entender que, aun cuando en su concepto hubiese sido extemporánea la intervención del cónyuge sobreviviente, éste "optó por gananciales".

2.4.- Las conclusiones precedentes evidencian una adicional, consistente en que al tenor del artículo 690-3 en concordancia con el artículo 594 del C. de P.C., no era posible legalmente que en el trabajo de partición se hubiera desconocido el derecho a gananciales del cónyuge sobrevivien-

te aquí actor; menos bajo la consideración allí expuesta de que éste los repudió, pues la realidad que en verdad ofrece el proceso a la luz de las citadas normas, no permite esa conclusión; fuera de que, por la misma razón tampoco resulta ajustado al ordenamiento legal y en particular al artículo 611 del C. de P.C., que el Juez accionado no hubiese ordenado correr traslado del trabajo de participación, y en esas condiciones le hubiera impartido aprobación.

3.- Ante las circunstancias planteadas es evidente que el Juez accionado quebrantó el derecho del debido proceso al accionante, quien en forma ilegal dejó de ser reconocido en la actuación como cónyuge sobreviviente de la causante, con derecho a gananciales, y adicionalmente porque se le privó de la oportunidad de objetar el trabajo de participación, que a su turno trajo consigo el que dicho accionante no pudiera interponer el recurso de apelación contra la sentencia aprobatoria de ese trabajo, como lo determina el numeral 2º del artículo 611 del C. de P.C. Así, el accionante se quedó sin medio de defensa para obtener, al interior del proceso referido, la reparación del derecho fundamental recién citado, vulnerado como quedó expuesto por una actuación procesal irregular que se enmarca dentro de las vías de hecho.

4.- Ahora bien, que el autor del reproche constitucional pueda accionar en proceso separado contra la indicada partición y su aprobación, posibilidad que no desconoce la Sala, no es cuestión que sirva para reparar el daño inferido a su derecho fundamental al debido proceso sino, lo que es muy diferente, para procurar enderezar la afectación patrimonial que ese estado de cosas le ha ocasionado, esto es, para recuperar los bienes o la cuota de ellos que le pertenecen con ocasión de la disolución de la sociedad conyugal que tenía conformada con la de cuius, razón por la que esta Corporación no comparte la conclusión de improcedencia a que llegó el juez de tutela de primera instancia en su fallo.

5.- Se sigue de lo expuesto que se hace necesario, por tanto, acceder al amparo deprecado para, por la vía de tutela, proteger el derecho al debido proceso del peticionario, por lo que, previa revocatoria del fallo impugnado, se ordenará a dicho funcionario judicial que dentro de las 48 horas siguientes a cuando reciba el expediente contentivo del proceso de sucesión de la señora María Lucía Alvarez Alvarez, que deberá solicitar en igual término contado a partir de cuando se le entere de esta determinación, adopte las medidas necesarias para que en él se resuelva, como legalmente corresponda, sobre la intervención del aquí accionante, en su calidad de cónyuge sobreviviente de la causante.

DECISIÓN:

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

ca y por autoridad de la ley, deja sin efectos el fallo de treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y, en su defecto,

RESUELVE:

PRIMERO: Acceder a la solicitud de amparo constitucional origen de esta tramitación, a fin de brindar protección al derecho al debido proceso del accionante.

SEGUNDO: Ordenar, en consecuencia, al Señor Juez Décimo de Familia de Medellín que dentro de las 48 horas siguientes a cuando reciba el expediente contentivo del proceso de sucesión de la señora María Lucia Alvarez Alvarez, que deberá solicitar a la Notaría donde se encuentra en igual término, adopte las medidas necesarias para que en él se resuelva, como legalmente corresponda, sobre la intervención del aquí accionante, en su calidad de cónyuge sobreviviente de la causante.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto al accionante y a su apoderada judicial y mediante oficio, al que se anexará copia auténtica de este proveído, al accionado; envíese igualmente copia auténtica de este fallo al Tribunal de instancia, para lo de su cargo; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión. Ofíciense como corresponda.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simacías, Carlos Ignacio Juramillo Juramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

REGIMEN PENSIONAL: Fiducia. La tutela no es procedente para dilucidar si las transacciones de una Fiduciaria afectan o no la garantía del pasivo pensional de la empresa que celebró el contrato de fiducia mercantil. / **TUTELA CONTRA PARTICULARES: Fiduciaria.** El pensionado de la empresa que contrata una fiducia no se encuentra frente a la Fiduciaria, en alguno de los eventos de procedencia de la tutela.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).-

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 6797

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de veintinueve (29) de Junio 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 no se accedió al amparo constitucional pedido por el señor Arturo Rangel Duque contra la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. "Fiduango".

ANTECEDENTES

1.- Reclama el accionante, quien aduce ser pensionado de la empresa Acerías Paz del Río S.A., protección para sus derechos a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la integridad personal, los cuales estima conculecados por la sociedad querellada "al efectuar el traspaso de acciones de Cementos Paz del Río S.A. de propiedad de Acerías Paz del Río S.A. a los acreedores financieros, incluidos en Reforma del Acuerdo Concordatario celebrado entre Acerías Paz del Río S.A. y sus acreedores el 17 de marzo de 1999, desconociendo de una parte lo preceptuado en el artículo 8º de la citada reforma concordataria, es decir sin sujeción a la prelación de créditos establecida por la Ley, y de otra, los derechos actuales y futuros de los pensionados de rango constitucional prioritarios, que tienden a garantizar el mínimo vital de las personas de la tercera edad o pensionados, dación efectuada no obstante las diversas comunicaciones

contenidas en Auto del Ministerio del Trabajo de fecha marzo 8 de 1999, por medio del cual "... se ordenó como medida preventiva oficiar a la superintendencia de Sociedades (sic) encargada de la vigilancia y control con el objeto de que NO AUTORICE NINGÚN PAGO CON EXCEPCION (SIC) DE LOS PROPIOS DEL CONCORDATO HASTA QUE SE HAYA CANCELADO EL VALOR DE LA COMMUTACIÓN PENSIONAL..." (el resaltado es mío), modificado por el Auto de fecha abril 8 del mismo (sic) año, con el cual se ordenó 'oficiar a la Superintendencia de Sociedades encargada de la vigilancia y control a fin de que vigile el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto 1572 de 1973...' y el concepto enviado por la misma entidad al Sr. Presidente de Acerías Paz del Río S.A., de fecha 11 de junio de los corrientes, con copias tanto a la Superintendencia de Sociedades Ad Hoc para Acerías Paz del Río, como a la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. Fiduangular S.A., en donde se advierte que "... las acciones objeto de su consulta no pueden ser entregadas en Dación en Pago según lo acordado dentro del Concordato y deben destinarse prioritariamente a responder por dicho pasivo pensional...".

Concretamente el autor de la queja peticiona, que se ordene a la sociedad querellada "y a la empresa Cementos Paz Del Rio S.A. reversar la operación de transferencia de las acciones de Cementos Paz del Rio S.A. que fueron entregadas en dación en pago a los acreedores, desconociendo la prelación de créditos establecida en la Ley, para que continúen figurando a nombre de la empresa Acerías Paz del Rio S.A. y continúe vigente el contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y fuente de pago con sus modificaciones del 19 y 26 de julio de 1994".

Se extracta de la demanda constitucional, que es el punto central del reproche planteado el hecho de que la Fiduciaria Anglo S.A. 'Fiduangular' haya verificado el traspaso a título de dación en pago de la acciones de que era titular Acerías Paz del Rio S.A. a sus acreedores financieros, conforme se determinó en la reforma que el 17 de marzo del año en curso se hizo al acuerdo concordatario que inicialmente habían ellos celebrado en el proceso concordatario de la primera, desconociendo la disposición del artículo 8º de dicho acuerdo, en lo que hace a la prelación legal de los créditos, y las advertencias que a ese respecto hizo el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, conforme las cuales, en definitiva, dicha transacción no podía realizarse, ya que las acciones debían servir para garantizar el pasivo pensional a cargo de la empresa sometida a concordato.

Deduce el quejoso, que 'Al disponer ilegal y arbitrariamente la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. Fiduangular S.A. de las acciones de Cementos Paz del Río S.A. de propiedad de Acerías Paz del Río S.A. principal activo liquido, para responder por las pensiones presentes y futuras, está violando normas constitucionales sobre los derechos fundamentales a la vida cometiendo así actos con causa ilícita, inválida y punible'.

2.- El representante legal de la sociedad accionada, con el escrito de folios 149 a 190 del cuaderno principal, dio respuesta a la solicitud de tutela, resaltando su improcedencia debido a que, habida cuenta del carácter de particular de FIDUANGLO, el amparo deprecado no se ubica en ninguno de los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, especialmente porque el peticonario no se encuentra en condiciones de subordinación o indefensión frente a ella, ya que la obligada a atender el pago de pensiones es Acerías Paz del Río S.A., y no la entidad fiduciaria, sin que haya mediado un desplazamiento de las obligaciones laborales de aquélla a ésta, y porque el quejoso puede accionar en los términos del artículo 1238 del Código de Comercio para enervar el contrato fiduciario celebrado entre ellas.

Adviérle, que la dación en pago realizada mediante el traspaso a los acreedores financieros de Acerías Paz del Río S.A. de las acciones que ésta poseía en la sociedad Cementos Paz Del Río S.A., y que fueron transferidas a Fiduánglo por virtud del "Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Garantía y Fuente de Pago", no perjudicó en nada a los pensionados de la empresa, pues implicó "que la relación activo total pasivo total pasará (sic) de 1.69 a 2.04"; que se liberaran los bienes que estaban sirviendo de garantía a los créditos cancelados, posibilitándose así que estos puedan respaldar créditos futuros que permitan la reactivación de la empresa; y, que se hiciera una reserva de las acciones fideicomitidas (26.23%), para constituir un fondo pensional.

Con apoyo en las normas comerciales destaca, que la referida transferencia de las indicadas acciones a Fiduánglo, efectuada por razón del aludido contrato de fiducia, implicó que ellas salieran del patrimonio de Acerías Paz del Río S.A. y pasaran a conformar un patrimonio autónomo constituido para garantizar el pago de los acreedores señalados por la fideicomitente, quienes también intervinieron en la celebración de esa convención.

Cuestiona la obligatoriedad de las determinaciones adoptadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante autos de 8 de marzo y 8 de abril del año que transcurre, a que alude el autor de la demanda constitucional, por no haberse dado cumplimiento a las previsiones de los artículos 46 y 48 del Código Contencioso Administrativo, diligenciamiento respecto del cual se solicitó su invalidación, sin que el Ministerio haya dado respuesta alguna, y del concepto emitido por esa misma dependencia el 11 de junio último, debido a que él es resultado de una consulta, caso en el cual es aplicable la disposición del inciso 3º del artículo 35 del citado Código.

Plantea también la inacogibilidad de las pretensiones introducidas en el escrito genitor de esta tramitación, por cuanto no está aquí demostrado que el comportamiento de la sociedad querellada haya, mediando la co-

rrespondiente relación de causalidad, afectado en algo los derechos cuya reparación persigue el accionante; porque no hubo violación de la prelación legal de créditos señalada en el artículo 8º de la reforma del acuerdo concordatario, ya que ella refiere a los créditos insoluto; y como quiera que de accederse a la petición de reversar la operación de transferencia de la comentadas acciones, se lesionaría gravemente el derecho al debido proceso y a la defensa de la fiduciaria y de los beneficiarios.

FALLO DEL TRIBUNAL.

No accedió el a quo a dispensar la protección que por vía de tutela fue solicitada por el accionante, en razón a que la acción, al estar dirigida contra un particular, no se ubica en ninguna de las posibilidades del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en especial por cuanto el peticionario no se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente a la sociedad querellada, ya que ella no corresponde a la persona obligada al pago de la pensión sin que, de otra parte, exista vínculo alguno entre Rangel Duque y Fiduangular; y porque "la fiducia es la administración de un patrimonio autónomo y eso fue lo que en el caso que nos ocupa se hizo. De otro lado, en gracia de discusión, si fuera unreliable, la operación ya está hecha y no puede reversar por vía de tutela, mas (sic) aún cuando está con la bendición de la Superintendencia de Valores (sic) al aprobar la dación en pago. Y, para abundar en consideraciones, si alguna glosa merece la actividad de la fiduciaria, tiene otros medios judiciales, que no la tutela, para atacarla, tales como, propender por la extinción del negocio fiduciario, convertir el proceso concursal o lograr la nulidad de la transferencia de acciones". Colige por tanto el Tribunal, que no es posible establecer que las actuaciones de la sociedad accionada hayan amenazado o conculado los derechos a la vida o a la seguridad social del accionante y que tampoco puede deducirse la afectación de su derecho a la igualdad, por no aparecer comprobado un trato discriminatorio, "pues la cnajenación de las acciones que se ataca favorecen o desfavorecen por igual a todos los pensionados".

LA IMPUGNACIÓN

El accionante, inconforme con la decisión adoptada por el Tribunal, impugnó el comentado fallo y, tras precisar que se encuentra plenamente demostrado en autos su calidad de pensionado de Acerías Paz del Río S.A., la relación de tal empresa y la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., la transferencia que ésta hizo a los acreedores de aquélla de las acciones que poseía en Cements Paz Del Río S.A. y que la primera de tales personas jurídicas se encuentra al borde de la liquidación, arguye que, por tanto, si existe vínculo entre él y la accionada y que es inocultable que ante la realización del aludido traspaso de acciones, las cuales constituyan el principal activo patrimonial de Acerías Paz del Río S.A., el pasivo pensional a cargo de la

empresa ya no cuenta con un respaldo real, circunstancia que cierre una grave amenaza sobre sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

1.- A voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual pro-pugna 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.

2.- Se distingue, pues, 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, cuando la petición de amparo está dirigida contra un particular, carácter que sin duda tiene la sociedad fiduciaria aquí accionada, 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 del particular accionado, 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 oca-sione a quien se halce en estado de subordinación o indefensión frente al causante del desmedro alegado.

3- Con observancia de las anteriores reflexiones y valorados los hechos en que el quejoso sustenta el amparo por él deprecado, forzoso es, como lo coligió el *a quo*, sostener la abierta improcedencia de la acción que se desata, por las razones que pasan a explicarse.

3.1- En esencia, procura aquí el autor del reproche constitucional la defensa de su derecho a percibir la pensión que tiene reconocida por Acerías Paz del Río S.A., derecho este que estima amenazado con la transferencia de que trata su queja, pues al ser las acciones dadas en pago el principal activo patrimonial de la empresa, el pasivo pensional que ella soporta, quedó sin garantía suficiente que respalde su oportuna atención hacia el futuro.

3.2- Con ese entendimiento de las cosas debe, entonces, preguntarse, si la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. ha desarrollado u omitido desarrollar, de manera contraria a la Constitución Nacional y/o a la ley, alguna ac-

ción que, en forma directa, esto es, mediando un nexo de causalidad, haya amenazado, como lo dice el censor, su derecho a percibir el pago efectivo de la pensión, interrogante que, forzosamente, debe absolverse negativamente.

En verdad, según se deduce del "contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y fuente de pago", consideradas sus modificaciones, ajustado el 1º de julio de 1994 entre Acerías Paz del Río S.A. y Fiduangular S.A., propio es ver que por virtud de tal contrato, la primera de las empresas citadas se desprendió en favor de la segunda de la propiedad de las acciones que tenía en la sociedad Cementos Paz del Río S.A., constituyéndose con ellas un patrimonio autónomo establecido para los fines de la fiducia misma, es decir, para garantizar el pago a los acreedores de Acerías Paz del Río S.A. que ésta señaló y que como beneficiarios participaron también en la celebración de la aludida convención.

Traduce lo expuesto, que no fue la transferencia que la aquí accionada hizo a los acreedores de Acerías Paz del Río S.A. la que determinó que las acciones traspasadas dejaran de integrar el activo patrimonial de dicha sociedad, sino que esa mutación tuvo ocurrencia muy anterior, a mediados de 1994, cuando por virtud del contrato de fiducia de que se trata las acciones pasaron a cabeza de Fiduangular, no como parte de su patrimonio sino para, como ya se dijo, integrar un patrimonio autónomo con fin específico.

Así las cosas, de admitirse, en gracia de discusión, que el desprenderse Acerías Paz Del Río S.A. de las referidas acciones es un acto lesivo de los derechos fundamentales de sus pensionados, por no contar ellos con un activo patrimonial que garanticee suficientemente el pasivo pensional a su cargo, dicho comportamiento, en ese supuesto, no es atribuible a Fiduangular y menos puede ser considerado como el resultado de la operación de traspaso aquí cuestionada (de Fiduangular a los acreedores de Acerías Paz Del Río S.A.), pues, se insiste, para el momento en que tuvo lugar la reprochada negociación, las acciones de Cementos Paz del Río S.A. ya no eran de propiedad de Acerías Paz del Río S.A.

3.3- Lo expresado permite colegir, por tanto, que la transferencia que hizo Fiduciaria Anglo S.A. a los acreedores de Acerías Paz del Río S.A. no corresponde a una acción Contraria a la Constitución Nacional y menos al artículo 9º del Decreto 1572 de 1973, ya que para cuando tuvo lugar la misma las acciones no eran de propiedad de la obligada al pago de las pensiones cuya protección ordenó el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, siendo imposible deducir, entonces, que la comentada operación haya sido causa de amenaza o lesión del derecho a recibir el pago de su pensión del aquí accionante, o en general, de sus derechos fundamentales.

3.4- En orden a lo que se deja considerado debe agregarse, que si a juicio del autor de la demanda constitucional el contrato de fiducia a que

se ha hecho alusión, y que, se recuerda, fue celebrado el 1º de julio de 1994, afecta sus derechos, correspondía a él accionar contra el mismo mediante la promoción del correspondiente proceso para que, agotado su trámite, el juez natural competente resolviera lo pertinente, lo que no hizo a pesar del tiempo transcurrido.

3.5- Se sabe, porque así lo ha sostenido de manera constante la jurisprudencia constitucional, que no puede remitirse al mecanismo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política a efecto de dilucidar cuestiones eminentemente litigiosas derivadas de un contrato, lo que sólo puede hacerse ante los jueces naturales y a través del proceso correspondiente, debido a que el mecanismo excepcional de que se trata no fue ideado para sustituir los procedimientos que la ley, con apoyo en la Constitución misma, consagra para la solución de controversias entre particulares, como aquí acontece.

3.6- Ya sea que la tutela se interponga como mecanismo directo de protección o como mecanismo transitorio, ella, cuando está dirigida contra un particular, debe ubicarse en alguno de los eventos desarrollados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, requisito que en el sub lite no se aprecia cumplido, pues es lo cierto que Rangel Duque no es un subordinado de la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., ya que a ella nada lo ata, y que tampoco se encuentra respecto de tal persona jurídica en estado de indefensión, en tanto que, como ya se acotó, él ha podido enervar procesalmente el indicado contrato de fiducia mercantil, así como la transferencia que de las referidas acciones hizo la querellada en desarrollo de ese acuerdo de voluntades.

4- De contemplarse la solicitud de tutela a la luz del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, no encuentra la Corte que pudiera admitirse su prosperidad, porque no fluye de los autos que se reúnan los requisitos que la jurisprudencia constitucional tiene dictaminados para el acogimiento de la tutela transitoria, esto 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, immediatez y urgencia que hace impostergable el remedio constitucional.

Conforme lo expresado en el punto anterior, no se detecta en el comportamiento de la entidad querellada una acción o una omisión ilegítima conciliante de los derechos del peticionario, a lo que se suma que no hay aquí comprobación de que el accionante enfrente un perjuicio irremediable.

5- Corolario de lo expresado es que, como se resolverá, 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 veintinueve (29) de junio 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.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvito Fernando Trejos Bueno.

TRATAMIENTO MEDICO, EPS: Diagnóstico de enfermedades. Los exámenes tendientes a contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad no están contemplados en las exclusiones del POS, la EPS debe prestar la atención médica en estos casos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente No. 6759

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia de 30 de junio del año en curso, proferida por la Sala Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, mediante la cual se concedió la acción de tutela interpuesta por Marleny Torres Ladino, en representación de su menor hijo Camilo Andrés Camacho Torres, contra la Empresa Promotora de Salud "Saludcoop", Regional Llanos.

ANTECEDENTES

1. Actuando en la calidad antes dicha, la accionante solicita el amparo del derecho fundamental a la vida de su menor hijo, supuestamente vulnerado por la entidad accionada.

En concreto pide, se ordene al Director de "Saludcoop", Regional Llanos, adoptar las medidas necesarias en orden a que se le practique a su hijo Camilo Andrés, un examen PH metria esofágica pediatrica, a fin de determinar el tratamiento a seguir para el control de la enfermedad que padece.

2. La petición referenciada la funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1 Camilo Andrés Camacho Torres, su hijo, nació el 3 de abril de 1995 y se halla amparado, como beneficiario suyo, por el Sistema de Seguridad Social en Salud.

2.2 El 22 de enero de 1996, el menor fue remitido por "Saludcoop" a la Fundación Cardioinfantil, dado que presentaba problemas de duodenitis y refluo gastroesofágico, grado II, practicándose allí un examen de esofagogastroduodenoscopia el que, din como resultado una esofagitis erosiva, grados I y II.

2.3 Para controlar tal enfermedad se le dio el tratamiento del caso, sometiéndolo a controles periódicos y suministrándosle medicamentos especiales, con lo cual ha evolucionado favorablemente. Empero, presenta un cuadro bronquial SBO, debido al cual se le ha formulado por el médico tratante, una PH metria esofágica pediátrica, para aclarar el diagnóstico, suspender, cambiar o seguir con el actual tratamiento, examen que no se le ha practicado porque "Saludcoop" O.C. Regional Llanos, se ha negado a dar la autorización requerida, argumentando que no está contemplado en el P.O.S y, por ende, no tiene la obligación de costearlo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

Luego de relacionar los antecedentes del asunto y precisar el marco jurídico y la finalidad ontológica de la acción de tutela, descendió el a quo al caso objeto de su decisión, señalando que el hijo de la accionante cuenta con 4 años de edad y se halla afiliado, como beneficiario de su progenitora, la accionante, a la Empresa Promotora de Salud "Saludcoop", Seccional Llanos, dada la condición de empleada de Cofrem, que ostenta aquélla.

Siendo tal, agrega, la edad del mencionado niño, ha de señalarse que así no se halle en peligro su vida, el derecho a su salud se encuentra amparado por el art. 44 de la norma superior consagratoria de los derechos fundamentales de los niños, los que a términos de dicha disposición "prevalecen sobre los derechos de los demás".

De otra parte, prosigue, la Ley 100 de 1993 estableció el sistema general de seguridad social en salud, del que hacen parte las Empresas Promotoras de Salud, en su condición de Organismos de Administración y Financiación (arts. 152 y ss.), prescribiendo en su art. 164 ibidem que "...el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilién al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrá exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año"; y que para períodos menores de cotización, el acceso a tales servicios requerirá de un pago por parte del usuario, el que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica.

En el caso de la accionante y su hijo, continúa diciendo el Tribunal, se encuentran afiliados a "Saludcoop" para el Plan Obligatorio de Salud, desde el 17 de enero de 1996 y, por ende, su atención médica no puede tener limitación alguna, como tampoco existe a su cargo la obligación de cance-

lar emolumentos extras para tener acceso a la debida atención médica, toda vez que el periodo límite de las 100 semanas de cotización ha sido ampliamente superado, hecho que no es objeto de controversia.

Siendo así las cosas, resulta incuestionable que la Empresa Promotora de Salud no puede sustraerse a la obligación de que al afiliado se le presten los servicios médico-asistenciales requeridos, so pretexto de que al Estado corresponde subvencionar parte de sus costos, porque ello opera para el sistema de seguridad social subsidiado, más no para el contributivo a la que está adscrita la accionante y su hijo.

Tampoco le es viable alegar a la entidad accionada que el examen requerido por el menor Camilo Andrés, esto es, el de PH METRIA, no puede autorizarse en razón de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 1938 de 1994, referente a que "el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad...", porque dentro de ellos no se encuentra previsto el examen requerido por el mencionado niño, quien está recibiendo tratamiento médico en la E. P. S. accionada, desde el mes de enero de 1996, según se aprecia de las copias de su historia clínica.

En fin, concluye el *a quo*, la atención médica que "Saludcoop" presta y debe prestarle al menor, no es un obsequio sino una contraprestación derivada de los aportes que para ello vienen haciendo tanto la empresa donde trabaja la accionante, como ella misma; desde luego, en sentido contrario nada se demostró.

Con sustento en tales razonamientos concedió el amparo implorado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Sostiene el representante de la entidad accionaria, en resumen, que el Decreto 5261 de 1994 contiene el listado de procedimientos que las Entidades Promotoras de Salud deben suministrar a sus afiliados, dentro del cual no se halla el examen solicitado por la accionante. De ahí que la decisión de no asumir los costos económicos del mismo, no constituya violación del derecho irrenunciable a la seguridad social, ya que tal condición se predica en concordancia con el cumplimiento de los requisitos legales para su acceso.

En consecuencia, las personas que requieran de servicios que no se encuentren incluidos en el P.O.S., deben pagar los servicios que excedan los definidos en la ley y los decretos reglamentarios, en la IPS de su elección cuando tengan capacidad de pago, o acudir a la red hospitalaria pública.

A las entidades promotoras de salud se les dio una concesión de servicios limitados, con un reconocimiento también limitado de recursos y,

por ende, es grave en extremo que al concesionario se le obligue a prestar servicios no previstos en la ley que regula su prestación, ni en la "nota técnica", pues el irrespeto a las normas mínimas de la concesión del Sistema de Salud, torna incierto el futuro de la reforma.

En todo caso, concluye, el fallo de tutela debe ser revocado por improcedente, dado que no se reclama la protección de derechos fundamentales sino de contenido económico y rango legal; ahora, en caso de confirmarse, debe ordenarse al Ministerio de Salud y/o al Fondo de Reconocimiento de enfermedades catastróficas u otros recursos con destino al Plan Obligatorio de Salud, el pago de los medicamentos que sean suministrados por "Saludcoop OC, EPS".

CONSIDERACIONES

1. 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, en el propósito de garantizar que los servicios médico-asistenciales cubran de manera efectiva y en igualdad de oportunidades, a todos los usuarios de la seguridad social (art. 48 ibidem). 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.

Ahora bien, la función genérica del Estado, en materia de seguridad social, se concreta en la responsabilidad que asume por el efectivo y real cumplimiento por parte de la entidad pública de previsión a la cual se encuentra afiliado el trabajador. De ahí que el Decreto-Ley 3135 de 1968 (arts. 14 a 29, entre otros), al enumerar 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 previsión...", radicando en ella las pertinentes obligaciones que son propias de este servicio público.

2. En relación con el derecho fundamental a la vida (art. 11 ibidem), 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 promociona, 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 amenace, sin importar la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza, con tal que ella sea cierta.

3. En el caso que ocupa la atención de la Corte, está por lucra de toda discusión que la accionante y su menor hijo tengan derecho a gozar de los beneficios otorgados por el Plan Obligatorio de Salud, como también que aquélla tenga cotizadas el mínimo de semanas exigidas por el art. 164 de la Ley 100 de 1993, para que tanto ella como su hijo tengan acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo, por lo que de acuerdo con tal legislación no están sujetos a limitaciones para el acceso a una debida atención médica con cargo a la entidad accionada.

El punto que suscita enfrentamiento entre la peticionaria del amparo y "Saludcoop", es el concerniente con la práctica del examen de "PH metría esológica pediatrica", al menor Camilo Andrés Carnacho Torres, ya que mientras aquélla exige que se efectúe a costa de dicha Empresa Promotora de Salud, esta se niega a subvencionarlo bajo el argumento de que el mismo no se halla incluido en el manual de actividades y procedimientos reglamentado por el Decreto 5261 de 1994.

Sobre el particular es de verse que el Decreto 806 de 30 de abril de 1998, mediante el cual se reglamenta la Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional, "tanto como servicio público esencial como servicio de interés público a cargo de particulares o del propio Estado, el tipo de participantes del Sistema, la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y los derechos de los aliados...", y se derogan los Decretos 1919 y 1938 de 1994, establece en cuanto a exclusiones y limitaciones: "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 y rehabilitación de la enfermedad;..." (cursiva fuera del texto).

Aún más, regulación semejante se contiene en la Resolución No. 5261 de 1994 (citada por la entidad accionada como sustento de su impugnación), pues el art. 18 estatuye: "...el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades y procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad;..." (cursiva fuera del texto).

Frente a tal preceptiva, es claro que el menor Camilo Andrés, tiene derecho a que se le practique el examen ordenado por el médico tratante, esto es, el "PH metría esológica pediatrica", porque el mismo se requiere,

según aquél, para aclarar el diagnóstico de la enfermedad que padece (Cuadro Bronquial SBO) y definir el tratamiento médico a seguir, de donde no queda comprendido dentro de las exclusiones y limitaciones del P.O.S.

La negativa, entonces, a practicarle dicho examen al menor, no solo es contraria a las citadas disposiciones legales, sino también al art. 44 de la Carta Política, en cuanto consagra como derechos fundamentales de los niños, entre otros, los de la vida, la salud, la seguridad social, e impone que sus prerrogativas prevalecen sobre los derechos de los demás:

4. Fluye como corolario de lo discernido que el falló impugnado se ajusta a derecho y, por consiguiente, habrá de recibir la correspondiente confirmación.

DECISIÓN:

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

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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Ferrerulo Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION DEL ESPACIO PUBLICO: Notificación. La resolución que decide la restitución debe notificarse a los destinatarios de la orden (artículo 3 Decreto 640 de 1937). El método empleado por el Inspector no permite establecer si el oficio fue recibido por algún ocupante del predio.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 6773

Decidese la impugnación formulada por la Alcaldía Mayor de Cartagena contra el fallo del 21 de junio de 1999, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil-Familia - del Distrito Judicial de esa misma ciudad, en el trámite de la tutela promovida por Pablo Obregón González del Corral contra la impugnante.

ANTECEDENTES

1. El aludido accionante propuso acción de tutela contra la alcaldía en mención, aduciendo la vulneración de los derechos al debido proceso y a la propiedad; y como protección pide que se deje sin efecto todo lo actuado por la autoridad accionada en el proceso de restitución de bien de uso público que adelantó en su contra.

2. Expone como sustrato fáctico que mediante escritura pública 1839 de 1988, otorgada en la Notaría 1a. de Cartagena, adquirió un solar en esa ciudad, respecto del cual la autoridad accionada, por Resolución No. 2198 del 6 de agosto de 1998, le ordenó la restitución de una parte por considerar que es de uso público de la Nación, proveido contra el que procedían los recursos de ley, que no ejerció debidamente a que se enteró de la existencia del proceso policial estando ya ejecutoriada la nombrada resolución y pendiente de su materialización por la Inspección de Policía del lugar.

Alega el petente que le fueron desconocidos los derechos alegados toda vez que no se cumplió con el trámite aplicable a estos casos, establecido en

el Decreto 640 de 1937, dado que no existió auto que avocara el conocimiento del asunto, ni se le notificó personalmente el inicio de la querella policial, como tampoco se le dio noticia de la misma al Ministerio Público; Igualmente, nunca se le escuchó en descargos ni mucho menos se le dio la oportunidad de controvertir la prueba pericial base del proceso en su contra.

Dice que como los fallos policivos no son susceptibles de acción contencioso administrativa, el medio expedito para solicitar que el proceso se adelante conforme a la ley es la tutela.

3: La Alcaldía accionada replicó la solicitud de amparo argumentando, en resumen, que el derecho de propiedad alegado queda desvirtuado con un informe rendido en 1993 por los peritos navales de la Capitanía de Puerto de Cartagena, quienes informaron que parte del predio del accionante lo constituyan terrenos de bajamar y aguas marítimas someras, rellenadas artificialmente, con un área correspondiente a la Nación de 311.6 metros cuadrados, que se considera bien de uso público y se encuentra dentro de la jurisdicción de la Dirección General Marítima. Respecto de la notificación personal manifiesta que el 11 de agosto de 1998 el Subsecretario de Gobierno Distrital ofició para que el actor compareciera a recibirla, pero no lo hizo, por lo cual al cabo de cinco días se procedió conforme al artículo 45 del C. Contencioso Administrativo, de suerte que el no haber usado los recursos allí establecidos es falta atribuible a dicho interesado.

Por otra parte, asegura, con base en sentencia del Consejo de Estado de 3 de mayo de 1990, Sección Tercera, que al contrario de lo dicho por el accionante, la Resolución que ordena la restitución por ser una actividad de entidad pública sí puede ser demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa por lo que al existir otro medio de defensa judicial se hace improcedente la tutela.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El tribunal, después de referirse brevemente a la tutela y a las normas legales sobre "los bienes de uso público", pasa al estudio del caso concreto, clarificando la competencia especial de la Dirección General Marítima para la restitución de bienes de uso público y, general, de la Alcaldía de Cartagena para conocer a prevención sobre este asunto. Luego determina que el procedimiento policial seguido por la accionada vulneró el debido proceso toda vez que previo a la restitución del bien, debió implementarse la garantía de este derecho ya que después del informe inicial de EDURBE se constató que no se siguieron los pasos establecidos en el Decreto 640 de 1937, omisión que constituye una infracción constitucional que debe ampararse y que se hizo mayor cuando tampoco se le notificó debidamente la Resolución 2198 del 6 de agosto de 1998, que ordenó la restitución, de acuerdo con el C.C.A., ya que no se le envió por correo certificado al

interesado a la dirección suministrada por él en su primera actuación en el proceso, puesto que jamás tuvo esa opción.

Señala el grave estado de indefensión del accionante frente al proceso policial, por lo que a pesar de que existe otro medio judicial para su defensa, es de mayor eficacia la tutela para la protección del debido proceso y a su vez del derecho de defensa.

Por tales motivos, el sentenciador concede la tutela y ordena a la autoridad accionada que deje sin efectos la Resolución 2198 de 1998, a fin de que adelante la actuación con sujeción al procedimiento legal y de acuerdo con lo considerado por en la parte motiva.

LA IMPUGNACIÓN

Expresa la alcaldía accionada en su disensión, en resumen, que de conformidad con el concepto del 16 de julio de 1998 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en este tipo de procesos 'no hay auto de asunción de conocimiento'; y que el Decreto 640 de 1937 al hablar de la notificación personal del primer auto que en estos casos dictan los alcaldes, se refiere es a la providencia que ordena la restitución, pues es la primera que se dicta.

Insiste en que se remitió comunicación a los querellados, entre ellos el accionante para que compareciera a recibir la notificación de la resolución de marras, pero como no comparecieron se hizo por edicto; además de que los mismos estaban enterados del proceso porque su attendatario presentó un escrito donde manifiesta que se veía perjudicado con la restitución y el actor Obregón González otorgó poder a un abogado el 19 de febrero del presente año para que lo defendiera.

CONSIDERACIONES

1. Delanteramente se debe anotar que cuando la Alcaldía de Cartagena de Indias ordenó, a través de la Resolución 2198 del 6 de agosto de 1998 (fl. 32 c. 1), la restitución de la zona de uso público adyacente al predio cuya propiedad reclama el accionante, por considerar que dicho sector pertenece a terrenos de bajamar y aguas marítimas someras, situada a un lado del Caño de Bazurto, ajuñó en desarrollo de una conducta lícita, consistente en el deber que tiene de velar por la protección del espacio público y su destinación al uso común, que prevalece sobre el interés particular, según el artículo 82 de la Constitución; preceptiva desarrollada en varios ordenamientos, como el Decreto 640 de 1937 -en lo que aún está vigente¹, el Código Nacional de Policía (arts. 124 y 132), la Ley 9 de 1989 (arts. 5 y ss.) y la Ley 388 de 1997, entre otros.

¹ Véase providencia del 16 de julio de 1998, del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (consulta 1089).

En tal acto, por sí solo, no puede hallarse vulneración de los derechos fundamentales del actor, toda vez que la autoridad accionada procedió en acatamiento a lo consagrado en los artículos 1 del Decreto 640 de 1937 y 132 del Código Nacional de Policía, según los cuales, una vez quede establecido el carácter de uso público de la zona ocupada, debe el respectivo burgomaestre ordenar su restitución, sin que pueda calificarse de indiscutiblemente arbitrario el procedimiento adelantado, ya que como lo dejó sentado el Consejo de Estado en la providencia antes citada, la recuperación de los bienes de uso público, de acuerdo con tales normas, se realiza con un procedimiento administrativo expedito, de fideicomiso policial, dada la trascendencia e interés social de los mismos, donde no hay "auto de asunción del conocimiento" o de inicio del trámite, puesto que al ocupante infractor se le notifica personalmente la resolución sobre restitución e imposición de multas, la que puede recurrir en reposición y apelación; medios estos que, agrega la Corte, son los que el legislador ha contemplado para la salvaguarda del debido proceso (arts. 4 Dec. 640/37 y 132 C. N. P.), además de que el desalojado puede proponer las acciones que estime pertinentes.

2. Sin embargo, en la notificación de la resolución antes referida, si se observa quebrantamiento del derecho al debido proceso, pues como ese trámite es *sui generis*, excepcional, en el cual la primera providencia es normalmente la misma que ordena la restitución, es apenas natural, para salvaguardia del derecho de defensa que allí tendría cristalización con el ejercicio impugnativo antes comentado, que se procure ponerla en conocimiento cabal de los destinatarios de la orden aludida (art. 3 Dec. 640/37); cosa que aquí no ha ocurrido, por supuesto que el mecanismo notificativo por el que optó la alcaldía no permite detectar si el oficio dirigido al accionante para que compareciera a recibir notificación de la resolución, fue efectivamente recibido por él o por algún ocupante del predio (fl. 31 c. 1).

3. De manera que conforme a lo discurrido, la irregularidad antes comentada conduce a concluir que para efectos del restablecimiento respectivo, la concesión de la tutela solo debe afectar la actuación cuestionada a partir de la notificación de la Resolución 2198 de 1998, para que se proceda nuevamente a adelantar ese trámite de comunicación en debida forma, en aras de garantizar el derecho de defensa del accionante.

4. Surge así que la impugnación prospera parcialmente, debido a que el fallo impugnado se modificará en los términos expuestos.

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:

Modificar el numeral primero (1º) del fallo de fecha y procedencia anotadas, en cuanto que para el cumplimiento de la tutela que se concede, se ordena al Alcalde de Cartagena de Indias que en el término de 48 horas deje sin efectos el trámite administrativo objeto de esta acción, pero solo a partir de la notificación de la Resolución 2198 del 6 de agosto de 1998, con el fin de que proceda nuevamente a notificar dicha providencia al accionante, en legal forma.

Comuníquese esta decisión a las partes mediante telegrama u oficio y remitanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL: Empleados nacionales y regionales. Si bien el escalafón docente es uno solo, la forma de vinculación laboral puede ser diferente; y si en razón de ello la remuneración establecida por los distintos empleadores también es diferente, la nivclación o equivalencia de los salarios solamente puede ser el resultado de una dinámica de carácter general, impersonal y abstracta como la que pretendía lograrse con el acta de compromiso que sirve de estribo a la demanda, aspecto inherente a la política salarial de una entidad territorial cuyo control escapa a la acción de tutela.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 6809

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de dos (2) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juan de Pasto, por medio del cual se denegó la solicitud de amparo constitucional elevada por los señores Eufemia Vltery, Javier Eduardo Goyes Ceballos y Luis Carlos Quetama, quienes actúan por intermedio de apoderado judicial, contra el señor Alcalde Municipal de Iles.

ANTECEDENTES

Valorados en conjunto los escritos de tutela visibles a folios 1 a 4 y 32 a 33 del cuaderno principal del expediente se extrae que los accionantes procuran la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, al debido proceso administrativo, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la educación y capacitación, al principio de la buena fe y, en general, de los demás derechos de que ellos son titulares y que, conforme lo aquí actuado, se establezcan lesionados con las conductas que reprochan al accionado.

Solicitan, en concreto, que el querellado dé cumplimiento al convenio contenido en el Acta de compromiso suscrita el 25 de noviembre de 1998, que se le ordene "realizar los trámites legales pertinentes con el fin de cancelar los salarios de acuerdo al grado en el escalafón y el porcentaje libremente concertado del 76.5% teniendo en cuenta la tabla salarial de los docentes del MEN vigente para el presente año", así como que no vuelva a incurrir en conductas similares a las aquí denunciadas, y que se comunique la determinación que aquí se adopte a la Procuraduría Departamental para que vigile el cumplimiento de la misma.

En síntesis relatan los peticionarios que desde hace varios años laboran como docentes al servicio del Municipio de Iles y que "a pesar de trabajar en condiciones idénticas de igualdad respecto de los profesores nacionalizados, nacionales y departamentales, los salarios que han venido percibiendo, son notoriamente discriminatorios frente a éstos últimos docentes", situación agravada por el hecho de no estarse dando cumplimiento a lo estipulado en el acta de compromiso suscrita por el Alcalde demandado y por miembros del Concejo Municipal de la citada localidad, que se refiere a la remuneración y prestaciones de los docentes del Municipio.

Adicionalmente individualizan sus personales situaciones destacando que en el caso de Javier Goyes Ceballos desde enero de 1998 se ha venido desconociendo el grado que ostenta en el escalafón (8º) y se le rebajó su salario al que recibe un grado 7º; en cuanto a Eusemia Vilery se indica que en julio de 1998 ascendió al grado 8º y que pese a haberse comunicado la novedad no se le está cancelando el salario respectivo conforme tal escalafón; respecto de Luis Carlos Quétama se puntualiza que adquirió el grado 7º en septiembre de 1998 y que tampoco su remuneración se acompaña a dicho escalafón.

Resaltan los quejoso que el señor Alcalde del Municipio de Iles, según oficio 089 de 27 de abril último, "explicítamente niega el reconocimiento del derecho a percibir los salarios de acuerdo al escalafón docente y en consecuencia, con claro abuso de poder y violación al principio de la buena fe desconoce el Acta de Compromiso por él suscrita en representación de la administración del Municipio de Iles, justificando el incumplimiento de los deberes constitucionales y legales en la manoseada figura de la autonomía administrativa".

Mediante auto del 22 de junio de 1999, se hizo extensivo el trámite respecto de los miembros del Concejo Municipal, quienes fueron notificados mediante telegramas.

FALLO DEL TRIBUNAL

No accedió el a quo a brindar el amparo constitucional suplicado por las razones que pasan a compendiarse: no se establece violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política por

cuanto los peticionarios no están escalafonados como docentes nacionales o departamentales y, por lo mismo, no pueden pretender que se aplique a ellos el régimen que impera para tales docentes; el desconocimiento por parte del accionado de la acta de compromiso a que aluden los quejoso no traduce la concurrencia del derecho al debido proceso administrativo, sino el incumplimiento de una obligación, que posibilita la acción contenciosa administrativa conducente para forzar la satisfacción de las obligaciones a cargo del Municipio; no es admisible la violación del derecho al trabajo de los accionantes, derecho este que solamente es susceptible de protegerse por vía de tutela cuando el afectado enfrenta un perjuicio irremediable, por cuanto "se evidencia que los accionantes..., están devengando un salario, por la docencia que prestan; el aumento salarial que pretenden cobrar, bien pueden reclamarlo a través del procedimiento adecuado, tramitado ante el Juez competente....". Agrega el Tribunal la inaplicabilidad en este caso de tutela de los criterios adoptados en la sentencia T-007 de 16 de enero de 1995 por cuanto ella responde a circunstancias totalmente diferentes a las que sustentan este caso de tutela.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado que representa a los accionantes la impugna y en respaldo de tal cuestionamiento expone: que no es justificación suficiente para descartar la violación del derecho a la igualdad el hecho de que la nominación de los aquí peticionarios sea diferente a la de los docentes nacionales o departamentales; la situación denunciada por los quejoso muestra que "el servicio público de educación es caótico y, generalmente ha sido causado por el mismo Estado ya que no se le reconoce la importancia para el desarrollo humano y material de la Nación", estado de cosas que contradice los fines del estado social de derecho previstos en los artículos 1º y 2º de la Carta Política; la existencia de otras formas ordinarias de defensa a disposición de los accionantes no impide la prosperidad de la acción de tutela pues esos mecanismos, frente al caso particular que se analiza, no se muestran idóneos, ni eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales de los aquí interesados; la actitud del Alcalde querellado contradice las sentencias C-252 y T-102 de 1995 de la Corte Constitucional relativas al salario mínimo profesional de los docentes sin importar si son del sector oficial o del privado y al deber de permanente actualización de todos los salarios; y que la acción se ha dirigido a lograr el cumplimiento de un compromiso del demandado que implica la nivelación o aumento del salario mínimo profesional de los educadores oficiales y el reconocimiento de ascensos fijados en tal pacto.

CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero resaltar que con la presente acción de tutela sus autores pretenden el cumplimiento de un Acta de Compromiso que se

traduce en un aumento salarial, y que como resultado de ello se ordene al Alcalde realizar los trámites orientados a que los pagos respectivos se hagan conforme a lo allí previsto.

Frente a tal propósito concreto no puede predicarse la acusada violación al derecho a la igualdad por el incumplimiento del acuerdo plasmado en el acta de compromiso suscrito entre los demandados, puesto que la nivelación salarial a que se aspira solo se alude en dicha acta respecto de otros docentes del nivel nacional, quienes por lo mismo tienen un vínculo laboral distinto que explicaría tanto la diferente remuneración como el hecho de que se hubiese expresado un compromiso de aumento salarial por un porcentaje de lo que aquellos devengan.

Entonces, no existe acto u omisión de los demandados que conlleve trato discriminatorio, pues obviamente no son ellos quienes establecen un pago superior al personal docente del nivel nacional, lo cual reconocen los mismos accionantes con su aspiración a un estipendio porcentual de la remuneración de aquellos como punto de referencia, y tan solo se aprecia un compromiso para el aumento cuyo incumplimiento no implica una concreta discriminación o trato diferente frente a un personal que tiene diferente empleador.

Si bien el escalafón docente es uno solo, la forma de vinculación laboral puede ser diferente; y si en razón de ello la remuneración establecida por los distintos empleadores también es diferente, la nivelación o equivalencia de los salarios solamente puede ser el resultado de una dinámica de carácter general, impersonal y abstracta como la que pretendía lograrse con el acta de compromiso que sirve de estribo a la demanda, aspecto inherente a la política salarial de una entidad territorial cuyo control escapa a la acción de tutela.

2. En lo que se refiere a la existencia de otros medios de defensa, es claro que tal causal de improcedencia se opone al reclamo concreto por la afirmada falta de la remuneración correspondiente al grado que han alcanzado los demandantes en el escalafón, lo cual, de todos modos, constituye la solicitud de protección a un derecho de estricto rango legal que no se puede obtener a través de la acción de tutela conforme a lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 306 de 1992.

3. Finalmente, en cuanto a que con la omisión en que incurren los demandados se contradice la jurisprudencia constitucional en materia de salario mínimo profesional sin distinción entre los docentes de los sectores oficial y privado, y respecto de la necesidad de una actualización permanente de todos los salarios, se tiene que no son aspectos aplicables al presente asunto pues a pesar de que aún no se haya dado cumplimiento al acta de compromiso, esa conducta no comporta una discriminación de los demandantes frente a educadores del sector privado, sino que la referencia se hace respecto de otros docentes del sector oficial, y tampoco se

advierte que el acusado incumplimiento radique en la negativa de un incremento, situaciones que de todos modos también resultan ajenas a la acción de tutela.

4. Todo conduce a que la sentencia impugnada deba confirmarse, por las razones que se exponen en el presente fallo.

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 tres (2) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juan de Pasto.

Notifíquese esta determinación a las partes por telegrama; y en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Ofíciase como corresponda.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

EPS: 1. SIDA. La negativa del accionado a suministrar los medicamentos y practicar los exámenes de carga viral al actor, a pesar de tener un sustento en normas legales y reglamentarias, no es legítima por lo que deben inaplicarse en este específico asunto. Desde luego que ello no va en perjuicio para que la EPS pueda solicitar al Estado Colombiano, Ministerio de Salud, a través del Fondo correspondiente, el reembolso de los gastos /2. **Reaseguro.** La figura del reaseguro plasmada en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 sólo procede en los casos en que, conforme las normas legales que rigen el POS, si corresponda a las EPS asumir, en todo o en parte, el valor de la "atención de las enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad social como de alto costo" y respecto de las sumas materia de su exclusiva responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).-

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechuria Simancas

Ref.: Expediente No. 6878

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de doce (12) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio del cual se otorgó el amparo constitucional pedido por el señor J.A.A., quien solicita se mantenga en reserva su identidad, contra Comfenalco - EPS.

ANTECEDENTES

1.- Reclama el accionante la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la igualdad y la dignidad humana, para lo cual, en términos generales, solicita se ordene a la Empresa Promotora de Salud accionada le preste la atención médica - asistencial que requiere y le suministre los medicamentos que le sean formulados.

Son los hechos de la queja, que el accionante padece del virus de inmunodeficiencia humana (VIH); que él se encuentra afiliado a la entidad contra quien se dirige el reclamo; que no dispone de los recursos económicos para costear su tratamiento; y que Comfenalco EPS le ha negado la atención que requiere, por no reunir el requisito establecido en el Decreto 806 de 1998 para la atención de enfermedades catastróficas o de alto costo, como es haber cotizado como mínimo 100 semanas, de las cuales 26 lo hayan sido en forma consecutiva dentro del último año.

2.- Al dar Comfenalco EPS respuesta a la solicitud de tutela, con base en la Ley 100 de 1993, en el Decreto 806 de 1998 y en la Resolución 5261 de 1994, concluye, que la entidad no le ha negado la asistencia médica al autor de la queja; que ella está dispuesta a cubrir "el tratamiento y los exámenes clínicos que requiera el accionante de acuerdo a las semanas cotizadas, las cuales a la fecha son 16, teniendo derecho a que sea reconocida (sic) el 16% del costo de su respectivo tratamiento, de acuerdo a lo consagrado en el Decreto 806/98 en su artículo 60"; y, que "Si el señor... demuestra que no tiene capacidad de pago para cancelar el excedente del tratamiento requerido, la prestación del servicio por parte del Estado se debe hacer a través del Régimen Subsidiado o la Red Pública del Municipio de Cali".

Consecuencia de lo anterior, es que la querellada solicite no acceder a la demanda de tutela, o, subsidiariamente, en caso de acogerse el pedido del enfermo, se ordene que su atención se preste por el régimen subsidiado de salud o por la red pública, o se autorice a Comfenalco EPS "para que repita contra el Ministerio de Salud Pública con cargo a la subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, todos los valores que por conceptos de servicios de salud, en exceso a lo contemplado en la Ley, deba suministrar al accionante".

3.- Como quiera que el Tribunal, mediante el auto de 25 de junio último, dispuso la citación del Ministerio de Salud para que interviniere en este asunto, el Jefe del Programa de Representación Judicial del Ministerio allegó el escrito que milita a folios 29 a 41 del cuaderno No. 1, en donde analiza a la luz de la Constitución Nacional, de la Ley 100 de 1993, del Decreto 806 de 1998 y de las resoluciones que ha expedido, la cobertura del plan obligatorio de salud en materia de tratamientos y medicamentos, especialmente cuando se trata de enfermedades ruinosas o catastróficas como el SIDA. Trae a colación los recursos de que dispone el Sistema de Seguridad Social en Salud y destaca que si bien es cierto, en algunos casos procede autorizar el reembolso de los dineros que paguen las Empresas Promotoras de Salud por fuera del Plan Obligatorio de Salud, debe siempre tenerse en cuenta que esos gastos están por ellas reasegurados.

FALLO DEL TRIBUNAL.

El Tribunal Superior del nombrado Distrito Judicial tuteó los derechos fundamentales del accionante y, consecuentemente, impidió la orden a la pluricitada entidad para que "preste al accionante....., con diligencia, adecuada e integral atención en salud, que comprende exámenes de laboratorio, hospitalización, cirugías, atención de especialistas, prótesis, suministro de medicamentos, sin necesidad de acudir a nuevas acciones de tutela, so pena de las acciones y sanciones contempladas en los artículos 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991".

Apoya el *a quo* la decisión así descrita en la prevalencia de las normas constitucionales, por virtud de la cual, estima, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha sostenido, que en tratándose del derecho a la vida, su ejercicio no puede supeditarse a la satisfacción de requisitos impuestos en la ley. De suyo, en el caso sometido a su conocimiento colige, que la negativa de la EPS a prestar la atención médica asistencial que necesita el peticionario, comporta la concurrencia de tal derecho fundamental.

IMPUGNACIÓN

Con apoyo en los artículos 60 y 61 del Decreto 806 de 1998 y aduciendo, en respaldo de su inconformidad, que el Tribunal no accedió al llamamiento en garantía introducido durante el trámite de la primera instancia, como tampoco a autorizar a Comfenalco EPS a repetir contra el Estado las sumas que deba cancelar por virtud del tratamiento que requiere el accionante, la demandante en tutela impugna la comentada sentencia, pretendiendo con ello su revocatoria o, en caso de que se confirme la misma, que se acceda a la pretensión de reembolso a que se ha hecho mención.

CONSIDERACIONES

1- Al haber consagrado la Constitución Política que el derecho a la vida es inviolable, está indicando que debe protegerse a las personas contra toda acción u omisión de cualquier naturaleza, que objetivamente ponga en peligro la vida de un ser humano, derecho éste que, como los otros de ralgambre fundamental, deben ser reconocidos y amparados, en primicia, por el Estado.

En efecto, el derecho a la vida, consagrado por el artículo 12 de la Carta y complementado por otras normas de igual carácter, permite apreciar el alcance de su contenido, respecto del cual ha dicho la Sala "...basta con establecer su importancia para el establecimiento de la personalidad jurídica (art. 14 Constitución Política), elemento fundamental de todo ordenamiento jurídico, así como su vulnerabilidad de tal grado que implica la expresa prohibición de inferir a la persona humana tratos de-

gradantes, inhumanos o discriminatorios (Art. 12). Además, la misma Carta encargó al Estado la protección especial de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (Art. 13), con un alcance tal que incluye, en forma directa, los principios sentados por la normatividad internacional, cuando esos acuerdos han sido debidamente ratificados por Colombia, como es el caso del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en la XXI Sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en 1966, que en su artículo 12 consagra que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental posible y compromete a las Partes a asegurar la efectividad de ese derecho a través de la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas, así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. (Art. 12, numeral 2., literal e y d); el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 5, numerales 1 y 2, reafirma el mismo derecho e impone a los Estados miembros la obligación de salvaguardar la vida y la salud de sus habitantes". (Sent. de 2 de febrero de 1995, Exp. 1959. N. P.).

2- Por su parte, la Corte Constitucional también ha resaltado dicha importancia cuando ha sostenido que "El derecho a la vida se constituye en el más fundamental de los derechos consagrados en la Carta Política de 1991 de manera expresa. Regulado por ésta, desde el primer artículo del capítulo primero del Título II, pone de presente su carácter prevalente y de condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos. El derecho a la existencia vital, es la causa que viene a justificar en últimas la existencia de los demás derechos, dentro de la perspectiva ampliada del anhelo del hombre del 'vivir bien' que se encuentra como inspiradora del resto de derechos fundamentales, asistenciales y colectivos. Esto es lo que justifica en el artículo 11 de la Carta, la inviolabilidad del derecho a la vida y la prohibición complementaria de la pena de muerte. Comprende el derecho a la vida, el derecho a morir de muerte natural, no inducida o provocada. En síntesis, se considera contenido del derecho a la vida, el derecho a no ser privado de ningún miembro corporal o vital, el derecho a la salud física y mental; el derecho al bienestar corporal o súquico y el derecho a la propia apariencia personal." (Sent. T - 374 de 3 de septiembre de 1993)..

3- Ahora bien, el derecho a la vida se encuentra complementado con otros derechos, entre los cuales, merece citarse el derecho a la salud, sin perjuicio de la autonomía de este último.

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 cir-

cunstancia, pudiendo adoptar las medidas que lo aseguren o que, por lo menos, no se le ocasione la muerte. Sinembargo, 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 arrriesgan o quebrantan el derecho a la vida misma.

El derecho a la seguridad social como el derecho a la salud tienen, pues, el carácter de fundamentales, estando a cargo del Estado, como responsable del sistema de seguridad social, brindar a 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, de acuerdo con la ley, tal como está implementado en la Ley 100 de 1993 y en sus decretos reglamentarios.

4- Teniendo por mira las reflexiones anteriores, es preciso abordar el estudio de las relaciones que, en el marco del sistema de seguridad social, existen entre las empresas promotoras de salud y los afiliados a dichas empresas, particularmente en lo que concierne al P.O.S. regulado, cual se dijo, por el sistema de seguridad social, y más exactamente en lo tocante con el contenido de ese plan, que por expresa disposición del artículo 162 de la Ley 100 de 1993 "será el contemplado por el Decreto Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica"; cometido en el que no puede perderse de vista cómo por mandato de dicho precepto "los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema" (Par. 2o. de esa norma).

5- Con todo, es del caso puntualizar que la prestación del servicio de salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud no es ilimitado sino que, por el contrario, conforme la reglamentación que rige el Sistema de Seguridad Social Integral, está sujeto a restricciones.

En efecto, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, tras prohibir en el Plan Obligatorio de Salud la aplicación de preexistencias, señala que "El acceso a la prestación de algunos servicios de altos costos para personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas

en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica".

A su vez el artículo 60 del Decreto 806 de 1998, norma hoy aplicable, prevé: "Definición de los períodos mínimos de cotización. Son aquellos períodos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ser exigidos por las Entidades Promotoras de Salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese período el individuo carece del derecho a ser atendido por la entidad promotora a la cual se encuentra afiliado"; y el artículo 61 del mismo decreto, tal y como también lo consagraba el Decreto 1938 de 1994, establece: "Períodos mínimos de cotización. Los períodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son: Grupo 1: Un máximo 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....".

6- 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 el accionante, en razón al padecimiento que le aqueja, sea asumido por la accionada, no siendo admisible para el peticionario que la entidad, pretextando que él 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, él no está en posibilidad de asumir el costo restante, el que de no pagarse conduciría a que no reciba la atención médica - asistencial que necesita para el control de su mal.

7- Dedúcese en principio de lo expuesto que, para que a la EPS accionada correspondiera asumir en un ciento por ciento el costo del tratamiento prescrito al aquí reclamante, su afiliación debería tener una antigüedad mínima de cien semanas y que, como ello no es así, según se deduce de lo actuado, recae en el paciente el deber de asumir el valor del tratamiento en la proporción de semanas faltantes para completar el mínimo exigido por el tantas veces invocado artículo 61 del Decreto 806 de 1998. Así lo consagra el parágrafo de la citada norma: "Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo".

8- Sin embargo, dada la gravedad de la enfermedad padecida por el accionante en tutela, es del caso precisar que, por su particularidad, una

vez detectada requiere un seguimiento (exámenes y pruebas pertinentes) y tratamiento periódico diverso y adecuado a los síntomas y desarrollo que vaya teniendo, los cuales, hasta ahora, sólo otorgan beneficios temporales mediante las terapias para el combate o disminución de infecciones, prolongación de la sobrevivencia, etc.; porque la enfermedad termina desarrollándose en los pacientes, lo que, a su vez, da paso a las infecciones de desenlace final.

Por consiguiente, el paciente de SIDA o infectado con el VIH que está siendo tratado médicaamente, tiene igualmente el derecho a que se le preste el servicio de salud (exámenes de laboratorio - seguimientos con recursos técnicos) para obtener la cura de la enfermedad, o como viene sucediendo, 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 para ello. Porque sólo de esta manera se le garantiza a plenitud la salud, a la cual tienen derecho estos enfermos hasta ahora incurables.

Por ende, dada la singular gravedad que comporta la infeción con el VIH, la vida humana de estos enfermos ha de estimarse siempre superior y digna de la máxima protección, no sólo frente a cualquier tipo de reproche social sino también frente a la ciencia, razón por la cual el Estado, la familia y la sociedad en general deben igualmente ponerse al servicio de su protección, lo que incluye, por supuesto, el garantizarles la esperanza de mejoramiento actual o futuro y ofrecerles el consiguiente respeto a la intimidad individual y familiar pertinente. Porque el abandono de la lucha por la vida, frente a la hasta ahora indeclinable pena de muerte de esta enfermedad, sea cual fuere su motivo, es una afrenta a la humanidad y un menosprecio por los valores humanos, inaceptable a la luz de nuestra Carta Política.

9- Siendo ello así, en procura de garantizar en forma cierta el derecho a la vida del peticionario, que cual se ha dicho es por autonomía el más fundamental de los derechos constitucionales y no puede, por ende, quedar sujeto, en casos como el presente, a discusiones de orden legal, pues como se sabe las normas Superiores prevalecen en su aplicación a las de jerarquía inferior, esta Corporación, sin entrar a discutir el adecuado proceder de la entidad accionada, estima acertado el otorgamiento que hizo el a quo de la protección implorada, protección que se encuentra viable no dentro del marco del régimen de seguridad social atrás aludido, sino dentro de la órbita de asistencia pública a cargo del Estado, todo lo cual se traduce que corresponde y corresponde a Comfenalco EPS asumir en su totalidad el costo de la atención médica asistencial que exige el accionante, con derecho de parte suya a los reembolsos económicos correspondientes por ese suministro, reembolsos que efectuará el Estado - Ministerio de Salud- a través del Fondo correspondiente.

10- Todo conduce, pues, a concluir que frente a la afectación inminente que representa para la vida del aquí accionante la no prestación de los servicios que requiere y, además, a su precaria situación económica, la orden a impartirse debe edificarse, como se viene diciendo, en el deber que recae en el Estado de brindar asistencia pública en salud.

Ahora bien, si de lo analizado se desprende que no suministrarse al accionante el tratamiento a él ordenado sería un comportamiento que comprometería su vida y que, conforme la reglamentación que el Estado mismo ha hecho del Régimen de Seguridad Social en Salud y específicamente de las limitaciones que ofrece el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados y beneficiarios, no corresponde legalmente a la Empresa Promotora de Salud aquí accionada asumir la totalidad del costo que implique ese tratamiento, lo propio es, como ya se anunció, disponer que en la parte del valor que no recae en el ente prestador del servicio (E.P.S.) el Estado asuma el deber que a él atribuye la Constitución.

11- Como ya se advirtió, no escapa a la Corte que el inciso 2º del parágrafo del artículo 61 del reciente Decreto 806 estipula que "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".

No obstante, como ya lo precisó la Sala al decidir un caso similar, "la eventual exigencia de atención a entidades públicas o privadas con las cuales el Estado tenga contrato, no exhibe para este caso concreto una comprobada eficacia, en la medida que frente a una patología progresivamente perjudicial para la salud y la vida humana, como lo es la infección con el VIH/SIDA, su terapéutica no debe ser suspendida en ningún momento, puesto que, conforme al concepto científico del Director General de la Liga Colombiana de Lucha Contra el SIDA, la discontinuidad o suspensión del tratamiento, aún por pocos días, genera graves consecuencias para la calidad de vida de los afectados y para la salud pública; entre ellas, el agravamiento de las condiciones personales de salud y la resistencia o mayor agresividad del virus, que si se transmite es bajo estas nuevas condiciones....., con el consecuente desmedro para mayor esperanza o expectativa de vida". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y agraria, sentencia de 14 de julio de 1998, expediente No. 5147).

12- Finalmente es de verse, que en criterio de la Sala no es admisible la posición del Ministerio en lo tocante a la aplicación en el sub lite del principio establecido en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993. Se comprende que la figura del reaseguro allí plasmada sólo procede en los casos en que, conforme las normas legales que rigen el Plan Obligatorio de Salud,

si corresponda a las Empresas Promotoras de Salud asumir, en todo o en parte, el valor de la "atención de las enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad social como de alto costo" y respecto de las sumas materia de su exclusiva responsabilidad. Contrario a derecho sería entender que las señaladas empresas están habilitadas para reasegurar los valores que para la atención de enfermedades de "alto costo" sean de cargo del afiliado, o del beneficiario o, como en este caso, del Estado; también que la empresa aseguradora, de aceptarse la postura del Ministerio, deba cubrir obligaciones de cargo exclusivo del Estado.

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 doce (12) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, ADICIONANDO-LO en el sentido de DISPONER qué corresponderá al Estado - Ministerio de Salud reembolsar a la accionada los dineros que por virtud del tratamiento que suministre al accionante cancele, en la proporción que conforme el Plan Obligatorio de Salud no eran de su cargo, lo que deberá hacer dentro de los 45 días siguientes a cuando se le presente la respectiva cuenta de cobro.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto al accionante; a la entidad accionada y al Estado - Ministerio de Salud -, mediante oficio al que se anexará copia auténtica de este fallo; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Ofícese como corresponda.

Jorge Antonio Castillo Rugetes, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simanca, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Sanjos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO: Corrección de sentencia. Vulnera el debido proceso el Tribunal que emplea la figura de la corrección de sentencia para pronunciarse respecto de la pretensión del demandante sobre ajuste monetario

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Ref.: Expediente No. T-6778

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia de 24 de junio de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla - Sala de Decisión Civil - Familia -, dentro del proceso de tutela promovido por la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala de Decisión Civil-Familia, la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, por intermedio de apoderado judicial instauró acción de tutela en contra del Tribunal Contencioso Del Atlántico, para que mediante el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica y autoridad de la cosa juzgada se dejare sin efecto la providencia de fecha 10 de febrero de 1999, proferida por la corporación accionada dentro del proceso de Mario Héctor Ibáñez Romero contra la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, por considerar que la cuestionada decisión lesiona el patrimonio de la Nación, porque en su desarrollo procesal se incurrió en vías de hecho; como medida provisional pidió la suspensión de la orden de actualizar el pago ordenado.

2. La anterior petición se fundó en los hechos que se resumen a continuación:

A. Que Mario Héctor Ibáñez Romero laboró en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hasta el día 31 de marzo de 1992, fecha en la que se acogió al plan de retiro propuesto por la Administración de la entidad en ese momento.

B. Que instauró la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal del Atlántico contra el acto administrativo que propuso el plan de retiro compensado, por considerar vulnerados sus derechos. Esta Corporación luego de agotar las instancias procesales pertinentes, prolixió la sentencia del 13 de junio de 1996. Por medio de ella condenó a la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- al reintegro del funcionario al cargo que venía desempeñando, al pago de los salarios y demás prestaciones, desde el día en que se le desvinculó, hasta el día de su reincorporación.

C. Contra tal determinación el apoderado de la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, interpuso el recurso de apelación, el cual, fue inadmitido por el Consejo de Estado, con el argumento de que se trataba de un proceso de única instancia.

D. El día 11 de febrero de 1999 mediante oficio recibido vía fax, el funcionario de la DIAN competente para el efecto, informa que mediante fallo de diciembre 10 de 1998, notificado mediante edicto, el Tribunal Administrativo del Atlántico, resolvió adicionar la sentencia de julio 4 de 1996.

E. De allí que, el apoderado de La Nación -Ministerio De Hacienda Y Crédito Público-, presentó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, "memorial solicitando la nulidad de la providencia que adicionó la sentencia."

F. Del escrito presentado por el apoderado de Mario Hector Ibáñez Romero, en el que solicitó la adición de la sentencia, manifestó que no se corrió traslado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

G. En la actualidad existe ante el Grupo de Sentencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, una solicitud de pago de la suma que ordenó actualizar la providencia atacada.

3. Aludiendo la solicitud del Tribunal Superior del Atlántico, la Corporación accionada, rindió informe pormenorizado de los hechos que motivan la tutela y acompañó fotocopias auténticas de la actuación requerida.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras una breve síntesis de la demanda de tutela, el Tribunal puso de presente jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la improcedencia de la acción de tutela, cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, de suerte que resolvió denegar el amparo tras considerar

que, la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, dispone de otras vías ordinarias de las que puede hacer uso, "por cuanto tiene la posibilidad de procurar la revisión del acto y su eventual modificación, presentando, como lo hizo, no solo los recursos ordinarios que la ley procesal consagra, sino cualquier otro medio que sirva para invalidarlo y promover su correcto proferimiento."

En el auto que admitió a trámite la tutela, el Tribunal de instancia no accedió a la suspensión de la orden de actualizar el pago ordenado en la sentencia adicional indicada, argumentando que, con la petición inicial, no se anexó prueba alguna de las providencias o actuaciones irregulares atribuidas al Tribunal Administrativo del Atlántico.

LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad legal el accionante impugnó la anterior decisión, solicitó particularmente un pronunciamiento expreso relacionado con las vías de hecho que en su sentir, se evidenciaron con la actuación objeto de la tutela. Advirtió que desde el 29 de marzo del presente año, se presentó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitud de pago a la que se anexó copia de la sentencia adicional con constancia de ejecutoria desde el día 26 de marzo de 1999.

CONSIDERACIONES

1. Como claramente se advierte del contexto de la acción de tutela instaurada, ella apunta incuestionablemente a censurar y cuestionar la decisión del 10 de diciembre de 1998, proferida por la Corporación accionada, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Mario Iléctor Ibáñez Romero contra la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, por las siguientes razones: a) del escrito de solicitud de modificación de la sentencia del citado proceso, no se corrió traslado a la parte demandada y, b) la sentencia primigenia de fecha 4 de julio de 1996 -cuya adición se solicitó- ya había alcanzado firmeza y por tanto hecho tránsito a cosa juzgada, por lo cual el Tribunal ya no tenía competencia para hacer nuevos pronunciamientos en ese proceso, el que se encontraba terminado y archivado.

2. Siendo entonces, que el amparo solicitado está dirigido en contra una providencia judicial, la jurisprudencia constitucional ha sido clara y determinante al señalar qué la acción de tutela, según lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y lo decidido en Sentencia No. C 543 de 1992, no procede contra sentencias y providencias judiciales, salvo la existencia de una vía de hecho que implique la violación o amenaza de un derecho constitucional fundamental que pueda causar un perjuicio irremediable, jurisprudencia que ha sido reiterada en múltiples fallos (T.-079 y T-113 de 1993, entre otras).

3- El debido proceso, entendido como el conjunto de trámites y formas que rigen la institución y resolución de una causa en cualquiera de las jurisdicciones, es garantía para la adecuada protección y reconocimiento de los derechos de las personas. Este derecho refleja esencialmente el querer del legislador de rodcar al ciudadano de un conjunto de garantías que impliquen el respeto y cumplimiento de los procedimientos, la facultad de ejercer el derecho de defensa, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se imputa, la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas, la oportunidad de solicitar y presentar pruebas, como de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características propias.

Por consiguiente, la violación de la Carta Política por una autoridad judicial cuando se presentan dentro del proceso vías de hecho que vulneren o amenacen un derecho constitucional fundamental, puede ser subsanada mediante la acción de tutela, si se cumplen los presupuestos del artículo 86 de la Constitución Política, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial para su eficaz protección, dada la primacía del deber de protección del derecho fundamental lesionado.

Sin embargo, como lo señaló la Corte Constitucional, el control constitucional de la vía de hecho judicial no puede circunscribirse a la simple constatación externa y formal, pues ello "puede significar la intangibilidad de derechos absolutos sustantivos, orgánicos, fácticos y procedimentales de los actos judiciales que opten un aparente revestimiento legal y fáctico, pese a que prima facie se pueda observar la patente violación del derecho, de los procedimientos o la incidencia judicial respecto de los hechos determinantes. Aquí la independencia y la autonomía judicial no sirven al propósito de una administración de Justicia imparcial y ligada solo al derecho, sino, a la configuración de un órgano soberano: el de los jueces que se apropián de la forma y gobiernan el contenido a su antojo situándose así mismo por fuera y sobre el derecho... . El control puramente formal de la vía de hecho, arriesga casi siempre a dejar intacta la afrenta sustancial al derecho de la que el acto judicial es portador. La paz social alterada, con la desviación de poder del Juez, si el estigma permanece arraizado, no podrá corregirse. Así como el Estado de derecho está lejano de adquirir plenitud con la mera vigencia formal y no material de sus normas, lo mismo la paz social incorpora una exigencia inapelable de realidad que impugna constantemente la apariencia. La institucionalización de la vía de hecho como mecanismo de control se orienta a restablecer la paz social turbada con el acto judicial que, por violentar ostensiblemente el derecho sustancial y procedural, es mirado, mientras se mantenga, como emanación de una voluntad arbitraria. El control solo formal de la vía de hecho, hace que la arbitrariedad subsista, si ésta ha decidido tomar pres-

tadas las formas externas del acto válido y alojarse bajo un manto de apariencia." (Sentencia No. T-231 de 13 de mayo de 1994).

La vía de hecho constituye una ruptura deliberada y arbitraria del equilibrio procesal, haciendo que, en contra de lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede indefensa frente a las determinaciones adoptadas por el juzgador, comportando una ruptura grave de la imparcialidad del juez para finalmente desarticular el fallo, lo cual no comporta un dictado de justicia sino, por el contrario, un acto que la quebranta.

4- Teniendo en cuenta que los jueces son autoridades públicas y que, pese a la intangibilidad de su autonomía funcional, pueden incurrir en actos u omisiones que, por fuera de sus competencias y atribuciones, son capaces de producir agravio o amenaza a los derechos fundamentales, ha señalado la Corte: "... *nada obsta para que por vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación irjustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales . ni ríete con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario, por medio de las cuales se desconozcan o amenoren los derechos fundamentales. ...". "Lo que el juez hace o exige debe estar conforme a la ley y a la determinación del derecho." (Corte Constitucional T-173/93).*

5- Descendiendo al caso analizado tenemos que lo que se cuestiona, en concreto, es lo atinente a la falta de competencia del Tribunal accionado para adicionar la referida sentencia, luego de estar ejecutoriada y haber hecho tránsito a cosa juzgada, motivo por el cual observa la Corte lo siguiente:

A) Efectivamente, con fecha 13 de junio febrero de 1996, con ponencia del magistrado Enrique A. Llinas Salazar, el Tribunal Administrativo del Atlántico, prolixió la sentencia dentro del expediente No. 7004 -LL, que aparece como demandante Mario Hector Ibañez Romero y como demandada La Nación -Ministerio De Hacienda Y Crédito Público-, y se accedió a las pretensiones del actor; decisión que notificada en la legal forma, fue recurrida por el apoderado de la Nación ante el Consejo de Estado, Corporación que inadmitió el recurso por tratarse de un proceso de única instancia.

B) El Tribunal Contencioso Administrativo, prolixió el 14 de febrero de 1997, auto de obedecimiento al superior y ordenó el archivo del expediente, acto notificado por estado del 25 de febrero de 1997.

C) En noviembre de 1998 (folios 101 a 106 cdno.1) el señor Mario Hector Ibañez Romero, por intermedio de apoderado, solicitó complementar o aclarar la sentencia de junio 13 de 1996, al tenor de lo dispuesto en el artículo 310 del C. de P.C.

D) El 10 de febrero de 1999, se prolirió la providencia que resolvió adicionar la sentencia del proceso, decisión que se notificó por edicto (folios 114 a 120 cdno. 1).

6. Ahora bien, recuerda la Corte que, constituye principio procesal universalmente reconocido que las providencias que le ponen fin a un proceso, no pueden ser modificadas por quienes las profririeron. El C. de P. C. en su artículo 309 consagró el referido axioma en los siguientes términos: "La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció". No obstante lo anterior, cuando en dichas providencias se incluyen algunos errores u omisiones menores o adjetivos, que no afectan esencialmente las decisiones tomadas, se permite que el juez, bien de oficio o a solicitud de parte, realice los ajustes necesarios.

La finalidad del procedimiento de corrección de las sentencias es, en palabras del profesor Redenti, "... la simple rectificación de un desliz material involuntario (*lapsus calami*)". En concepto del mismo profesor, esa corrección se diferencia de la reforma de la providencia en desarrollo de los recursos que caben contra ella, en cuanto que, en el evento de la corrección "*la sentencia rectificada persiste sustancialmente en firme, semper eadem: en el segundo caso, se tendrá por otra sentencia, que servirá para determinar con su propia autoridad la suerte de la impugnada*".

7- En nuestro derecho, el legislador consagró tres mecanismos de corrección para remediar algunas circunstancias relativas al contenido de las sentencias que, como ya se dijo, por no revestir una modificación en si misma considerada, ni afectar la esencia de lo ya pronunciado, permiten solucionar errores de poca entidad en aras de la transparencia y congruencia de las decisiones, como de la economía procesal, que deben informar todos los trámites jurisdiccionales.

El C. de P. C., aplicable en materia contencioso administrativa por mandato del artículo 267 del C.C.A., consagró tres situaciones diferentes por medio de las cuales el juez que pronunció una sentencia, puede dictar una providencia que la afecte.

En primer lugar, por medio de la aclaración (Art. 309), cuando se presenten conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda y que éstos se incluyan dentro de la parte resolutiva, el Juez podrá dictar un auto aclaratorio, por medio del cual se absuelva ese aspecto dudoso.

En segundo lugar, con el fin de corregir los errores aritméticos, de omisión o alteración de palabras contenidos en cualquier providencia del juez, éstos pueden corregirse, en cualquier tiempo, mediante auto. Con todo es menester esclarecer una precisión, pues los errores por omisión o

¹ Enrico Redenti, Derecho Procesal Civil, Tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1857, p. 6.

cambio de palabras, e incluso cuando se produce alteración de éstas, si se presentan en la parte resolutiva de la providencia o si influyen en ésta.

Finalmente, la adición de la sentencia (Art. 311) tiene lugar cuando en ella se omitió resolver algún extremo de la litis o algún punto que ha debido resolverse. Ha dicho la Corte que "Por lo que respecta a la posibilidad de pedir adición de una sentencia todavía pendiente de alcanzar firmeza, basia con subrayar que se trata de una herramienta puesta por el legislador en manos de las partes para suplir, en el evento en que de verdad se presenten, omisiones de pronunciamiento sobre cuestiones oportunamente alegadas y debatidas en el proceso, concepto éste que desde luego abarca también todos aquellos puntos que, aún no constituyendo extremos de la litis en el estricto sentido que acaba de indicarse, deban ser materia de decisión por mandato de la ley" (Auto del 15 de junio de 1993, Magistrado ponente Dr. Rafael Romero Sierra, Expediente 3573)

Esta última se formalizará por medio de sentencia complementaria y se gestará a cabo de oficio o mediante solicitud de parte dentro del término de ejecutoria, reitera la Sala este último requisito procesal. Así las cosas, los elementos de hecho que deben existir para su viabilidad son: a) Que se haya pronunciado sentencia; b) Que se haya dejado de decidir algún asunto de la litis o dejado de hacer un pronunciamiento que por ley debería realizarse, y c) Que la adición se solicite dentro del término de ejecutoria.

Como se observa, se trata de tres supuestos fácticos sustantivos diferentes, claramente determinados y reglados cada uno de ellos, y por lo tanto independientes, amén de procedimientos diversos.

8- Con relación al análisis del caso concreto, la Corte advierte:

A) Frente a la omisión presentada en la resolución del punto de la corrección monetaria (debidamente solicitada en la demanda) la parte demandante tuvo la posibilidad de pedir adición de la sentencia, dentro de la oportunidad legal, esto es dentro del término de ejecutoria. Sin embargo, no se hizo tal pedimento de parte, ni pronunciamiento de oficio.

B) Por eso, una vez transcurrió el término de ejecutoria sin esta petición de adición, el Tribunal, de raíz, perdió competencia para definir cualquier tipo de solicitud de apéndice de la misma.

C) El Tribunal Administrativo del Atlántico fundó su decisión del 10 de febrero de 1999, en que se trataba de una corrección de sentencia, de acuerdo con el artículo 310 del C. de P. C. Luego de una larga transcripción de diferentes citas jurisprudenciales relativas a la corrección monetaria, el Tribunal manifestó escuetamente que se trataba de un error omisivo que influía en la parte resolutiva de la sentencia. Con ello interpretó la ley en un sentido abiertamente diverso a su verdadero contenido y alcance, pues los errores de omisión a los cuales hace referencia el

artículo 310 son exclusivamente yertos meramente formales, por razón de la ausencia de alguna palabra o de alteración en el orden de éstas, y no de la omisión de puntos que quedaron pendientes de decisión, cuyo remedio se realiza con base en lo dispuesto en el artículo 311 del C. de P. C.

D) Un error es la disconformidad entre una idea y la realidad, cosa enteramente diferente de una simple omisión. En la primera existen dos extremos (idea y realidad), mientras que en el caso de la omisión, si bien se configura un supuesto fáctico no hay idea. Por tal razón, el mecanismo contenido en el artículo 310 del C. de P. C. sólo se puede utilizar en punto al primer caso, esto es cuando existan errores aritméticos o errores de lenguaje derivados de olvido o alteración de palabras (incluidas en la parte resolutiva o de influencia en ella), más no cuando hubo omisión de algún punto que se le haya propuesto al juez o que éste se ha debido pronunciar. Para este último, existe el mecanismo de la adición, consagrado en el artículo 311 del C. de P.C.

E) Lo anteriormente descrito tiene mayor razón, cuando se observa la parte resolutiva del auto del 10 de febrero de 1999, que textualmente dice "ADICIONASE el numeral 2º de la sentencia proferida por este tribunal el 13 de junio de 1996, dentro del presente proceso...", y le incluye un nuevo párrafo a ese numeral decisorio.

9- La Corte evidencia en dicha actuación, que el Tribunal efectuó inconsultamente una adición de la sentencia, bajo el ropaje de una corrección del error aritmético, toda vez que lo que había quedado pendiente de decisión era un aspecto de las pretensiones del actor en el proceso, que, de conformidad con las claras disposiciones sobre la materia -ya analizadas anteriormente-, debía ser solicitada dentro del término de ejecutoria de la sentencia.

Se trata en realidad, de un desconocimiento manifiesto, a la par que arbitrario de las normas legales procesales, normas que contienen transparentemente las diferentes hipótesis de corrección, como quedó anotado. Este desatino reviste las características inherentes a la VÍA DE HECHO por las siguientes consideraciones:

10- Analizando la Corte, como juez de tutela la providencia acusada, encuentra irregulares los siguientes aspectos:

A) El Tribunal Contencioso Administrativo, aceptando que omitió realizar un pronunciamiento en la sentencia respecto del ajuste valor o actualización monetaria de la condena acorde con el artículo 178 del C.C.A., no tuvo el menor reparo en subsanar el yerro en forma inadecuada, inobservando claros inequívocos preceptos procesales que indican la oportunidad y la forma como tales errores pueden ser corregidos, aplicables éstos, en materia contenciosa administrativa, al tenor de lo preceptuado en el artículo 267 de esta codificación.

B) Tampoco, tuvo en cuenta la Corporación accionada que se trataba de un proceso concluido, con sentencia ejecutoriada y cumplida, y archivado el expediente, conforme a lo dispuesto por el mismo Tribunal, mediante auto del 14 de febrero de 1997 (folio 100). Así revivió impropiamente y sin competencia, ello es fundamental, una actuación legalmente concluida. Pero si en gracia de discusión, el actuar del Tribunal se hubiera ceñido a los parámetros del artículo 310 del C. de P.C., norma que aplicó el Tribunal, debió entonces notificar lo resuelto conforme al inciso segundo de este mismo precepto que dice que "Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los incisos 1º. Y 2º. del artículo 320.", garantizando de esta manera el debido proceso y el derecho de defensa de la demandada. Adicionalmente no pude de menos, entonces, que calificarse como lesiva a los intereses de la parte demandada, la forma como se notificó (por edicto) la decisión del 10 de febrero de 1999, sin considerar que se trataba de un proceso terminado.

11- Así las cosas, resulta claro que de la actuación surtida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el presente caso, allora una vía de hecho.

También es palpable, por su parte, que el afectado presentó el día 6 de abril del presente año, (folios 123 a 127 cdno. 1) una solicitud de nulidad respecto del singular trámite *sub examine*, pedimento que hasta el día 5 de agosto de 1999 no había sido resuelto, como se comprobó con la información telefónica suministrada por el Secretario del Tribunal Administrativo de esta Corporación.

A pesar de haberse presentado hace varios meses ese incidente de nulidad que no ha sido decidido no obstante que la ley procedimental señala que deberán resolverse sin dilación, aspecto este que coloca a la accionante en tutela en indefensión frente a la accionada, tampoco resulta realmente efectivo, para la protección cabal de los derechos fundamentales vulnerados, máxime si se tiene en cuenta que, en adición a la tardanza precipitada, que el 29 de marzo del corriente año, fue presentada ante el Ministerio De Hacienda por parte del apoderado de Mario Hector Ibañez Romero, una solicitud de pago, a la cual anexó primera copia con constancia de ejecutoria de la providencia objeto de cuestionamiento.

Es de resaltar, una vez efectuadas las consideraciones que anteceden, que, frente a tutelas similares a la que ocupa la atención de la Sala, esta Corporación no concedió el amparo solicitado, bien porque el afectado dejó pasar las oportunidades legalmente establecidas para la defensa de sus derechos, es decir, que acudió a este mecanismo residual, sin haber formulado solicitud alguna para el efecto ante el funcionario de conocimiento (Tutela 6414 M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles) o bien, porque aún contaba con la posibilidad de hacer uso de tales vías ordinarias (Tutela 6562 de julio 6 de 1999, M.P Jorge Santos Ballesteros). Las

situaciones de tales asuntos, como se observa difieren de éste, pues en el caso de autos, el afectado, ante la vulneración de sus derechos fundamentales, si bien utilizó la vía judicial adecuada para su defensa, ésta no ha resultado efectiva ni, mucho menos eficaz. Dicha ineficacia de la vía utilizada, evidenciada a través del simple transcurso de varios meses sin que el Tribunal competente hubiera resuelto el incidente de nulidad propuesto, destaca la Corte, hace necesario que, en el presente juzgamiento, se tutele en derecho fundamental desconocido, con el fin de lograr la adecuada y oportuna salvaguarda de los derechos que en la esfera del debido proceso le asisten al recurrente.

12.- En conclusión, encuentra pues, la Corte que tiene razón la accionante en su solicitud, por lo que el fallo denegatorio de la tutela que es materia de impugnación deberá revocarse y, en su lugar, habrá de concederse el amparo solicitado, impartiendo las instrucciones necesarias para que queden sin efecto la decisión por medio de la cual se dispuso la adición de la sentencia (de fecha 10 de febrero de 1999) que, en las particulares circunstancias de la actuación administrativa en examen, redundan en menoscabo del derecho al debido proceso que a la Nación - Ministerio De Hacienda Y Crédito Público le garantiza el artículo 29 de la Constitución Política.

Para el efecto, en consecuencia, se ordenará a la Corporación accionada que proceda a resolver nuevamente la solicitud presentada por el apoderado del señor Mario Héctor Ibáñez Romero, por medio de la cual solicitó adicionar la sentencia.

13- Adicionalmente, y considerando que la vía de hecho descrita en que incurrió el Tribunal amerita ser evaluada por las autoridades penales y disciplinarias, en su órbita de competencia, se dispondrá el envío de copias del trámite de tutela a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura, en orden a que inicien las averiguaciones de rigor.

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

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 de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala de Decisión Civil-Familia y, en su lugar, concede la tutela solicitada por la Nación - Ministerio De Hacienda Y Crédito Público, con el propósito de ampararle el derecho fundamental al debido proceso.

En consecuencia se dispone:

1. Ordenar al Tribunal Administrativo del Atlántico, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a restablecer a la Nación -Ministerio De Hacienda Y Crédito Público- el derecho al debido proceso vulnerado, procediendo a proferir la providencia que en derecho corresponda, dentro del expediente 7004-LL, - en remplazo de la fechada 10 de febrero de 1999-, agotando el procedimiento de ley respectivo, para lo cual adoptará las medidas conducentes a contrarrestar la vía de hecho ya evidenciada.

2. Ordenar la expedición de copias de toda la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicalura, Sala Disciplinaria, para que, cada una, dentro de la esfera de su competencia, establezca si resulta procedente realizar alguna investigación en torno a la actuación del Tribunal Administrativo del Atlántico en el proceso 7004-LL.

3. Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados, y envíese copias de esta providencia al Tribunal Administrativo del Atlántico, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Nicolás Bechuria Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: Títulos de depósito. Es ajena a la esencia del mecanismo tutelar la pretensión que busca obtener la restitución del valor del título judicial irregularmente cobrado. La declaratoria de responsabilidad de la entidad pública, conculcaría indefectiblemente el derecho al debido proceso de la accionada. El cobro irregular e indebidamente del título, no releva a los padres del cumplimiento de sus obligaciones de estirpe legal, independientemente que no cuenten con los medios para ello, evento en el cual deberían buscar otro medio de ayuda, bien familiar, estatal, etc.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Ref.: Expediente No. T- 6824

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., Sala de Familia, mediante el cual resolvió denegar la tutela incoada por Anita Rojas Sandoval en contra de la Nación -Rama Judicial.

ANTEDICENTES

1- La señora Anita Rojas Sandoval, actuando a través de apoderado judicial, Instauró acción de tutela contra la Nación- Rama Judicial, con el fin de solicitar la protección de los derechos constitucionales fundamentales de su menor hijo David Fernando Calixto Rojas, consagrados en el art. 44 de la Constitución Política.

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

A) Que el accionante, representado por su señora madre, promovió demanda de alimentos en contra de su señor padre Pablo Ramiro Calixto Barrera, en mayo de 1996.

B) Que mediante proveído del 15 de mayo de 1996 del Juzgado 21 de Familia, admitió la demanda antes mencionada y dispuso el embargo del 50% de las cesantías del demandado como empleado de la Secretaría de Tránsito de Bogotá, y el 20 de junio del mismo año el mencionado juzgado decretó alimentos provisionales a favor del accionante en proporción al 35% del salario que percibe el padre del menor como empleado de la mencionada entidad.

C) Que por el hecho anterior, el 19 de mayo de 1998, FAVIDI procedió a constituir título judicial identificado con el No. 1266519 en la Caja Agraria - Depósitos Judiciales - por un valor de \$4.698.870.00 a favor del Juzgado 21 de Familia dentro del referido proceso, quedando como garantía de los alimentos futuros del menor David Fernando Calixto Rojas.

D) Que dada la situación por la que atraviesa la madre del menor David Fernando, ésta se endeudó para el sostentimiento del menor accionante, situación financiera con sujeción a la cual tuvo que solicitar al Juzgado, en el mes de febrero de este año, la conversión del título judicial para cubrir los alimentos insoluto de éste. El Juzgado autorizó dicha conversión y la entrega de la suma de \$1.667.770.00.

E) Que el 9 de abril del presente año, el Juzgado 21 de Familia de esta ciudad, mediante informe secretarial comunicó que, revisados los libros del Despacho, no se encontró descargado el título judicial, por lo que el titular del juzgado citó al abogado del accionante para informarle que ese título había sido cobrado irregularmente por Teodomiro López Belén en aparente complicidad con la anterior secretaria de ese despacho, y que esta última se encontraba prófuga de la justicia al ser denunciada por la señora juez.

F) Afirmó el apoderado del accionante, que el título judicial se encontraba bajo la responsabilidad y custodia del Juzgado 21 de Familia de Bogotá. Además, indicó que las acciones y omisiones de los funcionarios de ese despacho han impedido que el menor David Fernando disfrute de sus alimentos, debiendo por ello el Estado reparar el daño causado, ya que su madre se encuentra actualmente desempleada.

3- Una vez notificado el despacho accionado, manifestó que no se le podía involucrar por medio de una acción de tutela en el pago de una cuota alimentaria sin que medien los requisitos del art. 414 del C.C., ya que, en principio, la obligación de brindar los alimentos está en cabeza de los padres del menor, por lo que no es legal su exoneración. Tampoco se puede, indicó el juzgado, utilizar este mecanismo tutelar sin que se hayan agotado las acciones tendientes a establecer quienes son los responsables en los hechos materia de esta tutela.

FALLO DEL TRIBUNAL

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

1- Luego de hacer un recuento de los hechos y de establecer la procedencia de la acción de tutela, de acuerdo con los lineamientos constitucionales del art. 86, y de estudiar la actuación judicial presuntamente vulneratoria, concluyó que la presente acción no procedía como mecanismo transitorio, ya que no se demostró el perjuicio irremediable que sufriría el menor, puesto que dentro del proceso no se ha dictado sentencia ejecutiva, de acuerdo con los artículo 152 y 153 del Código del Menor, en concordancia con el artículo 544 del C. de P. C. Así las cosas, el juzgado manifestó que el accionado aún contaba con otro mecanismo judicial para hacer efectiva la obligación alimentaria, por lo que, de proceder el amparo, se violaría el derecho fundamental del debido proceso en contra del demandado, quien resultaría vencido sin haber sido oido en juicio.

2- De otro lado, en cuanto al título judicial se refiere, manifestó que "la existencia real del título de depósito judicial al que se hace referencia. Resulta realmente necesaria cuando se halle en firme la sentencia que ordene seguir adelante la ejecución y el auto que aprueba la liquidación del crédito y la providencia que ordene la entrega de los dineros depositados en garantía. Mientras tanto no se ver vulneración de derecho fundamental alguno del menor, resultando extemporánea por tanto la tutela incoada" (Folio 139 cuaderno 1)

IMPUGNACIÓN

Los argumentos de la impugnación al fallo alcacado se resumen así:

1- Expresó que el *a quo*, al estudiar el caso *sub judice*, no tuvo en cuenta que dentro del proceso ya se había efectuado la correspondiente liquidación del crédito, y que siendo así las cosas, lo único que faltaba era la entrega del título original y la conversión del mismo, por lo que afirmó que mal podría el Tribunal apoyar su decisión en este fundamento, para remitirlo a un proceso de ejecución pues este ya se adelantó. Adujo que no podría adelantarse un proceso ejecutivo, si de antemano se sabe que la única fuente para hacerlo efectivo es el título judicial, el que se extravió en manos de quien tenía su custodia.

2- Finalizó manifestando, respecto del argumento del Tribunal, que si bien en principio la finalidad de los dineros depositados buscaba la protección de los alimentos futuros del menor, por la imposibilidad física de la madre, estos tuvieron que ser utilizados para hacer frente a obligaciones ya causadas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1- Es reiterada la jurisprudencia de esta Corte acerca del carácter tutivo pero excepcional de la acción de tutela para el aseguramiento de los derechos fundamentales en general y, por ende, de los derechos de los menores, en particular.

2- Ciertamente, el derecho a los alimentos constituye un derecho fundamental porque, además de permitir la conservación de la integridad y la salud de los menores, resulta básico y esencial tanto para el desarrollo de su personalidad, así como su propia subsistencia. Además, el artículo 44 de la Carta Política señaló, perentoria y expresamente, que es un derecho fundamental de los niños "la alimentación equilibrada".

3- Dentro del mismo artículo 44, el Constituyente de 1991 consagró como obligación en cabeza de la familia, sociedad y Estado la asistencia que garantece el desarrollo armónico e integral de los menores, con lo cual cada uno de esos destinatarios está comprometido en la atención de diferentes necesidades básicas de los niños, obligaciones señaladas no solamente en la Constitución sino en la ley. En especial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha resaltado el aquillatado papel de los padres, así:

La familia -independientemente de la forma que ella tenga en cada uno de los grupos culturalmente diferenciados que habitan en el país, es la primera llamada por el artículo 44 de la Carta Política a cumplir con la "...obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos..."; pero no todos los familiares del niño tienen los mismos deberes frente a él, ni son titulares de los mismos derechos. Los padres son, por el reconocimiento que hace el ordenamiento del vínculo consanguíneo que los une con el hijo, los titulares de la patria potestad y, por tanto, los primeros responsables por el debido cumplimiento de la obligación constitucional aludida, pues la patria potestad es una institución de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, y temporal -sólo porque la emancipación del hijo de familia se presenta con la mayoría de edad, o antes de ella por la habilitación de edad, la muerte de los padres, etc.- "(Sentencia Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles -041-96)

Por esta razón la obligación alimentaria de los hijos menores radica en forma principalísima en los padres, incluso bajo los postulados del derecho natural, por lo cual ellos deben buscar todos los medios para dar cumplimiento a ella.

4- Del mismo modo, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los padres, en punto específico a los alimentos de los menores, nuestro régimen legal contiene la posibilidad de iniciar las acciones jurisdiccionales correspondientes en contra de aquella persona que incumpla con tales deberes.

5- No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la alimentación de los menores constituye un derecho fundamental, como ya quedó dicho, y como tal eventualmente cobijado por la acción de tutela por razón del artículo 86 de la Carta Política, este tipo de procedimiento podría utilizarse en aquellos casos en que, por ejemplo, alguno de los padres faltare a su

obligación alimentaria, en ostensible perjuicio irremediable que permea al menor.

6- Ahora bien, observa la Corte que en el caso sub-examina dan cuenta los antecedentes del expediente que la señora Anita Rojas Sandoval, esposa del demandado en el proceso de alimentos y madre del menor David Fernando Calixto Rojas, obtuvo dentro de este trámite que el juzgado 21 de familia de Santa Fe de Bogotá, decretara los alimentos provisionales a favor del citado menor. Así las cosas, en el mismo procedimiento se ordenó expedir el oficio al pagador de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, para que procediera al descuento correspondiente frente a las sumas que por salarios y demás ingresos laborales se le adeudaran al señor Pablo Ramiro Calixto Barrera.

De igual modo, aparece acreditado que la entidad suprimió el cargo desempeñado por el obligado Calixto Barrera, quedando insoluto la cuota alimenticia, razón por la cual el abogado solicitó una conversión de una parte del Título Judicial N°. 1266519, constituido por el Fondo de Cesantías Favidí a nombre del juzgado 21 de Familia de Santa Fe de Bogotá, para atender las necesidades de alimentos del menor.

Sin embargo, mediante maniobras fraudulentas en que presuntamente participó una empleada del Juzgado, el mencionado título fue pagado a un tercero, razón por la cual fue imposible dar cumplimiento a la orden de conversión del título por el Juzgado. Esta actuación fue denunciada por la titular del Juzgado Veintiuno de Familia ante las autoridades penales.

7- Para la Corte es claro que, con la actuación fraudulenta de personas inescrupulosas, se impidió a la demandante en el proceso de alimentos, obtener una suma de dinero para atender las necesidades alimentarias de su hijo menor. Si no se hubiere producido ese lamentable hecho, ajeno por lo que se ve al Juzgado de conocimiento, la señora Rojas Sandoval hubiere recibido el dinero adeudado. Con la anterior argumentación se evidencia que la causa adecuada de este desconocimiento o, mejor, de la imposibilidad de utilizar ese dinero en la alimentación del menor, es justamente un comportamiento antijurídico y potencialmente delictivo de terceras personas, ajenas a las partes intervinientes en el proceso ante el Juzgado 21 de Familia, como también extrañas a las que participaron en este trámite tutelar.

8- No obstante lo anterior, es necesario destacar que, en el asunto que no ocupa, se está fundamentando la vulneración del derecho fundamental privativamente en el hecho de la pérdida del título judicial que reposaba en el Juzgado 21 de Familia, cuando en realidad de verdad, ese derecho puede estar siendo conculado por la pasividad o inacción del padre, dueño de los mismos. El cobro irregular e indebido del título, en efecto, no releva a los padres del cumplimiento de sus obligaciones de estirpe legal;

independientemente que no cuenten con los medios para ello, evento en el cual debería buscar otro medio de ayuda, bien familiar, estatal, etc.

9. Además de lo anterior, teniendo en cuenta la trascendencia de los derechos fundamentales de los menores, cuando existe algún tipo de incumplimiento de las obligaciones con relación al niño (art. 44 C.P.), existen mecanismos alternos de protección a cargo del Estado. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de modo general, ha dicho:

Perú si la convivencia no es pacífica, o se vulneran los derechos de alguno de los miembros de la familia, el afectado o su representante pueden acudir a las autoridades estatales para que intervengan y restablezcan la efectividad del derecho conculado. En caso de ser un niño el afectado, "cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores" (artículo 44 C.P.). Cualquier forma de abandono a la que sea sometido un menor (y el incumplimiento de las obligaciones alimentarias es una de ellas), es suficiente para legitimar y hacer exigible la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones familiares, a fin de poner término a la situación irregular y restablecer el pleno ejercicio de los derechos que le corresponden." (Sentencia C 041-96)

Por tal razón, aún frente al incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de los padres, habría otras posibilidades de protección de los derechos del menor, como por ejemplo acudir a la ayuda de familiares o amigos, o incluso a la de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para lograr algún tipo de ayuda para la alimentación del menor o menores. Existiendo este otro camino de protección del derecho fundamental, tampoco resulta procedente la acción de tutela incoada, todo sin perjuicio de lo ya anotado.

10. Finalmente, debe destacar la Corte que el procedimiento de la tutela no puede reemplazar los diferentes procedimientos jurisdiccionales para la solución de las controversias entre los asociados, o éstos y el Estado, sin pena de resquebrajar las mismas bases de organización social y política.

Por tal razón, la finalidad buscada por medio de esta acción de tutela, esto es la restitución del valor del título judicial existente en el proceso de alimentos, irregularmente cobrado, resulta ajena a la esencia del mecanismo tutelar, pues lo que en el asunto específico se pretende, bien directa, bien indirectamente, es la declaratoria de responsabilidad de la entidad pública. Si así se aceptara, se estaría conculcando indefectiblemente el derecho al debido proceso de la accionada. Por ello, existen los procedimientos jurisdiccionales correspondientes, como es la constitución de parte civil en la investigación penal por los hecho del cobro irregular del título,

como también la posibilidad de la iniciación de un proceso de responsabilidad en contra, ora de los autores del hecho o bien del Estado mismo.

11- En consecuencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo deberá mantenerse.

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 preanotadas.

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

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

Notifíquese y Cumplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Nicolás Bechara Simancas (en permiso), Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La presente providencia no la suscribe el Magistrado doctor Nicolás Bechara Simancas por cuanto no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en uso de permiso.

Lilia María Torres González, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: Escritos irrespetuosos. Si la manifestación irrespetuosa está contenida en los recursos de reposición y apelación el juez no puede en aplicación del artículo 39 numeral 3º devolver los escritos, actuar de tal manera desconoce el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá D. C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros

Ref.: Expediente No. 6882

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia, de fecha 9 de julio de 1999 que concedió la tutela promovida por el señor Luis Eduardo Fernández Rodríguez, quien actúa en nombre y representación de las señoras Miryan y Neira Sofía Lajud y Carmen Cecilia Lajud, contra el Juzgado Sexto de Familia de Barranquilla.

ANTecedentes

1. - En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado el accionante Luis Eduardo Fernández Rodríguez, quien actúa en nombre y representación de las señoras Miryan y Neira Sofía Lajud y Carmen Cecilia Lajud, interpone acción de tutela contra el Juzgado Sexto De Familia De Barranquilla, por considerar que el accionado en el proceso de sucesión de Carlos Lajud Arias, al ordenar la devolución del recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el auto del 26 de abril de 1999, por considerarlo irrespetuoso, vulnera el derecho constitucional al debido proceso de sus poderdantes.

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 ante el Juzgado Sexto de Familia de Barranquilla se tramita el proceso de sucesión de Carlos Lajud Arias, en donde han sido reconocidos como herederos del causante, los señores

Carlos y Olga Lajud Cárdenas, Carmen Cecilia Lajud Castelar, Neyla Sofía y Miryan Lajud Catalán.

b) Expresa que los herederos Carlos y Olga Lajud Cárdenas sin haber terminado la sucesión en el juzgado, por vía notarial por intermedio de sus apoderados, abrieron ante la Notaría Tercera de Barranquilla la sucesión notarial del causante, y mediante engaño, falsedad y otros hechos delictuosos, lograron mediante escritura pública 3456 del 25 de noviembre de 1993, que se les adjudicara como únicos herederos, el inmueble de propiedad de la sucesión.

c) Señala que los hechos anteriores fueron puestos en conocimiento del juzgado accionado, para que declararan la nulidad del acto administrativo y compulsara copias a la Fiscalía General de la Nación para las investigaciones del caso, pero que el juzgado, en auto del 11 de agosto de 1998, no obstante aceptar la violación de los decretos 196 de 1971, 902 de 1998 y 2651 de 1991, resolvió dar por terminado el proceso, compulsar copias a la Fiscalía y a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, fijar los honorarios de la partidora sin existir partición, y archivar el expediente.

c) El accionante interpuso apelación ante por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, que en proveído del 4 de marzo de 1999, declaró la nulidad absoluta del acto jurídico contenido en la escritura pública 3456 del 25 de noviembre de 1993 de la Notaría Tercera de Barranquilla y ordenó continuar el proceso. En la misma providencia se revocó la decisión de dar por terminado el proceso, el pago de honorarios a la partidora, y la decisión de archivar el proceso, y confirmó la expedición de copias para los organismos investigativos (folios 18 - 23).

f) El accionante en memorial del 19 de marzo de 1999, solicitó al accionado excluir dentro de la partición herencial, a los herederos Carlos y Olga Lajud Cárdenas, por conducta ilícita al sustraer dicho bien a su favor, mediante sucesión notarial, y, solicitó embargar el producido que como arrendamiento se cancela sobre el bien inmueble objeto de la sucesión. El accionado en auto del 23 de marzo de 1999 profirió auto de obediézcase y cumplase a lo resuelto por el superior, y en proveído del 26 de abril de 1999 se abstuvo de conceder lo solicitado por el aquí accionante, por cuanto en su sentir, como el bien no está en cabeza del causante, es necesario respetar los derechos de los terceros que lo adquirieron a título de compraventa, aunado al hecho de que los dineros de arrendamiento no fueron incluidos en la diligencia de inventarios y avalúos (folios 52 - 56).

g) Inconforme el accionante con la decisión del juzgado accionado interpuso reposición y apelación, por estimar que los arrendamientos que produce el bien son frutos civiles que pertenecen a la sucesión, y no a terceras personas, que no están reconocidos en el proceso, ni podrán reconocerse. Indica el recurrente que la vocería del despacho por defender a

los terceros, deja inútil que pensar, y que el despacho nunca resuelve en derecho, por cuanto dice una cosa y resuelve otra, procediendo contrario a la realidad normativa, y desconociendo normas de obligatorio cumplimiento.

b) El accionado en auto del 20 de mayo de 1999 notificado por este oficio el 24 de mayo, ordenó la devolución del escrito contentivo del recurso de reposición y apelación, por cuanto en su criterio, el apoderado realiza en contra del despacho manifestaciones temerarias e imputaciones de hechos punibles, ante lo cual el accionante insiste en su petición de concesión de recursos, petición rechazada de plano por el accionado en auto del 31 de mayo de 1999 (folios 61 - 66).

3. - Concluye indicando el accionado al ordenar la devolución del recurso de reposición y apelación contra el auto del 26 de abril de 1999, incurre en una negación de justicia, pues en su criterio no aplica el derecho o las normas civiles al hecho controvertido, sin contar que su conducta favorece a unos herederos en detrimento de otros. Solicita se le den las garantías procesales a sus poderdantes en el trámite de la sucesión, y resolverle los escritos presentados, para evitar los perjuicios que se ocasionan por la parálisis del proceso, y se ordene abrir las investigaciones penales del caso, por la negación de justicia.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

La titular del Juzgado Sexto de Familia de Barranquilla en oficio dirigido al Tribunal, realiza un recuento de las actuaciones desarrolladas en el proceso, y señala que en la medida que las decisiones como las acusadas son expedidas ajustándose en bloque a la legalidad procesal en que deben fundarse, son invulnerables a la acción de tutela, porque se profrieren con fundamento en la ley, bajo el estricto, recto y racional ejercicio de la autonomía de la acción judicial, y respecto de las cuales existen en el proceso, los medios de defensa establecidos por el ordenamiento judicial. Concluye que la providencia del Tribunal en ningún momento ha ordenado el embargo y registro como medida cautelar en relación con el inmueble trabajado en el proceso, ni ha dispuesto la exclusión de unos sucesores del causante, sino que simplemente declaró la nulidad de una escritura pública.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal concede el amparo, por considerar que si bien es cierto que el funcionario judicial cualquiera que sea su rango tiene a su favor la posibilidad de sancionar a quienes le falten al respeto en ejercicio de sus funciones, también lo es que debe tener en cuenta el interés de los sujetos procesales que están ubicados en un plano igualitario al del respeto debido a la función jurisdiccional.

Precisa el a quo qué en el caso específico, el escrito devuelto por el juez por considerarlo irrespetuoso contenía dos recursos, con lo que se le cercenó al interesado la posibilidad de defenderse en el trámite procesal, y qué de acuerdo con la nueva filosofía constitucional que coloca en el centro de gravedad de la vida institucional al ser humano y al Estado, incluida la Rama Judicial al servicio de las personas, bien pudo el juez de conocimiento justipreciar y decidir sobre los recursos propuestos por la parte, y por la otra ordenar compulsar copias del escrito para que la Sala Disciplinaria investigara la conducta del abogado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal concede el amparo y ordena a la accionada, que en el término de 48 horas adopte las medidas necesarias, a fin de dar trámite a los recursos presentados por el aquí accionante.

LA IMPUGNACION

La accionada dentro del término legal impugna la decisión del Tribunal, pues considera que es reiterada la jurisprudencia constitucional relacionada con la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Señala la accionada que de acogerse la teoría del Tribunal que previa a la devolución de un escrito irrespetuoso se debe examinar si el mismo contiene un medio de contradicción, sobraría el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, pues la generalidad de los escritos que presentan los apoderados, contienen recursos.

Expresa que el negocio jurídico del mandato judicial, es un contrato de sustitución que conlleva la representación, es decir que el mandatario se instiluye en representante del mandante o poderdante, y como tal las actuaciones de aquél, vinculan a éste. Por consiguiente, en el evento en que como en el caso en estudio, si el mandatario ejecuta defectuosamente una facultad o atribución otorgada por el poderdante, de manera alguna puede creerse que se haya incurrido en una vulneración al debido proceso, pues no puede nuestra culpa, torpeza o torzudez, constituirse en instrumento para acceder a un derecho o exonerarse de un deber.

Concluye que durante la actuación acusada no se incurrió en violaciones al derecho fundamental al debido proceso y menos al de defensa, pues no se dan los presupuestos aceptados por la jurisprudencia constitucional para que se estructure una vía de hecho.

CONSIDERACIONES

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 mayo-

res 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 el caso que ocupa la atención de la Sala, solicita el accionante que mediante el trámite preferente y sumario de la tutela, se declare que el Juzgado Sexto de Familia de Barranquilla, en el trámite del proceso de sucesión de Carlos Lajud Arias, vulneró el derecho constitucional fundamental al debido proceso, al ordenar la devolución del recurso de reposición y apelación contra el proveído del 26 de abril de 1999, que negaba el decreto de unos embargos y la exclusión de unos herederos.

Si bien podría pensarse que la actuación de la funcionaria accionada al devolver el escrito presentado por el apoderado de los interesados en el proceso de sucesión, por considerarlo irrespetuoso, se encuentra conforme al numeral 3 del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, también se precisa que el debido proceso como derecho fundamental, se encuentra íntimamente ligado al derecho de defensa, entendido este último como la posibilidad que tiene el particular de ejercer los medios exceptivos consagrados en las normas constitucionales, y que cualquier acción del juez que genere como consecuencia la imposibilidad de ejercerlos constituye en sí una vulneración al efectivo derecho de defensa, por lo que son de recibo los argumentos del Tribunal a quo para conceder la tutela. Se observa igualmente que los escritos que se deben devolver, a que alude el numeral 3 del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, son aquellos que contienen exclusivamente manifestaciones abiertamente irrespetuosas para con los funcionarios (incluido el juez).

Por las consideraciones anteriores se confirmará el fallo impugnado, y se ordena por secretaría remitir copia del expediente de tutela a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Barranquilla, para que investigue si lo considera del caso, la conducta de la funcionaria accionada.

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 impugnado.

Por secretaría remítase copia del expediente de tutela a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Barranquilla, para que investigue si lo considera del caso, la conducta de la funcionaria accionada.

Comuníquese esta determinación a las partes por telegrama.

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

Notifíquese y cumplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas (en uso de permiso), Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHO AL TRABAJO EN EVENTOS DE SUPRESIÓN DE CARGOS: Terminación de contrato. No es ilegítima la conducta de la accionada al suprimir cargos con respaldo en el Decreto 1065 de 1999, expedido por el Presidente de la República, en donde se dispone disolver y liquidar la entidad así como, pagar bonificaciones por las terminaciones unilaterales de contratos laborales.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente : Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente No. 6939

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia de 22 de julio del presente año, proferida por la Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante la cual se denegó la acción de tutela instaurada por Olga Lucía Buitrago Gutiérrez, en frente de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Banco Agrario de Colombia, S.A.

ANTECEDENTES

1. Obrando en nombre propio, la accionante solicita, como mecanismo transitorio, la protección constitucional de los derechos consagrados en los arts. 1º, 5º, 11, 16, 25, 29, 42, 43, 44 y 53 de la norma superior, supuestamente conculcados por las mencionadas entidades.

Pide al efecto, se ordene a las accionadas reintegrarla inmediatamente al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría, teniendo en cuenta su capacidad profesional y laboral, así como pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir.

2. La petición la funda, en resumen, en los siguientes hechos:

2.1 Mediante contrato celebrado a término indefinido se vinculó laboralmente con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, a partir

del 21 de junio de 1995, desempeñando como último cargo el de Oficial Operador de Archivo en la Oficina Regional de Risaralda.

2.2 Por Decreto No. 1065 de 26 de junio de 1999, el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación de la Caja Agraria, a la vez que creó, en sustitución de esta, el Banco Agrario de Colombia, S.A., el cual se subrogó en los derechos, privilegios y obligaciones de aquélla.

2.3 El 25 de junio de 1999 se le impidió, por orden de la Administración de la Caja Agraria y utilizando la fuerza pública, el ingreso a su sitio habitual de trabajo.

2.4 Según noticias ampliamente difundidas por medios periodísticos, el Banco Agrario de Colombia, S.A., entrará a operar con una nómina de 4.500 empleados aproximadamente, de los cuales 3.015 corresponden a antiguos trabajadores de la extinguida Caja Agraria, sin que se le haya tenido en cuenta para conformar dicha nómina por hallarse en estado de embarazo.

2.5 Por convención colectiva del trabajo, se estableció que no era necesario notificar el estado de embarazo a la Caja Agraria, para que surgiera el fuero por maternidad y, por ende, que al demostrarse ese estado dentro de los 20 días siguientes al despido, este quedaría sin efecto y la trabajadora debería ser reintegrada, cancelándose los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Pese a tal estipulación, notificó su estado de gravidez antes de la fecha de su despido, a su jefe inmediato y a la Directora del Departamento Administrativo y de Recursos Humanos.

2.6 A consecuencia de la abrupta terminación de la relación laboral durante el lapso de su estado de embarazo, se le afectó su mínimo vital y el de su hijo, toda vez que la única fuente de ingreso que tenía la derivaba de su empleo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

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

En virtud de las facultades conferidas por la Ley 489 de 1998, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1065 de 1999, por medio del cual dispuso la disolución y liquidación de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, amén de la supresión de todos los cargos y empleos existentes en dicha entidad y, consiguientemente, la terminación y liquidación de los contratos de trabajo, el pago de bonificaciones, con la previsión de que en ningún caso procedería la acción de reintegro (art. 9º). A dicho estatuto precedió el distinguido con el No. 1064, en el que se determinó que la supresión de cargos en entidades públicas del orden nacional en liquidación, constituye justa causa para la finalización y liquidación de tales relaciones.

De conformidad con la precitada normatividad, añade, el rompimiento del vínculo laboral entre la extinta Caja Agraria y la aquí accionante, no puede visualizarse desde los criterios comunes del derecho laboral, dada la justa causa del despido y la indemnización allí prevista en favor de los trabajadores desvinculados, equivalente a la del despido injusto, todo ello en conformidad con la convención colectiva vigente o el régimen prestacional de los servidores no convencionados (art. 9º, Decreto 1065/99), y sin perjuicio del pago de los salarios y demás prestaciones legales y extralegales a que tuvieren derecho.

Ahora bien, si a pesar de tal regulación la peticionaria considera que se le han vulnerado sus derechos, deberá acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en procura de su protección, pues la tutela no es medio supletorio ni mecanismo paralelo para solucionar conflictos de trabajo.

Por otra parte, si bien es cierto que la señora Buitrago fue despedida cuando se hallaba embarazada, no lo es menos que como ya dio a luz y el Seguro Social le ha venido suministrando la atención que tanto ella como su hijo requieren, según lo ha certificado dicho instituto, no hay lugar a tomar determinaciones adicionales pues se presume que con ello, la extinta Caja Agraria está cumpliendo con el pago de las prestaciones correspondientes a dicho estado, tal como lo prevé el art. 9º del Decreto antes citado.

Así, pues, no accedió al amparo constitucional implorado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Aduce la accionante, en síntesis, que el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional (Decreto 1064 de 1999), dispone que la liquidación puede durar hasta 2 años, como también que en el acto dispositivo de la supresión o disolución, se señalará el plazo de liquidación.

En el caso de la Caja Agraria, agrega, no se indica en el Decreto que ordena su disolución: "a) La duración de la liquidación, b) Se dispone que no hay que pedir autorización para despedir a la mujer amparada por la protección por maternidad, c) Que se suprime todos los empleos" (sic), todo lo cual va en detrimento de sus derechos como mujer embarazada, así como los del niño que está por nacer, siendo que estos prevalecen sobre los de los demás.

Por todo ello, demanda la revocatoria del fallo impugnado y, en su lugar, se protejan los derechos invocados como conculeados.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la Carta Política como un mecanismo procesal complementario, específico y directo

que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean vulnerados o se presente amenaza de su violación por las autoridades públicas, o por los particulares en los casos determinados por el legislador.

Dicha acción, de acuerdo con tal precepto, es de carácter residual y subsidiario porque sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitatorio para evitar un perjuicio irremediable, el que como ya lo ha puntualizado la jurisprudencia constitucional, requiere para su estructuración de los siguientes presupuestos:

"a) ...debe ser evidente, ostensible y de magnitud, ... No basta pues un perjuicio nimio, nítil.

"b) ...debe ser irremediable. Y es remediable todo aquello que se pueda restablecer a su etapa anterior. Por ejemplo es remediable por definición las cosas que se puedan restituir en especie o se puedan pagar en dinero. Por el contrario, lo irremediable es lo irreversible, lo que ya es imposible físicamente restablecer a su estado anterior..." (Sent. Marzo 10/95, exp. N°. 2034).

2. La intención del constituyente al establecer el amparo de que aquí se trala, con el carácter de supletorio, fue la de preservar la integridad del ordenamiento jurídico como un todo armónico, estructurado sobre la base de brindar a las personas medios eficientes de acceso a la administración de justicia para la defensa de los derechos de que son titulares, protegidos por las leyes y la propia Constitución.

3. En el caso que ocupa la atención de la Corte, es de verse que la terminación del contrato de trabajo de la aquí accionante, obedeció a la supresión de todos los cargos y empleos que existían en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, en virtud de haberse ordenado su disolución y liquidación mediante el Decreto 1065 de 1999, expedido por el Sr. Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 489 de 1998, la que a su vez expediera el Congreso Nacional en desarrollo de lo dispuesto por el numeral 10 del art. 150 de la Carta Política.

De otra parte, se advierte que el precitado Decreto dispuso el pago de bonificaciones por la terminación unilateral de los contratos de los servidores de la mencionada entidad, asíén de que en ningún caso procedería la acción de reintegro (art. 9º).

Stiendo ello así, como en verdad lo es, no puede afirmarse que la terminación de la relación laboral de la peticionaria sea acto ilegalino, como que dimana de la aplicación del artículo 150-10 de la C. P., así como de las normas dictadas en orden a su cumplimiento.

Hallándose, entonces, impregnado de legitimidad dicho acto, el amparo invocado no está llamado a prosperar; desde luego, son las conductas ilegítimas de las autoridades públicas, o de los particulares (art. 45. Decreto 2591 de 1991), las que pueden atacarse por vía de tutela. Admitir lo contrario implicaría el desquiciamiento del orden jurídico.

Conlleva lo anterior a concluir que, en el caso de la accionante, su desvinculación laboral se debió a justa causa, en tanto permanezcan vigentes las normas en las cuales se soportó.

4. Ahora bien, si a juicio de la señora Buitrago Gutiérrez, la causa de su despido es injusta, no es la tutela la vía procesal dispuesta por el legislador para procurar la defensa de sus derechos, sino la ordinaria laboral, de donde por este aspecto el amparo deviene improcedente.

Es más, no se está en presencia de un perjuicio irremediable, de un lado, porque el Decreto que ordena la disolución y liquidación de la Caja Agraria, con la correspondiente supresión de cargos, incluido el de la señora, dispone que "con el fin de proteger a los trabajadores oficiales por la carga que soportan dada la decisión legal de liquidar la entidad, se deberá reconocer a cada trabajador una bonificación equivalente al valor de la indemnización prevista por despido injusto en la convención colectiva vigente o en el régimen prestacional de los trabajadores oficiales no convencionados de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, según sea el caso... lo anterior, sin perjuicio del pago de los salarios, y demás prestaciones legales y extralegales a que tengan derecho", con lo cual quedó prevista la reparación del daño; y de otro lado, habiendo obedecido la desvinculación laboral de la señora Olga Lucía Buitrago Gutiérrez, a la orden de disolución y liquidación de la mencionada entidad, mal puede argüir aquélla que se debió a su estado de embarazo. Y si en contrario piensa, tiene la vía judicial ya indicada para la defensa de los derechos que estime conculcados.

En fin, de acuerdo con información suministrada por el Instituto del Seguro Social, la accionante, quien ya dio a luz, ha venido recibiendo, al igual que su hijo, atención por dicha entidad, lo que significa que se está cumpliendo con el pago de las prestaciones a que tiene derecho por tal concepto, en acatamiento de lo normado por el art. 9º del Decreto 1065 de 1999 (fis. 50-54; c-1), de donde por este otro aspecto tampoco se vislumbra la vulneración de derecho fundamental alguno.

5. Fluye como colofón de los precedentes discernimientos, 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 Repúbl

ca y por autoridad de la ley. CONFIRMA la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntuizados 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, Manuel Aradilla Velásquez, Nicolás Berchara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHO DE PETICION ANTE ENTIDADES FINANCIERAS:
Refiere a la prestación del servicio público del Banco la solicitud de información sobre el trámite que adelanta la entidad cuando recibe oficios de embargo. En este caso la tutela procede para proteger el derecho de petición ante la mora en responder.

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

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Ref.: Expediente No. 6879

Se resuelve la impugnación formulada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionacha, Sala Civil Familia, de fecha 7 de julio de 1999, que rechazó la tutela promovida por el señor Edgardo Oscar Gómez Ibarra contra los señores Androcles Oviedo Jiménez, en su calidad de Gerente del Banco de Bogotá y William Avila Romero, en su calidad de Gerente del Banco Central Hipotecario.

ANTECEDENTES

1- En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado el abogado Edgardo Oscar Gómez Ibarra, obrando en su propio nombre interpuso acción de tutela en contra de Androcles Oviedo Jiménez, en su calidad de Gerente del Banco de Bogotá y William Avila Romero, en su calidad de Gerente del Banco Central Hipotecario, pues consideró que los accionados, al no responder sus comunicaciones del 16 de abril de 1999, le vulneraron su derecho constitucional fundamental de petición.

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

A) El día 16 de abril de 1999, el Dr. Gómez Ibarra presentó sendas solicitudes dirigidas a los gerentes del Banco de Bogotá y del Banco Central Hipotecario, en ejercicio del derecho de petición, para que se le informara sobre el trámite y cumplimiento de los mandamientos judiciales de

embargo Nos. 456, 100 y 101 del Juzgado Primero Laboral del Circuito, como también algunos otros aspectos sobre los mismos.

B) Hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, esto es 21 de junio de 1999, no ha recibido respuesta sobre tales solicitudes.

C) La reserva de información de las instituciones financieras es relativa y no absoluta, y el hecho de la negación de información solicitada, constituye una vulneración del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

1. Por medio de escrito del 23 de junio de 1999, el señor William Avila Romero, Gerente del Banco Central Hipotecario manifestó que el 2 de junio de 1999 remitió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, la respuesta frente a los oficios de embargo enviados por dicho Juzgado. En ella, se manifestó que los demandados, el departamento de la Guajira y el municipio de Riohacha no poseían vínculos comerciales con esa entidad, y por tal razón las órdenes de embargo no se pudieron cumplir.

2- Por su parte, el señor Androcles Oviedo, gerente del Banco de Bogotá informó que los oficios recibidos e identificados con los números 456 y 101, surtieron su trámite interno; la primera orden no tuvo efectividad pues la cuenta carecía de fondos. Con relación al oficio No. 100 manifestó que se presentó una confusión y que, luego de un diálogo con el accionante se llegó al acuerdo que "una vez exista la disponibilidad se procederá conforme a lo ordenado (folio 20 Cuaderno Principal).

3. Posteriormente, el Tribunal citó a los señores gerentes para que expusieran las circunstancias relacionadas con la solicitud interpuesta por el accionado, a través del derecho de petición. El señor Avila manifestó que, cómo el abogado Gómez Ibarra no acreditó su condición de abogado en los procesos judiciales, dio respuesta al Juzgado Primero del Circuito de Riohacha directamente. De igual forma manifestó que el accionante presentó un derecho de petición para que se le informara sobre el procedimiento interno para el trámite de los oficios presentados, que fue respondido el 25 de junio de 1999. Dijo que efectivamente había conocido el derecho de petición del mes de abril, que le dio trámite a la oficina jurídica, quien respondió directamente al Juzgado (folios 31 y 32 Cuaderno principal).

El señor Oviedo Jiménez manifestó que se recibieron del Juzgado Primero Laboral del Circuito los oficios 100 y 101 relativos al embargo de las cuentas del municipio de Riohacha; el dinero que había en ellas, tan sólo sirvió para el embargo contenido en el oficio 101; indicó que quedó pendiente de trámite el oficio 100. Frente al derecho de petición, manifestó que si lo recibió y que no lo respondió "porque no llegó oportunamente a

mis manos y cuando tuve conocimiento procedí a charlar con el Doctor Gómez directamente, además de haberle dado contestación a los juzgados oportunamente sobre las órdenes de embargo impuestas" (folio 36 Cuaderno principal). Explicó a continuación el trámite interno que le da el Banco a los oficios de embargo que recibe.

EL FALLO DEL TRIBUNAL.

Por medio de providencia fechada el 7 de julio de 1999, el Tribunal Superior de Riohacha -Sala Civil Familia- resolvió conceder la tutela del derecho de petición frente a la solicitud presentada ante el Gerente del Banco Central Hipotecario, y denegarla frente a la solicitud del Banco de Bogotá.

El Tribunal estimó que, efectivamente, no se le dio respuesta a la solicitud del peticionario. Sin embargo, la razón para esa decisión en diverso sentido con relación a las entidades financieras radicó, según lo consideró el Tribunal, en el hecho que el Banco de Bogotá es una entidad privada, que "a pesar de prestar un servicio público no actúan como autoridad, es decir, no ejercen una función pública..." (folio 44 Cuaderno Principal)

LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó el fallo de tutela. En su memorial hizo expresa referencia a la sentencia No. C-053 del 16 de febrero de 1995 de la Corte Constitucional, por medio de la cual manifestó que la actividad financiera poseía un marcado interés público, que exigía conferir a los miembros de la comunidad un derecho de información relevante, razón por la cual debía concederse también el amparo frente al Banco de Bogotá.

CONSIDERACIONES

1- La Corte ha dicho, en repetidas ocasiones, que la acción de tutela, consagrada en la Constitución Política de 1991, se erigió como un mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, o incluso por particulares en determinados casos. La procedencia de la acción se supedita, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta, al hecho de que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo aquellos casos en los cuales se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2 Asimismo, la Constitución Política en su artículo 23 consagró como fundamental el derecho de petición e indicó que toda persona puede elevar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener una pronta resolución, lo que supone para el Estado, y para el particular excepcionalmente, la obligación positiva de

resolver con prontitud y de manera congruente acerca de la solicitud elevada. Eso no implica, tal y como también se ha referido, que ese pronunciamiento tenga que ser favorable, pues como bien se sabe, la garantía constitucional mencionada tiende a asegurar respuestas oportunas y apropiadas en relación con aquello que se solicita de las autoridades, más no a obtener de estas últimas una resolución que indefectiblemente acceda a las pretensiones del solicitante.

3 - Antes de realizar el análisis del presente caso, es necesario determinar cuáles son las condiciones en las que procede el amparo del derecho de petición, cuando éste se ejerce frente a los particulares.

En relación con el anunciado tópico, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que este derecho, excepcionalmente puede extender su radio de aplicación frente a particulares, en los casos determinados por el legislador, o cuando el particular presta un servicio público. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-105 de 1996 sostuvo que:

".....procede la protección al derecho de petición, frente a particulares encargados de la prestación de un servicio público (art. 365 de la C.P.), o cuando desarrollan actividades que pueden revestir ese carácter, siempre y cuando exista violación de un derecho fundamental. Ha tenido en cuenta la jurisprudencia, que en estos casos, el particular asume poderes especiales que lo colocan en una condición de superioridad frente a los demás coasociados, y sus acciones u omisiones pueden generar una amenaza o vulneración de uno o varios derechos constitucionales fundamentales que deben ser protegidos en forma inmediata por la autoridad competente".

"Es claro entonces, que el derecho de petición contra los particulares, opera exclusivamente en casos excepcionales y siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y evidentemente se colga de ello un perjuicio irremediable."

Están dados entonces los elementos para la procedencia del derecho de petición frente a los particulares: a) Que se trate de organizaciones privadas y exista reglamentación legal en ese sentido, o bien que se trate de particulares que presten un servicio público; b) Que el accionante no posea otro mecanismo de defensa judicial y exista el riesgo de producir un perjuicio irremediable; c) Que se trate de una petición relacionada con el servicio público que está llevando a cabo el particular. Con relación a este último elemento importa destacar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-180 de 1998: "En el presente caso, la Fundación Médico Preventiva Ltda., al ser una entidad eminentemente privada y tener una relación contractual directa con el Fondo de Prestaciones del Magisterio, no puede ser objeto de tutela en este caso, porque, si bien es una entidad que presta servicios de salud, no se está discutiendo el servicio de salud en concreto, sino una información relativa a la relación privada y contrac-

tual entre el Magisterio y la Fundación, lo que no haría de esta una circunstancia excepcional para que prosperara el derecho de petición contra particulares, de conformidad con lo expresado en los puntos anteriores". (resaltado ajeno al texto)

Así las cosas, erró el Tribunal cuando consideró que no procedía la acción de tutela en contra del Banco de Bogotá, pues se trata de un particular, investido de la función de servicio público, contra la cual si procede el amparo tutelar por razón de una vulneración del derecho de petición, siempre y cuando dicho desconocimiento se haya producido con ocasión del servicio público que está prestando el particular. En el caso concreto, en tratándose de entidades financieras, por ejemplo, el derecho de petición presentado por el cuenta correntista para averiguar el saldo de su cuenta, o para obtener información sobre alguna operación, como también, el derecho de petición de un particular cuando desea obtener información de interés general con relación a la prestación del servicio público, o de interés particular que no esté sujeta a restricción, bien por razón del derecho a la intimidad de la entidad, bien por razón de alguna reserva legal.

4- Lo que buscaba el accionante, por medio de su derecho de petición era la obtención de información relativa al trámite que, en cada institución financiera, se le brindaba a los oficios de embargo, como también cuál había sido el resultado de unos oficios entregados en cada una de ellas. Como se deduce del contenido de las peticiones presentadas, ellas están relacionadas con el servicio público, en tanto y en cuanto hacen relación al trámite que se le imprime a los oficios de embargo de dineros que se encuentran en cuentas corrientes.

5- Por las razones anteriores habrá de modificarse el fallo del *a quo*, en el sentido de conceder igualmente la tutela solicitada frente al accionado Banco de Bogotá.

DECISIÓN:

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el numeral segundo del fallo impugnado, y en su lugar dispone:

Conceder la tutela del derecho de petición, solicitada por el Dr. Edgar Oscar Gómez Ibarra. En consecuencia ordéñase al gerente del Banco de Bogotá de la ciudad de Riohacha que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, dé respuesta a la solicitud presentada por el accionante el 16 de abril de 1999.

En las demás decisiones, el fallo se mantendrá.

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, Manuel Ardila Velasquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHO A LA TRANQUILIDAD: Contaminación auditiva. La tutela es procedente cuando la perturbación auditiva llega a incidir directamente sobre la calidad de vida de los habitantes de una zona residencial sin que la autoridad pública aplique los instrumentos legales de que dispone para regular el ejercicio de las libertades y derechos. / **ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO: Orden de cierre en tutela.** La Corte modifica la sentencia y ordena al Alcalde de Neiva que en el término de cuarenta y ocho horas disponga el cierre de los establecimientos de comercio en que se viene presentando la violación de los límites de intensidad auditiva.

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

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 6922

Despacha la Corte la impugnación formulada contra el fallo de trece (13) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por medio del cual se concedió la tutela peticionada por María Gladys Hernández de Zapata, contra la Alcaldía de Neiva.

ANTECEDENTES

1. En la demanda de tutela visible de folios 2 a 8 del cuaderno principal del expediente se pide protección a los derechos fundamentales a un ambiente sano, y por conexidad, a la vida, la salud, y la integridad moral.

La demandante relata que hace 30 años reside con su familia en un barrio en el cual hace un año, junto con las demás personas del sector, han visto "como se viene proliferando de establecimientos públicos dedicados al expendio de licor, pistas de baile e incluso de alucinógenos en los mismos, sin ningún control por parte de las autoridades municipales o

policivas, quienes por el contrario muestran su aquiescencia e ineptitud en ello".

Se queja de que en dichos establecimientos "colocan música a altos niveles de ruido que perturban la tranquilidad y el normal transcurso de nuestras vidas, como quiera que tan solo hasta cuando apagan tales equipos de sonido no podemos dormir tranquilos".

Cuenta que han elevado "sendos derechos de petición ante la Inspección Primera de Control Urbano y a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, sin que hasta el momento se hayan pronunciado de forma eficaz y por el contrario han ordenado el archivo de tales diligencias con el argumento de que dichos establecimientos tienen sus documentos en regla y los decibeles de sonidos son los permitidos", por lo cual han tenido que recurrir constantemente a la Estación de Policía del lugar que tampoco nada ha hecho.

Relata todos los inconvenientes que tal situación les produce a sus vidas; describe la forma como se perturba la tranquilidad del vecindario y los temores que ello les infunde. Argumenta que en ese ambiente no deben crecer los menores de edad que tienen un derecho prevalente, y que las autoridades no ejercen control para impedir la ubicación de esos establecimientos en una zona residencial, que cada vez son más y que inclusive ni siquiera responden a su denominación como el caso de una salsamentaria que señala además es un expendio de licores "y de hasta alucinógenos"; pese a todo lo cual no se hace uso del poder de policía para restablecer la normalidad, tranquilidad, salubridad: el orden público.

Finalmente, argumenta que los derechos cuyo amparo demanda son esenciales a la dignidad humana pues tienen que ver con la persona misma a más de tener reconocimiento expreso, y pasa a citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, destacando que en determinadas circunstancias un derecho colectivo como el derecho a tener un medio ambiente sano, puede convertirse en derecho fundamental por su íntima vinculación como una garantía vital de la persona.

Como corolario de lo anterior, pide que se ordene al alcalde "que en el término de las 48 siguientes a la notificación de la decisión de tutela, se sirva ordenar el cierre inmediato o su reubicación en sector diferente de la zona residencial (...), de la totalidad de establecimientos comerciales dedicados al expendio de bebidas embriagantes, pistas de baile y en general que tengan que ver con actividades nocturnas complementarias de las anteriores, por ser nocivos para el normal desarrollo del ambiente sano, la vida, la integridad física, moral y por sobre todo la dignidad humana mia y de las demás personas que se llegaren a beneficiar con esta acción".

Mediante auto del 28 de junio de 1999 el Tribunal admitió la demanda y dispuso su notificación al Alcalde Municipal de Neiva, y solicitó a la

Inspección Primera de Control Urbano y a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena (CAM), fotocopias de la actuación surtida en razón de aludido derecho de petición; al Departamento de Policía del Huila y a la CAM solicitó informe sobre si se ha presentado incumplimiento por parte de los establecimientos comerciales [sic] respecto de las normas de funcionamiento y sobre el control que hayan ejercido, y pidió certificación a Planeación Municipal sobre si la zona de que se trata es sector residencial o comercial.

3. Tales requerimientos fueron respondidos así:

3.1. El Departamento de Planeación informó que el sector de que se trata se encuentra en un Área de Actividad múltiple con tratamiento de redesarrollo [sic], en el cual están permitidas actividades comerciales para usos recreativos. (folios 18-19).

3.2. La Inspectora Segunda de Control Urbano remitió copias de la actuación surtida en virtud de queja formulada por varios vecinos del sector entre quienes se encuentra la accionante, e informó que "en los diferentes controles realizados por la CAM a solicitud de este Despacho, ellos como única autoridad competente en la materia han conceptuado que el sonido no excede los límites permitidos" (f. 117).

De las copias de la actuación surtida en la instancia policial se destaca que quienes acudieron a ese trámite negaron haber incurrido en perturbaciones de la tranquilidad, en concreto en cuanto a los niveles de ruido, pese a lo cual llama la atención lo declarado por Dolores Castro Troyano, matriculado en el registro mercantil respecto del establecimiento para la venta de licores "Taberna Eclipse Total", quien dice que en tres o cuatro mediciones de volumen efectuadas por la CAM "no se encontró problema", y agrega: "sin embargo, con muchísimo gusto se tratará de moderar el volumen teniendo en cuenta que si al frente se coloca mucho volumen o sea LA TASCA, entonces la música de mi establecimiento no se escucha"; y termina indicando que cuenta con todos los documentos que le permiten el normal funcionamiento del establecimiento "y también el concepto de Planeación Municipal sobre la medida de decibeles [sic] en inclusive [sic] ahora se ha moderado más el volumen" (folio 89).

Dentro de la misma actuación policial se observa informe rendido a la Inspectora por el Coordinador de la unidad de Control y Vigilancia de la CAM en el sentido de haberse realizado "visita y medición sonométrica en horas nocturnas a los establecimientos que hace mención el oficio, constatando que ninguno de estos establecimientos se encontraba infringiendo la normatividad ambiental, la cual establece un límite de 45 decibeles para el horario nocturno y calificando la zona como residencial" (folio 68).

3.3. El director general de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena informó que ante el derecho de petición elevado por los veci-

nos del barrio Diego de Ospina contra los establecimientos "Estadero la Quinta Porra", "Salsamentaria Coquet", "ECLIPSE (sic) TOTAL" y "LA BAMBA", se efectuaron visitas y "se comprobó que el ruido generado por los equipos de sonido utilizados en dicho establecimiento no superaban los límites establecidos por la normatividad ambiental versada (sic) en la Resolución No. 8321 de 1983 del Ministerio de Salud y el Decreto 948 de 1995 del Ministerio del Medio Ambiente los cuales establecen un máximo de 45 decibeles (dB) para el horario nocturno comprendido entre las 9 P.M. y las 7 A.M. de acuerdo al tipo de zona residencial donde funcionan estos establecimientos". Y agrega: "La Corporación ha venido realizando visitas de seguimiento en compañía del Capitán WILSON MOSQUERA de la Policía Nacional de lo cual no se ha establecido contaminación auditiva". Y concluye que con base en tales diligencias se dispuso el archivo del expediente (folios 118-119).

4. Por auto del 6 de julio del corriente año el a quo dispuso la vinculación "a la presente acción de tutela" de los propietarios, arrendatarios o administradores de los establecimientos comerciales "Estadero la Quinta Porra", "Salsamentaria Coquet", "Estadero La Bamba" y "Arco Iris", lo cual se efectuó mediante telegrama.

Igualmente ordenó a la CAM y al Departamento de Policía Huila, que sindicaran informe "detallado y actualizado", y con intervención de personal idóneo; sobre los niveles de ruido y demás hechos perturbadores relatados en la demanda.

4.1. El comandante del Departamento de Policía relaciona las actividades desplegadas en torno al problema, entre las cuales se observa que realizó un operativo para verificación del cumplimiento de normas sobre el medio ambiente, especialmente en cuanto a contaminación por ruido, "sin obtener ningún resultado pues los sectores visitados estaban cumpliendo con todas las normas legales". También informa que de algunos oyó descargas, y que impuso amonestaciones, conminaciones y cierres temporales, de lo cual se advierte que solo se aplicó una amonestación por alto volumen a Dolores Casimiro "propietaria y/o administradora del establecimiento Taberna Eclipse Total", con lo cual, concluye, "se quiere demostrar que esta Unidad ha ejercido control permanente durante el último año al sector de la Calle 2 entre carreras 9 a 14, demostrando así el cumplimiento a lo ordenado por normas legales". (folios 129-131).

4.2. Mediante oficio 2722 del 12 de julio de 1999, el coordinador de la Unidad de Control y Vigilancia de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena informa que se realizaron visitas nocturnas a los establecimientos "La Quinta Porra", "Salsamentaria Coquet" y "La Tasca", habiendo efectuado medición sonométrica en diferentes días y horas de la noche y desde distintos inmuebles con promedios de 56.1, 64.2, 57.5, 53.8, 59.4, y 55.4 decibeles, llegando a la conclusión de que, comparadas

con la normatividad ambiental Resolución 8231 de 1983 y el Decreto 948 de 1995, tales establecimientos, cuyos propietarios indica, "se encuentran infringiendo dicha normatividad, la cual establece un máximo de 45 dB, para el horario nocturno que comprende de las 19:00 a las 07:00 horas para zonas residenciales donde funcionan estos establecimientos" (folios 153 a 156).

FALLO DEL TRIBUNAL

Luego de considerar lo relativo al derecho a la tranquilidad, a partir de la jurisprudencia que al respecto ha expuesto la Corte Constitucional, y de reseñar que el ruido es un agente contaminante que conculta derechos fundamentales cuanto tiene injerencia arbitraria en la intimidad de la persona y alcanza niveles que afectan la salud; y de reparar en el cumplimiento de las normas tendientes a la garantía de la salubridad y seguridad públicas, y de las autoridades encargadas de su control; encuentra que en el presente caso es evidente la contaminación por ruido y que por lo mismo se han violado los derechos a la tranquilidad e intimidad, y en tal virtud concede la tutela y ordena al señor Alcalde de Neiva que si aún no lo ha hecho, ejerza los controles e imponga las sanciones correspondientes a quienes actualmente infringen las normas respectivas y en especial por la contaminación ambiental, y en el caso concreto, la causada por los establecimientos de comercio denominados "Estadero La Quinta Porra", "Salsamentaria Coquet", "Estadero La Bambú" y "Estadero Arco Iris".

Igualmente previene a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, CAM, para que ejerza estricto control dentro del marco de su competencia sobre tales establecimientos comerciales, a fin de garantizar el efectivo cumplimiento de los requisitos legales aplicables a su control para el amparo de los derechos fundamentales a la tranquilidad, el medio ambiente, la vida y la integridad física y moral, prevención que hace extensiva a los propietarios, arrendatarios, administradores y demás, de los establecimientos de comercio citados, a fin de que den cumplimiento a las normas que regulan el libre ejercicio de su actividad comercial.

Por último, impone a la Alcaldía y a la CAM el deber de rendir informes al Tribunal sobre las actuaciones que realicen para el acatamiento del fallo.

Obran en la actuación las constancias de notificación a la accionante, al señor Alcalde, a los propietarios o administradores de los cuatro establecimientos referidos, y al director de la Corporación CAM; e igualmente la respuesta del Alcalde en que expresa el acatamiento al fallo y ordena a la Inspección Segunda de Control Urbano que de inmediato proceda a ejercer los controles y sanciones correspondientes a los establecimientos que actualmente infringen las normas relativas a su funcionamiento y en

especial a la contaminación ambiental causada por los establecimientos citados y dispone que se informe de lo pertinente a la respectiva Sala de Decisión del Tribunal (folios 178 a 180).

Se allegó copia de las actuaciones adelantadas con posterioridad por la Inspección Segunda de Control Urbano en que se impone una multa al representante del establecimiento de comercio "Salsamentaria Coquet" por reincidencia en el incumplimiento del horario de funcionamiento, y además de los requerimientos formulados a éste y a los otros a fin de que en el término de 30 días presenten la documentación que exige la Ley 232 de 1995, con advertencia de que al no hacerlo se impondrán multas sucesivas diarias y "podrá ordenarse el cierre definitivo del establecimiento".

También hay constancia de que con posterioridad al fallo, el 16 de julio del año en curso, la Inspector Segunda de Control Urbano dispuso una nueva medición del ruido producido por la música en tales establecimientos, y de la respuesta que dicha funcionaria da al Tribunal en que dice obrar con expresa delegación del Alcalde para el cumplimiento del fallo de Tutela, y a más de remitir la documentación ya reseñada, aclara que la sanción impuesta respecto del establecimiento "Salsamentaria Coquet" obedece a reiterado incumplimiento del horario y "que los otros establecimientos no pueden ser objeto de la misma sanción por cuanto no reposan antecedentes en el expediente de sanciones impuestas por el Comando estación Neiva y los informes técnicos de la CAM reportan que el número de decibeles (sic) utilizados se encuentra dentro de los límites permitidos" (Julio 189).

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la sentencia, la accionante la impugna y en respaldo de tal cuestionamiento expone: no se imparte una efectiva protección de los derechos fundamentales pues los controles que se ordenan nunca han sido ejercidos por la administración cuya intervención ya ha pedido desde que comenzaron a funcionar esos establecimientos de comercio, por lo cual insiste en su traslado o cierre, ya que de lo contrario continuará los elementos perturbadores o amenazadores de sus derechos y el fallo será inocuo por no existir garantía de que cesarán los motivos de la demanda, debiendo entonces recurrir a la policía y a las mismas autoridades, en que - dice - se escuda la propietaria de la Salsamentaria Coquet donde aduce tener amistades que impiden su sanción, "por lo que volvería a la misma situación en que me encuentro justo antes de iniciar la presente acción". Argumenta que el fallo no establece para el accionante la forma como debe actuar en caso de persistir la amenaza para los derechos fundamentales, por todo lo cual pide se modifique el numeral 2º de la parte resolutiva, "en el sentido de ordenar la reubicación de los estable-

cimientos de comercio, o, en su defecto establecer el mecanismo idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales del ambiente sano, la vida, integridad física, moral y la salud, como derechos conexos con el primero".

CONSIDERACIONES

1.- A voces del propio artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un especial mecanismo que con carácter residual procura 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 legítima 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 estímen conciliados.

Se distingue, pues, 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 y 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.

2.- La última condición arriba reseñada, esto es, que el afectado no disponga de medio diferente de defensa, ha permitido que la jurisprudencia constitucional atribuya a la acción de tutela carácter subsidiario, queriendo con ello significar que "La acción de tutela consagrada por el artículo 86 de nuestra Constitución Política, fue concebida como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales, únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que, existiendo, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado,... Es por tanto, como innumerables veces lo ha dejado sentado la jurisprudencia de esta Corporación, una acción residual o subsidiaria, que no está llamada a proceder como mecanismo alterno o sustituto de las vías legales de protección de los derechos." (Corte Constitucional. Sent. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno 196 de 9 de mayo de 1996).

3.- Se extrae de lo arriba analizado, que es requisito general de procedibilidad de toda acción de tutela, que el afectado no disponga de un medio ordinario de defensa que de manera eficaz pueda servirle para obte-

ner protección de sus derechos y condición especial para las demandas de amparo constitucional dirigidas contra particulares, que tenga lugar la operancia de alguna de las causales consagradas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

4.- Considerado el hecho de qué el *a quo* dispuso la vinculación a este asunto de los propietarios, arrendatarios o administradores de los cuatro establecimientos de comercio indicados en el escrito con que se dio inicio al diligenciamiento, pues el reproche formulado por la accionante comprende el actuar de dichos particulares al radicar en ellos la violación de las normas sobre contaminación auditiva en las condiciones de que da cuenta la demanda de tutela, se impone, en primer término, analizar si se cumplen en el sub lite los requisitos de procedibilidad, tanto el general como el especial, atrás comentados.

5. En tratándose de establecimientos de comercio, tanto el Decreto 2150 de 1995 como la Ley 232 del mismo año, suprimieron las licencias o permisos de funcionamiento e impusieron a cambio, con carácter obligatorio, que para el ejercicio del comercio en establecimientos abiertos al público estos deben reunir diversos requisitos, entre ellos, "Cumplir con todas las normas referentes al uso del suelo, intensidad, auditiva, horario, ubicación y destinación expedidas por la autoridad competente del respectivo municipio" (num. 1º, art., 47, Decreto 2150 de 1995; y lit. a, art. 2º, Ley 232 de 1995).

Apáرجadamente, el artículo 3º de la mencionada ley dispuso que "El alcalde, quien haga sus veces, o el funcionario que reciba delegación, siguiendo el procedimiento señalado en el libro del código contencioso administrativo, actuará con quien no cumpla los requisitos previstos en el artículo 2º. De esta ley, ...".

En el presente caso tres autoridades conocieron de sendas quejas en el mismo sentido formuladas por varios moradores del sector, y en ninguna de ellas se estableció que hubiera violación de los topes de intensidad auditiva y que en consecuencia debiera impartirse una solución de fondo al problema: La Corporación Autónoma Regional CAM respondió de modo negativo el derecho de petición elevado por los habitantes del sector, señalando que como no se presenta contaminación auditiva, ordenó el archivo del expediente. También es claro que la administración municipal tiene dispuestas Inspecciones de policía denominadas de Control Urbano, a las cuales ha delegado el conocimiento de asuntos como el que motivó el reclamo de tutela, pues que frente a la queja respectiva que formularon los habitantes del sector, la Inspección Segunda avocó el conocimiento y una vez practicadas las diligencias decretadas, inclusive respecto de persona y establecimiento no señalados por los querellantes (Taberna Eclipse Total), rindió informe al Tribunal basado en los informes de la CAM, "única autoridad competente en la materia... concep-

tuando que el sonido no excede los límites permitidos". Y el Departamento de Policía, que en su informe solo se refiere al caso del establecimiento Eclipse Total con una autonostación por el alto volumen.

6.- En este orden de ideas, surge palmaro que frente a violaciones de las normas referentes a "intensidad auditiva" por parte de los establecimientos de comercio de la ciudad de Neiva, por ser este uno de los requisitos impuestos en la Ley 232 de 1995 para el funcionamiento de establecimientos abiertos al público, existe como medio ordinario de defensa, el procedimiento polílico; por ende, cualquier persona en tal supuesto, puede formular su queja para que alguna de las señaladas autoridades o la misma Alcaldía de esa municipalidad, adelante la investigación respectiva y, de hallar mérito para ello, imponga las sanciones que la memorada ley contempla.

Así las cosas, podría en principio admitirse que ante la existencia de tal medio de defensa, la tutela, de un lado, no se erige como una forma idónea para obtener protección frente a la violación de las normas sobre intensidad auditiva por parte de establecimientos de comercio operantes de Neiva y, de otro, que ella, ante situaciones fácticas de similar linaje, no resulta procedente respecto de particulares, pues no parecería que el afectado se encuentra en estado de indefensión, evento consagrado en el numeral 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y único aplicable al caso que se examina.

Precisamente sobre el estado de indefensión a que alude la precitada disposición, tiene sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual acá se acoge sin reparo, que hace referencia a: "... una relación fáctica y jurídica que coloca a la persona que la sufre en situación de desventaja ostensible hasta el grado de quedar materialmente inerme para evitar la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales... La magnitud de una vulneración de los derechos fundamentales que excede los beneficios pretendidos mediante una acción legal y hace inocuo su ejercicio es un parámetro que permite establecer la existencia de una relación de indefensión o subordinación" (Sentencia T-189 de 12 de mayo de 1993).

7.- No obstante lo anterior, en el caso traído a conocimiento de la Corte por vía de impugnación de quien en principio recibió tutela de los derechos cuya violación acusa, debe decirse que las tramitaciones polílico-administrativas a que se ha hecho referencia no se muestran, en cuanto a la accionante, como un medio eficaz para la protección de los derechos aducidos, pues es lo cierto, según se desprende de los antecedentes ampliamente resenados, que desde hace once meses viene impulsando varias actuaciones y, en general lo han hecho quienes residen en el Barrio Diego de Ospina, para reclamar de las diferentes autoridades municipales de Neiva solución al problema de ruido que desde ese entonces los aqueja por razón de los establecimientos de comercio que funcionan en el

sector de la Calle 2^a. Entre Carreras 9^a. y 12, sin que, por lo menos, hasta el momento de promover la presente acción, hayan encontrado solución efectiva a tal problemática.

Ello se deduce de modo ostensible de la afirmación contraevidente de la Inspectora de Control Urbano, quien, no obstante haberse verificado en el trámite de la Tutela por informe de la Corporación Autónoma Regional CAM que el promedio de intensidad auditiva supera ampliamente el nivel permitido, al dar respuesta a la notificación del fallo y pese a anunciar que procede a su cumplimiento, indica que los informes técnicos de la CAM reportan que los decibeles se encuentran dentro de esos límites, y ordena la práctica de otra medición sonora (folios 188) pese a que para acatar la sentencia del *a quo* le hubiera bastado con la prueba aquí recaudada.

Sobre tales informes técnicos, contrastan los rendidos por la Corporación CAM frente al derecho de petición y ante la actuación policial, y el rendido por orden del Tribunal en el presente trámite, lo cual denota la inseguridad de que con los simples controles y prevenciones se dé cabal protección a los derechos tutelados, puesto que la naturaleza misma de la infracción permite manipular las circunstancias de tal manera que sea difícil verificar que en efecto en determinado momento se eleva la intensidad auditiva que causa la violación. Si a juzgar por la declaración que rinde uno de los comerciantes, la competencia en tales actividades se base en tener más alto el volumen de la música la protección dispuesta por el *a quo* es inocua, toda vez que es obvio que no habiendo una vigilancia permanente de los niveles de ruido, la accionante está expuesta a que continúe la perturbación que ha motivado sus reclamos, como se ha verificado que ocurre aún después de haberse efectuado mediciones de ruido en los trámites policivos.

8.- Luego siendo que los trámites policivos ya tuvieron el resultado negativo que derivó en el archivo del expediente de uno de ellos, es forzoso concluir que ninguna actuación administrativa ha sido eficaz en orden a proteger los derechos de los habitantes de ese sector, y las autoridades más bien se muestran reiteradamente incapaces para impedir que se perturbe la tranquilidad y la salud de quienes han promovido tales trámites en los que ni siquiera se logra acreditar que se superan los límites de intensidad auditiva.

Lo anterior por cuanto si se viene denunciando ante las autoridades municipales la violación de las normas relacionadas con la intensidad auditiva, y pese a que en los trámites administrativos no se logra verificar tal exceso al punto que en el presente trámite ello queda demostrado de modo incontrovertible, inclusive por informe de la misma autoridad que en los otros trámites concebió que los niveles de ruidos estaban por debajo de los límites permitidos, se pone de manifiesto que tales actuaciones

administrativas son insuficientes para asegurar a la demandante el pleno goce de los derechos fundamentales tutelados.

En conclusión, las pruebas aquí obrantes, en particular el informe de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena (folios 153 a 156), ponen de manifiesto que los establecimientos "La Quinta Porra", "Salsamentaria Coquet" y "La Tasca" quebrantan la normatividad que regula la contaminación por ruido; y que en la misma conducta incurre la "Taberna Eclipse Total", de la cual Informó la Policía de Neiva fue amonestada su propietaria por elevado volumen de la música.

9.- Por lo tanto, la simple existencia, como posibilidad, de adelantarse procesos administrativos para la investigación y sanción de los contraventores de las normas sobre ruido, por si sola no representa en el concreto caso examinado una eficaz vía de defensa que impida de modo permanente la incursión en los actos de perturbación que motivan la presente acción.

En efecto, el sector en que se encuentran los establecimientos emisores del ruido, según la certificación del Departamento de Planeación Municipal (folios 18 a 21), corresponde al sector C de la clasificación prevista por el artículo 15 del Decreto 948 de 1995, para la restricción de ruido ambiental, sector rotulado como de "ruido intermedio restringido".

Por otra parte, se tiene que el artículo 17 de la Resolución 8321 de 1983, expedida por el Ministerio de Salud, dispone:

"Artículo 17. Para prevenir y controlar las molestias, las alteraciones y las pérdidas auditivas ocasionadas en la población por la emisión de ruido, se establecen los niveles sonoros máximos permisibles incluidos en la siguiente tabla:

TABLA NÚMERO I
Zonas receptoras
Nivel de presión sonora dB (A)

	Período diurno 7:01 a.m.-9 p.m.	Período nocturno 9:01 p.m.-7 a.m.
<u>Zona I residencial</u>	65	45
Zona II comercial	70	60
Zona III industrial	75	75
Zona IV de tranquilidad	45	45

En el presente caso se ha determinado que el sector en que habita la accionante y su familia corresponde a la zona I residencial, comoquiera que en todos los conceptos técnicos se dijo que en el horario nocturno el máximo nivel permitido para la intensidad auditiva es de 45 decibeles.

Ahora, no hay duda aquí, porque así se desprende de la medición auditiva realizada en las noches del 9 y 10 de julio del presente año de que da cuenta el documento de folios 153 a 156 del cuaderno principal del expediente, que con la actividad desplegada en los establecimientos de comercio por la amplificación de la música utilizada en ellos se transgrede la citada disposición, a pesar de que en ocasiones anteriores en las actuaciones administrativas se haya verificado lo contrario.

10.- Establecidos los anteriores hechos y con el fin de resolver la impugnación, es preciso advertir que, en principio, la solicitud de amparo para evitar el ruido está relacionada con el derecho a un medio ambiente sano, que se puede proteger por las acciones populares. Pero si esa perturbación llega a incidir directamente sobre la calidad de vida de los habitantes de una zona residencial, sin que la autoridad pública aplique los instrumentos legales de que dispone para regular el ejercicio de las libertades y derechos y evitar que se abuse de ellos, estos son "factores que pueden propiciar la vulneración de otros derechos fundamentales que prolegen a la persona contra hecho molestos, en particular el derecho a la intimidad personal y familiar" (Corte Constitucional, Sent. T-210 del 27 de abril de 1994).

Esa misma Corporación en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que en los casos de Insuficiencia normativa o negligencia de las autoridades, es viable la protección del derecho a la tranquilidad por medio de la acción de tutela, pues este derecho, si bien no está consagrado expresamente como fundamental, en ciertas circunstancias concretas conlleva la violación de un derecho de esta categoría como la intimidad, o la salud, y que, por ende, procede su amparo, porque se produce así "una especie de absorción del derecho a la tranquilidad por el derecho constitucional fundamental que requiere la protección" (Corte Constitucional, Sent. T-325 de 12 de agosto de 1993).

11.- Se sigue de lo dicho, que en el presente caso concurren todos los elementos necesarios para brindar amparo a los derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud y conexamente a la intimidad y tranquilidad personal de la accionante, como lo dispuso el *a quo*, por lo cual se confirmará el fallo impugnado; pero modificándolo con la orden al señor Alcalde de Neiva en el sentido de que en el término de cuarenta y ocho horas disponga el cierre de los establecimientos de comercio a que más adelante se alude y en que se viene presentando la violación de los límites de intensidad auditiva, como quedó acreditado en la presente actuación.

DECISIÓN:

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

ca y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de trece (13) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999) proferido en este asunto por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, MODIFICÁNDOLLO en el sentido de ordenar al señor Alcalde de Neiva que en el término de cuarenta y ocho horas (48) se disponga el cierre de los establecimientos de comercio denominados "La Quinta Porta", "Salsamentaria Coquet", "La Tasca" y "Taberna Eclipse Total".

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a la accionante y a los particulares citados dentro de la tramitación; al funcionario accionado, mediante oficio, al que se anexará copia auténtica de este fallo; remítase copia igualmente auténtica 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. Ofíciuese como corresponda.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvito Fernando Trejos Bueno.

DERECHO AL TRABAJO EN EVENTOS DE SUPRESIÓN DE CARGOS: Empleados de libre nombramiento y remoción. El derecho a incorporación a empleos equivalentes o a recibir indemnización no está previsto para empleados de libre nombramiento y remoción. La decisión de la entidad de no atender la petición del accionante no constituye acto arbitrario violatorio de sus derechos fundamentales.

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

Magistrado Ponente. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Referencia: 6964

Se decide por la Corte la impugnación interpuesta contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de julio de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca por medio de la cual se negó la tutela solicitada por Juan de Jesús Tovar contra la Alcaldía Municipal de Facatativá (Cundinamarca).

ANTECEDENTES

El demandante reclama amparo constitucional de sus derechos consagrados en los artículos 1, 2, 13, 22, 23, 25 y 53 de la Constitución Nacional, para lo cual pide que "en el término de 48 horas, se disponga lo necesario para que en forma inmediata se me reubique y/o reincorpore en la nueva planta de personal municipal adoptada o en la recién creada empresa de Servicios Varios de Facatativá ESVAF ESP.".

Afirmó que se vinculó al municipio de Facatativá desde septiembre de 1987 como Asador Municipal, cargo que a finales de 1998 fue homologado al de Auxiliar de Servicios Generales, pero, al ser creada por Acuerdo Municipal 45 de 21 de diciembre de 1999 la Empresa Industrial y Comercial que cumpliría con el servicio público de aseo, dicho cargo fue suprimido en desarrollo del Acuerdo No. 46 de la misma fecha del citado y los decretos del Alcalde Nos 105, 112 y 115 de 1999, dejándolo a la suerte de los estrados judiciales sin saber por cuantos años.

Añade que con esa lesiva decisión; la Administración Municipal ha violado y/o amenazado su vida y salud y las de su familia; su trabajo en su concepto de justicia y dignidad pues es su única fuente de sustento; el principio de igualdad; el concepto de Estado Social y los fines del Estado de que trata la Carta, la paz y la estabilidad en el empleo.

Señala que para la nueva Empresa de Aseo ESEVAF-ESP el Municipio nombró Gerente y Secretaria, quienes firmaron contratos, para ejecutar el mismo trabajo que el actor realizaba, con Cooperativas creadas en pocos días con personal inexperto al que le fueron cedidas algunas herramientas utilizadas en el Municipio; y, aunque el Alcalde le indicó verbalmente al actor que él y sus compañeros serían preferidos para ser contratados en la nueva Empresa ello solo se dio respecto de tres personas, con lo cual considera el accionante que se le dio un trato desigual.

FALLO DEL TRIBUNAL

En primer lugar advierte el sentenciador que el vínculo laboral que existía entre el accionante y el Municipio de Facatativá terminó por la supresión del cargo que aquél ocupaba, circunstancia contra la cual no procede amparo constitucional por existir otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos, tal como lo acepta expresamente el accionante en su escrito de tutela, sin que pueda aceptarse que se dan las circunstancias que posibiliten su reconocimiento como mecanismo transitorio.

Apunta la Sala que a pesar de señalar varios derechos fundamentales no se deja clarificado si se trata de una violación o una amenaza, sin que al proceso se haya allegado prueba alguna de las mencionadas violaciones o vulneraciones ni mucho menos que ellas hubieran sido producto de arbitrariedad, abuso de poder o una vía de hecho de tal linaje que justifique la tutela.

Lo anterior por cuanto, dice el Tribunal, la determinación adoptada por la Administración Municipal de Facatativá no está viciada de improvisación, de abuso o arbitrariedad, ya que tiene suficiente respaldo en la Constitución Nacional (arts. 2. 209, 311, 313-1, 315, 365 y 366) referentes al criterio de interés general, rendimiento de recursos, eficacia y eficiencia con que la administración debe asumir la prestación de los servicios públicos que implica la creación de empresas y fusión y supresión de cargos innecesarios; las leyes 142 de 1994 y 443 de 1998 junto con los Decretos Reglamentarios 1568, 1569 y 1570 y los Acuerdos Municipales 45 y 46 del mismo año, y los Decretos Municipales 105, 112 y 115 de 1999, y por el juicioso estudio técnico adelantado por la Administración y las Entidades contratadas para el efecto.

Al respecto apunta la corporación sentenciadora que los citados Acuerdos Municipales crearon la Empresa de Servicios Varios de Facatativá y revistieron al Alcalde de facultades extraordinarias para reorganizar y rees-

tructurar la Administración Central Municipal y Descentralizada lo cual adelantó mediante Decretos 105 y 112 de 1999 por medio de los cuales suprimió algunos empleos y estableció la nueva planta de personal. Añade que el artículo 1º del último Decreto citado suprimió 82 cargos de los cuales 40 son Auxiliares de Servicios Generales, señalando en el artículo 2º que los empleados públicos inscritos en carrera administrativa a quienes se les suprimió el cargo, podrán optar por la indemnización o la incorporación en cargos de carrera equivalentes conforme a lo consagrado en la Ley 443 de 1998, los Decretos Reglamentarios 1572 y 2504 de 1998.

Aparte de lo anterior aduce el Tribunal que a folios 118 y siguientes del cuaderno de fotocopias se encuentra el estudio técnico de reestructuración y reorganización de la alcaldía, tal como lo exige la ley, partiendo de los criterios de eficacia y eficiencia requeridos; producto de lo anterior fue la creación por Acuerdo 45 de 1998 de la Empresa de Servicios Varios ya citada la cual en funcionamiento estudió alternativas para la prestación del servicio de Aseo y siguiendo los principios antes señalados resolvió contratar las labores de recolección y barrido con cooperativas creadas para el efecto.

Sobre todas las decisiones adoptadas por la Administración Municipal y que fueron relacionadas en los apartes anteriores, apunta la Sala que se trata de actos amparados por la presunción de legalidad hasta tanto dejen de serlo por orden de autoridad competente y en tal calidad no pueden ser desconocidos por la acción de tutela.

Concluye el sentenciador affirmando que la Administración Municipal de Facatativá no ha vulnerado los derechos fundamentales del petente con las medidas de reestructuración tomadas, por lo cual la acción impetrada resulta improcedente. Con todo, en el caso de darse la violación ya sería un hecho consolidado por lo que no tendría cabida el amparo constitucional como mecanismo transitorio.

LA IMPUGNACIÓN

El demandante impugnó el fallo manifestando que se aparta de las consideraciones que tuvo el Tribunal para denegar la acción de tutela, en razón a que se hace una invitación a iniciar las acciones jurisdiccionales, olvidando que en Colombia un proceso de esta naturaleza tarda los años que el hombre común de su condición y sin sustento no puede aguantar.

Reitera que considera violado el derecho a la igualdad pues insiste en que los empleados de la alcaldía debían ser preferidos en la contratación que hiciera la empresa creada por el mismo municipio para prestar el servicio aseo que él y sus compañeros adelantaban.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En primer lugar cabe resaltar que la petición del accionante va encaminada a que se le reubique o reincorpore en la nueva planta de

personal municipal adoptada por el gobierno local o en la recién creada Empresa de Servicios Varios de Facatativá, que realiza la labor de aseo en la cual él colaboraba como empleado de la Alcaldía Municipal, en cargo que fuera suprimido para evitar duplicidad de funciones.

Aunque si bien el accionante no pide directamente que se revierta la decisión de supresión del cargo que desempeñaba, se advierte que si presenta algunas objeciones contra ella por lo cual a éste respecto la Corte hace suyas las consideraciones que sobre el particular hizo el Tribunal sentenciador de donde se deduce que, en efecto, siguiendo los criterios rectores de una buena administración como son la efectividad y eficiencia en la prestación de servicios públicos respaldada por un detallado informe técnico y por claras disposiciones legales, la Alcaldía de Facatativá tomó tal determinación conforme a la ley, decisión ya cumplida y frente a la cual existe otro medio judicial de defensa como son las acciones contencioso administrativas, las que, por más demorado que pueda ser su trámite, impiden que sea viable una acción de tutela.

Al respecto sobre la respetabilidad que imprimen los procesos de reestructuración estatal en aras del cumplimiento de principios sanos de administración, y la impertinencia de solicitar reintegro cuando se ha dado una supresión de cargos, ésta Corte dijo en sentencia del 27 de febrero de 1996 que: "resulta axiomático destacar el apremiante esfuerzo del Constituyente del 91 por modernizar el Estado colombiano, rediseñarlo y adecuarlo a los nuevos procesos económicos mundiales, tareas todas estas que presuponen el desmonte de ese enorme estado burocrático, lento e ineficiente, para dar paso a una administración eficaz, eficiente, célebre, imparcial, económica y transparente. faena para la cual se consagraron las herramientas constitucionales pertinentes, clara muestra de las cuales son, entre otros, el artículo 305 y 20 transitorio de la Constitución -extiéndase al 315 ibidem-.

Es apenas obvio inferir que la susodicha reestructuración del Estado da lugar a la eliminación de algunos cargos y empleos de todo orden, supresión que, al amparo de normas legales, de antiguo vigentes, conduce a la extinción de la relación laboral pertinente, acompañada en la mayoría de los casos de una indemnización, cuya justificación es clara si se repara en su peculiar naturaleza, en nada asimilable a una justa causa de despido. Más exactamente, la eliminación del cargo que desempeñaba el trabajador oficial es una causa legal de terminación del contrato de trabajo, que no guarda relación con el despido injusto del trabajador, hipótesis ésta última a la que alude la convención de trabajo sobre la cual apuntala sus peticiones el actor, desde luego que en el primer caso, el Gobernador -aplique en este asunto al Alcalde de Facatativá- hace uso de una facultad constitucional y legal, cuyos objetivos han quedado esbozados, y que de manera ineludible conduce a la terminación del contrato, pues de no existir el empleo, porque ha sido suprimido, mal puede sub-

sistir la relación laboral, aserto que conduce a otro igualmente irrebati-ble: si el empleo ha sido eliminado, no puede hablarse de reintegro del trabajador"

2. Dejando en claro que en una planta reducida en un número importante de cargos no puede el trabajador pedir reintegro a un cargo que ha sido suprimido, debe avocarse el tema concreto al que se refiere el accionante cual es su reintegro o reubicación en otro cargo de la planta en que se hicieron las supresiones o en la nueva entidad creada por el Municipio para cumplir la función que él realizaba en su antiguo cargo hoy suprimido; al respecto cabe señalar que en materia de administración de personal en el sector oficial existen dos tipos de vinculaciones a la prestación del servicio; como empleado de carrera administrativa y como empleado de libre nombramiento y remoción al cual pertenecen, por sus-tracción de materia, todos aquellos funcionarios que por razón de su cargo o por situaciones personales no hayan ingresado formalmente al sistema técnico de administración de personal en el sector público y que tiene por objeto ofrecer, a quienes formen parte de ella, igualdad de oportunidades, capacitación, estabilidad en los empleos y posibilidad de ascenso basada estrictamente en el mérito.

Para dicho sistema de manejo de personal el Estado ha creado múlti-
ples derechos y obligaciones tanto para las partes como para las entida-des empleadoras a los cuales, como es obvio, solo podrán acceder las personas debidamente inscritas en el sistema de carrera administrativa. Entre los derechos laborales con que cuentan los empleados que forman parte del citado sistema de administración de personal, está el consagra-do en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 para el caso de supresión de los cargos en los que sean titulares, consistente en que podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización.

El mismo artículo citado estipula que el derecho a la incorporación referida se efectuará en empleos de carrera equivalentes que estén vacan-tes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen, en el si-guiente orden: 1. 1 En las entidades en que venían prestando sus servicios; 1.2 En las entidades que asuman las funciones de los empleos suprimi-dos; 1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecen las entidades, las dependencias, los empleos o las funciones suprimidos; 1.4 En cualquier entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional o terri-torial, según el caso.

En cumplimiento de lo anterior y de los Decretos Reglamentarios 1568 y 1572 de 1998, el Alcalde Municipal de Facatativá incluyó en el Decreto 112 de 1999 que los empleados públicos inscritos en carrera adminis-trativa a quienes se les suprimió el cargo, podrán optar por la indemnización o la incorporación en cargos de carrera equivalentes.

No obstante lo anterior, e independientemente de si existen cargos similares vacantes en la nueva planta de la Alcaldía de Facatativá o si los cargos que se crean en la ESVAF ESP reúnen los requisitos para que se pueda efectuar la incorporación de los funcionarios cuyos cargos fueron suprimidos, la Corte advierte que el accionante no está inscrito en carrera administrativa, tal como consta en la certificación que obra a folio 22 del cuaderno principal, por lo que se trata de un funcionario de libre nombramiento y remoción que por la naturaleza de su vinculación no tiene el derecho consagrado en las normas arriba citadas y, por consiguiente, no existe para la administración el deber allí contemplado que es precisamente el que exige el accionante, reubicación y/o reintegro a la planta de personal actual de la Alcaldía o de la nueva entidad.

Así las cosas de no existir obligación legal para la Alcaldía de atender a la petición formulada, mal puede afirmarse que haya habido el denunciado acto arbitrario de la administración violatorio de los derechos fundamentales del accionante.

Por lo anterior, procede confirmar 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 veintiséis (26) de julio de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuela Arribalzaga Velásquez, Nicolás Bechava Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHO AL TRABAJO EN EVENTOS DE SUPRESIÓN DE CARGOS: Opción de reincorporación. La opción de que trata el artículo 39 de la ley 443 de 1998 sólo plantea la posibilidad de reincorporación en la nueva planta, no es un derecho laboral que tenga quien a ella se acoge y que por tanto, sea susceptible de protección mediante tutela

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Referencia: Expediente N° 6946

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo del veinticisés (26) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil- Familia, mediante el cual resolvió conceder parcialmente la tutela incoada por Aide Del Socorro Benavides Rosero contra La Alcaldía Municipal De Tangüa (Nariño).

ANTECEDENTES

1.- La señora Aide del Socorro Benavides Rosero, entabló acción de tutela en contra la referida autoridad administrativa, con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la dignidad humana, de petición y al debido proceso, consagrados en los arts. 25, 13, 1º, 23 y 29 respectivamente de la Constitución Política.

2.- Los hechos más relevantes en que fundamentó sus pretensiones se concretan a los siguientes:

A) Que mediante la Resolución No. 050-1 del 1 de julio del corriente año, proferida por el Alcalde Municipal de Tangüa, éste ordenó la liquidación de indemnización del cargo de Promotora de Educación Extraescolar que ella desempeñaba, y además, se le negó la posibilidad de la reincor-

poración al cargo mencionado, o, a otro similar o equivalente de Carrera Administrativa.

B) Manifiesta la accionante que, según el acuerdo N° 24 del 5 de diciembre de 1998 y el Decreto 059 de diciembre del mismo año, existen numerosos cargos iguales al que ella desempeñaba, entre otros, el de Educadora Extraescolar.

C) Que por el hecho anterior y de acuerdo con el art. 48 del Decreto 1568 de 1998, dentro del término de ley, dirigió escrito ante la Comisión de Personal del Municipio de Tangüa, para que este ente ampare su derecho a ser incorporada. Pero que hasta la fecha la mencionada petición no ha sido contestada.

3.- Debidamente notificado el despacho accionado, dio respuesta aduciendo que la accionante ya promovió demanda de nulidad ante lo Contencioso Administrativo, con el fin de obtener la nulidad del mencionado acto administrativo.

De otro lado, el *a quo* solicitó a la accionante allegar certificación del acto mediante el cual fue vinculada al Municipio de Tangüa en el cargo que menciona, quien oportunamente lo hizo llegar.

FALLO DEL TRIBUNAL.

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

1.- Argumentó el Tribunal que de acuerdo con los requisitos para la procedencia de la acción de tutela que se encuentran establecidos en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentado por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la presente no reúne tales requisitos, ya que el accionante posee otros mecanismos para hacer valer sus derechos, como es el de acudir a lo contencioso administrativo y demandar al Municipio de Tangüa. De tal forma la acción de tutela, aduce el *a quo*, no es un mecanismo para obviar los trámites establecidos por la ley para lograr que se corrijan los posibles errores cometidos por la administración.

2.- Consideró que para acceder al amparo solicitado, se hace necesario que contra el derecho aducido exista certeza de su lesión o amenaza, circunstancia que aquí no se aprecia. Más aún, encuentra que la interesada se acogió a la opción de la indemnización si no se cumplía la vinculación a cargo de carrera administrativa dentro de los seis meses siguientes a su retiro, de acuerdo con las leyes pertinentes al respecto.

3.- Finalmente, el Tribunal afirmó que, en cuanto al derecho de petición, es deber de las autoridades responder las solicitudes elevadas por los administrados, en forma oportuna; pero que la responsabilidad de comunicarle al potente no solamente es de la Administración, sino tam-

bien de este último a quien corresponde proporcionar la dirección en donde desea recibir la respuesta.

IMPUGNACIÓN

Los argumentos primordiales de la impugnación al fallo atacado se resumen así:

1.- Discutó de las razones expuestas por el a quo al estudiar el caso sub judice, pues no tuvo en cuenta que ella en ningún momento aceptó tácitamente la desvinculación, ya que instauró el derecho de petición aludido al no encontrarse de acuerdo con la decisión del Alcalde Municipal de Tangua. Adujo que se suspendió el término por seis (6) meses y no se puede pretender indemnizar sin antes haberse agotado dicho plazo, so pena de violar el derecho al debido proceso.

2.- Por último, reiteró que lo que resulta evidente de la deserta actuación es la pérdida de su empleo, al igual que sus derechos a la Carrera Administrativa, todo lo cual comprueba el menoscabo de sus derechos fundamentales aducidos.

CONSIDERACIONES

1- Es verdad averiguada que la acción de tutela es un mecanismo idóneo para proteger los derechos constitucionales fundamentales, como los que atañen a la estabilidad laboral y a obtener respuesta a las peticiones, siempre que reúnan los requisitos respectivos para su procedencia.

1.1- La anterior afirmación se funda en que cualquiera que sea la situación que dé origen a su ejercicio, la acción de tutela en mención debe reunir los requisitos constitucionales pertinentes, entre los cuales se cuentan la preexistencia de un derecho constitucional fundamental, la amenaza o lesión de este, la acción u omisión legítima de una autoridad pública (o de los particulares, en los casos de ley), la relación de causalidad entre ésta y aquella y la ausencia de medio de defensa judicial o, en caso de tutela transitoria, la necesidad de prevenir un perjuicio irremediable.

1.2- En efecto, los actos administrativos que se expediten en virtud de procedimientos o atribuciones administrativas, no solo se presumen legales y válidos, sino que su contención, por motivos de ilegalidad, generalmente se encuentra sometida a la jurisdicción contencioso - administrativa, con la posibilidad, incluso, de la suspensión provisional, jurisdicción ésta que, por lo demás, suele traducirse en un escenario apropiado para reparar los eventuales daños que puedan ocasionarse, razón por la cual resulta improcedente la acción de tutela, así sea planteadas como mecanismo transitorio, tanto más cuanto no se evidencia un perjuicio de carácter irremediable, en sí mismo considerado.

2.- Ahora bien, dan cuenta los antecedentes que la señora Aide del Socorro Benavides Rosero, estuvo vinculada como Promotora Extraescolar de la Secretaría de Educación del Municipio de Tangua (Nariño) desde enero de 1998 hasta el último día de diciembre de 1998, y que con motivo de la expedición del Decreto No. 059 de diciembre 30 de 1998 (fl. 8), mediante el cual se estableció la planta de personal de ese municipio, adoptada por el Acuerdo del Concejo Municipal No. 024 de diciembre 5 de 1998, fueron igualmente suprimidos algunos cargos, se ordenó su liquidación e indemnización, luego de haberse acogido a la opción de esperar seis (6) meses para mirar la posibilidad, si existía un cargo igual o similar y de reincorporarlo conforme lo ordena el art. 39 de la ley 443 de 1998" (Fl. 7), ni obtener la indemnización correspondiente.

Sin embargo, agotado el término previsto sin darse la posibilidad de su vinculación a un cargo de carrera administrativa, la Alcaldía expidió la Resolución 050.1 de julio 1^o de 1999 (fl. 7), mediante la cual ordenó el pago de la indemnización de su empleada.

2.1.- Siendo así las cosas, no puede menos la Corte que confirmar el fallo desestimatorio, porque si la relación laboral se materializó por la voluntad de la administración mediante el nombramiento de la accionante, y se perfeccionó con la consiguiente posesión de la misma, su permanencia en el cargo, mal puede atribuirse al accionado como comportamiento lesivo o amenazante, y menos de manera ilegítima, toda vez que de no admitirse esto último, se le estaría otorgando a la accionante un derecho definido y, por ende, susceptible de salvaguardia jurídica, cuando el sólo hecho de acogerse a la opción de esperar 6 meses para que se ausculte la posibilidad de su reincorporación (art. 39 de la ley 443 de 1998), no es constitutivo de derecho alguno, máxime cuando se aceptó, así sea tácitamente, la indemnización, según da cuenta la Resolución No. 050 de 1999, emanada de la Alcaldía de Tangua, acto administrativo, sea anulado de paso, que se presume legal, amén de veraz. La norma en cita. -Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo -, reza: "Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión de fusion de entidades..., podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización. La incorporación se efectuará dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes... De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización".

2.2.- Agrégase a lo anterior que la norma citada solamente prevé la posibilidad de incorporación a la nueva planta de personal, por lo cual no se convierte en una obligación para la entidad, puesto que esa misma disposición contempla el supuesto de la indemnización correspondiente.

en el evento de no materializarse la expectativa que tuvo el extrabajador referente a su reincorporación a un cargo de carrera administrativa. De ahí que no pueda válidamente alegar el trabajador la existencia de un derecho laboral, en el sentido ya anotado.

2.3.- Ahora bien, si en últimas, lo que la accionante pretende implícitamente es alegar que el accionado actuó movido por otro tipo de razones -ajenas a las laborales-, al insinuar que existiendo en la planta el cargo igual, similar o equivalente al que ocupaba, dejó transcurrir seis meses sin hacer su incorporación a la nueva planta de personal, y, por el contrario, procedió a ordenar su liquidación e indemnización, siendo tal comportamiento -a su juicio- injusto y arbitrario, debe entonces acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, habida consideración que la acción de tutela no puede sustituir o interferir las acciones contenciosas pertinentes, máxime cuando, como lo afirma el accionado, la interesada demandó la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo que aquí se ataca.

3- Por otra parte, como en la acción de tutela también se adujo la vulneración de otros derechos fundamentales, la Sala, previo análisis de la situación lágica, encuentra alineada la decisión del *a quo* de tutela.

3.1- En efecto, le asiste razón al Tribunal en la concesión del amparo en cuanto al derecho de petición se refiere, porque efectivamente habiéndose presentado por la accionante solicitud a la Comisión de Personal del municipio de Tangüa el día 30 de diciembre de 1998 y luego el 22 de enero de 1999 (fs. 4 a 6), ninguna de ellas obtuvo respuesta a la fecha de presentación de la acción de tutela (julio 8 de 1999).

3.2- En consecuencia de todo lo anterior, el fallo deberá confirmarse.

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 preanotados.

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

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

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel I. Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Conflicto aparente. No es procedente plantear conflicto de competencia cuando el juez seleccionado por el accionante ha avocado conocimiento de la tutela y adelanta el trámite sin objeción de las partes.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente No. 7053

Procédese a resolver el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Primero Civil Municipal de Pitalito (Huila) y 14 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, para conocer de la acción de tutela promovida por Javier Enrique Ramírez Vargas, en frente de la Caja de Crédito Agrario (En Liquidación) y el Banco Agrario de Colombia, S.A.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito dirigido al Juzgado Primero Civil Municipal de Pitalito (Huila), el accionante solicita el amparo constitucional de los derechos consagrados en los arts. 1º, 13, 17, 25, 29, 38, 39, 43, 53, 54, 55, 93, 122 y 123 de la Carta Política, supuestamente vulnerados por las entidades accionadas.

2. Sustenta su petición en los hechos que se resumen así:

2.1 A partir del 1º de diciembre de 1.980 se vinculó laboralmente con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desempeñando como último cargo el de Cajero Auxiliar, Grado 2, en la regional de Pitalito (Huila).

2.2 Se halla amparado por la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja Agraria y el Sindicato de Trabajadores "Sintracreditario", el 15 de abril de 1998.

2.3 Por orden de la Administración de la Caja Agraria y con el concurso de la fuerza pública, fue desalojado intempestivamente de su sitio habitual de trabajo, sin motivo alguno.

2.4 El 26 de junio de 1999 se expidió el Decreto 1065, por el que se ordena la disolución y liquidación de la Caja Agraria, dándose así un despido de hecho.

2.5 Mediante el mismo Decreto (art. 12), se sustituyó a la Caja Agraria por el Banco Agrario de Colombia, S.A., quedando este subrogado en todos los derechos, obligaciones y privilegios de aquélla, por lo que se da el fenómeno de la sustitución del empleador contemplado en los arts. 67 del C. S. del T. y 53 del Decreto 2127 de 1.945.

2.6 Fue despedido de su trabajo en forma intempestiva, a partir del 28 de junio de 1999, burlándose no solo el derecho a la sustitución patronal sino las prerrogativas fundamentales cuya protección solicita.

3. Mediante proveído datado el 7 de julio de 1999, el Juzgado Primero Civil Municipal de Pitalito (Huila), se declaró incompetente para conocer del amparo impetrado y ordenó remitir las diligencias al Juez Civil Municipal -reparto- de Santafé de Bogotá, a fin de que este le diera el curso correspondiente, considerando que la supuesta violación del derecho fundamental cuya protección se pretende, ocurrió en esta ciudad (fl. 40, c-1).

4. El Juzgado 14 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, al que le fuera repartido el expediente, admitió a trámite el asunto por auto de 23 de julio de 1999, ordenando librar oficio a la entidad accionada para que en el término de 3 días informara si había desvinculado laboralmente al petenciario y, en caso afirmativo, cuáles habían sido los motivos de tal determinación. Dicho proveído fue notificado a las partes, obteniéndose del Gerente Liquidador de la Caja Agraria, la información solicitada (fls. 44-58, ib).

5. El 5 de agosto, día en que vencia el término para proferir el fallo correspondiente, el Juez del conocimiento resolvió plantear conflicto de competencia, aduciendo que el conocimiento del asunto le correspondía al Juez 1º Civil Municipal de Pitalito, por haber ocurrido allí la supuesta violación o amenaza de los derechos fundamentales invocados como conculecados, disponiendo remitir el expediente a esta Corporación para la resolución del mismo (fls. 59-61, ib.).

CONSIDERACIONES

1. En punto de competencia territorial para conocer de las acciones de tutela, el artículo 37 del decreto-ley 2591 de 1991 establece que lo son a preventión, en primera instancia, "los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud", salvo que se dirija contra la prensa y los demás medios de comunicación, en cuyo caso su conocimiento corresponde privativamente a los jueces del circuito del lugar.

De conformidad con lo anterior, la competencia territorial debe establecerse por el lugar donde adquieren trascendencia los hechos generadores de la presunta violación denunciada los que, sin duda, se materializan en tal supuesto, en el sitio donde el peticionario se desenvuelve habitual y cotidianamente.

2. Empero, en relación con la competencia para conocer de acciones de tutela instauradas para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por organismos de índole nacional, pueden demandarse sus actos u omisiones en cualquier parte del territorio del país donde tengan cobertura, sin consideración al sitio en el que hubiere sido expedido el acto administrativo o realizado u omitido el hecho que dio origen a la supuesta amenaza o violación.

3. En el caso que ocupa la atención de la Sala, causa perplejidad el hecho de que el Juez 14 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, no obstante haber asumido el conocimiento del asunto y, por ende, aceptado que tenía la competencia para dilucidarlo, sin repulsa de ninguna de las partes, resolvió plantear un conflicto inexistente cuando ya expiraba el término para pronunciar la sentencia correspondiente.

Al obrar de tal modo, desconoció el juez la regla de la competencia a prevención impuesta por el citado art. 37 y, por lo mismo, que al avocar el conocimiento del amparo formulado por el accionante, privó o inhibió a cualquier otro Juez para tramitarlo y decidirlo, tanto más cuanto que tratándose como se trata de competencia por el factor territorial, sin que las partes alegaran la nulidad respectiva, esta, en caso de estructurarse, quedaría sancada a términos del art. 144-5º, C. de P. C.

4. Siendo ello así, como en verdad lo es, habrá de remitirse el expediente al mencionado juez para que sin tardanza profera el fallo que en derecho corresponda.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

Primer: Declarar que no existe conflicto de competencia por resolver en este trámite de tutela provocado por Javier Enrique Ramírez Vargas, en frente de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Banco Agrario de Colombia, S.A.

Segundo: Remitir el expediente al Juzgado 14 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, para que defina el asunto y hacerle saber lo así decidido al Juzgado Civil Municipal de Pitalito (Huila).

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simanca, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO FISCAL: *Medidas cautelares.* 1. Si al accionante le parecen excesivas las medidas cautelares decretadas en el proceso de jurisdicción coactivo puede solicitar la aplicación del artículo 517 del Código de Procedimiento Civil para obtener la reducción de embargos. La tutela es un mecanismo residual improcedente cuando se cuenta con medios de defensa o cuando estos se dejan de ejercer. 2. De conformidad con el artículo 2495 del Código Civil el crédito fiscal es privilegiado, razón por la cual la decisión del juez de ordenar el embargo de remanentes no es arbitraria.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Ref. Expediente No. 7300.

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de 2 de septiembre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de la cual negó la tutela impetrada por Francisco Antonio Gaviria Arango y Mario Hernán Arboleda Roldán, contra el Juzgado Tercero de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería de Rentas Municipales de Medellín.

ANTECEDENTES

1. - Las personas que suscriben la presente demanda de tutela consideran que el Juzgado 3º de Ejecuciones Fiscales de Medellín, les vulneró su derecho constitucional al debido proceso, en razón de que no obstante estar embargado un bien inmueble con el que se garantiza la obligación de Mario Hernán Arboleda para con el Municipio, la demandada pretende embargar los remanentes dentro de un proceso adelantado por el Juzgado 12 Civil Municipal, con el que se cancela una deuda a favor de Francisco Antonio Gaviria Arango. Solicita ordenar al Juzgado 3º de Ejecuciones Fiscales de Medellín suspenda la petición de que le sean entregados los

dineros embargados como remanentes por el Juzgado 9 Civil del Circuito de Medellín.

Como fundamento de su petición relatan los siguientes hechos:

a) Que dentro del proceso que por jurisdicción coactiva adelanta el Municipio de Medellín contra Mario Hernán Arboleda, se profirió en 1995 orden de embargo contra el bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria 01N-231307, proceso que se mantuvo quieto por espacio de 4 años.

b) Que en proceso ejecutivo tramitado por Francisco Gaviria contra Mario Hernán Arboleda ante el Juzgado 9 Civil del Circuito de Medellín, se llegó a un arreglo entre las partes transando el litigio en la suma de \$19.000.000.oo, suma que fue colocada a disposición del despacho mencionado por el Juzgado 12 Civil Municipal mediante embargo de remanentes.

c) Que el Juzgado 3º de Ejecuciones Fiscales de Medellín argumentando sus facultades exorbitantes y sin respetar un acuerdo de pago suscrito entre las partes se presentó a reclamar los remanentes, por lo que el Juzgado 9 del Circuito se negó a entregarlos al señor Francisco Gaviria.

d) Que el bien embargado por el demandado a Mario Hernán Arboleda es suficiente para cubrir la deuda que éste tiene con el municipio, por lo que la actitud del Juzgado 3º de Ejecuciones Fiscales de Medellín de perseguir los remanentes del Juzgado 12 Civil Municipal desborda sus facultades y viola los derechos de los terceros de buena fe.

e) Que Francisco Gaviria solicitó al Juzgado 9 Civil del Circuito de Medellín la entrega de los dineros, pero este aduciendo la solicitud del demandado se negó a realizar la entrega.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

La funcionaria demandada realiza un recuento de las actuaciones adelantadas y señala que al demandante se le concedieron plazos para cancelar la obligación los que no cumplió, y recalca que éste en ningún momento ha solicitado reducción de embargos, pues solo se acercó el 25 de mayo de 1999 para solicitar ampliación del plazo para cancelar su obligación, y realizar un nuevo compromiso a partir del 3 de agosto que también incumplió. Concluye que no es cierto que el proceso hubiese estado suspendido por 4 años, pues siempre se ha encaminado a buscarle soluciones y facilidades de pago al ejecutado.

FAUO DEL TRIBUNAL

El Tribunal niega la tutela porque considera que los acuerdos de pago suscritos por uno de los demandantes en tutela no suspenden el trámite

del proceso cautelar que adelanta el Juzgado 3º de Ejecuciones Fiscales, y en relación con el argumento acerca del embargo excesivo, indica que si la medida cautelar se torna excesiva, se compromete la responsabilidad de quien la solicitó, pero nunca implica la vulneración del debido proceso, y que además en este punto existe de acuerdo con el artículo 517 del Código de Procedimiento Civil la posibilidad de solicitar la reducción de la medida, petición que nunca realizó el interesado. Concluye que de acuerdo con el inciso 2 del artículo 542 del Código de Procedimiento Civil, en los procesos en que existan embargos por acreedores concurrentes, antes de la entrega del producto del remate del bien se solicitará al juez fiscal la liquidación definitiva y en firme del crédito, con el objeto de efectuar la distribución entre todos los acreedores, con preferencia por así disponerlo los artículos 2494 y 2495 del Código Civil para el crédito fiscal.

LA IMPUGNACIÓN

Francisco Antonio Gaviria impugna la decisión y señala que de manera verbal se solicitó a la Juez demandada el desembargo de los remanentes, a lo que manifestó que le intercaba el dinero en efectivo; señala que posteriormente y luego del fallo de tutela se le solicitó al juzgado de Ejecuciones el desembargo de dichos remanentes, por lo que no es cierto que nunca se le ha elevado tal petición, y recalca el hecho de la presunta inactividad del proceso por 4 años, con lo que desborda sus facultades.

CONSIDERACIONES

1. - La presente acción de tutela va dirigida contra el Juzgado 3º de Ejecuciones Fiscales de Medellín, pues consideran los demandantes que el hecho de solicitar éste al Juzgado 9 Civil del Circuito la entrega de los remanentes pendientes de entrega, constituye una vulneración al debido proceso.

2. - En este sentido conviene precisar que de acuerdo con el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil las ejecuciones por jurisdicción coactiva se seguirán ante los funcionarios que determine la ley y por los trámites del proceso ejecutivo de mayor, menor y mínima cuantía. En el mismo sentido, el artículo 565 al referirse al tema de los embargos concurrentes, expresamente remite a lo dispuesto por el artículo 542, que señala que cuando en un proceso coactivo se decrete el embargo de bienes cautelados en uno civil, la medida se comunicará inmediatamente al juez civil sin necesidad de auto que lo ordene, como en efecto sucedió en el presente caso.

3. - La remisión expresa del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, involucra la posibilidad de aplicación del artículo 517 del mismo estatuto, relacionado con la reducción de embargos, la que se podrá solicitar en caso de que se consideren excesivos los decretados. De acuerdo

con el oficio visible a folio 4 del cuaderno de la Corte, a 5 de octubre de 1999 el demandante no obstante manifestar en la impugnación su intención de solicitar la mencionada reducción, no lo realizó, lo que indiscutiblemente demuestra que contó con otro medio de defensa judicial, el que por incuria no utilizó, sin que pueda pretender por la vía de tutela recuperar la posibilidad de hacerlo.

4. Por último y como si los argumentos anteriores no fuesen suficientes, el artículo 2495 del Código Civil, consagra como crédito privilegiado de la primera clase los del fisco, considerado éste como el erario público o la Nación, razón por la cual no se ve arbitrario el proceder adoptado por el Juzgado 3º de Ejecuciones Fiscales de Medellín, ni, por ende, se da la vulneración al debido proceso.

5. - Sean estas razones suficientes para confirmar 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 el fallo impugnado.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DERECHO A LA EDUCACION: El Consejo Directivo del establecimiento educativo es autoridad competente para imponer sanciones disciplinarias a los alumnos

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Ref: Expediente No. 7331

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida el pasado 30 de agosto por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual se concedió la tutela interpuesta por Crisanto Suárez Gómez, en calidad de representante legal del menor de edad Alexander Suárez Gómez, contra el Consejo Directivo del Colegio Municipal Metropolitano del Sur de Floridablanca (Santander).

ANTERIORES

Haciendo uso de la acción de tutela como mecanismo transitorio, el actor aduce que con la sanción de expulsión que se le impuso a su hijo por parte del colegio denunciado, se le vulnera el derecho a la educación y, además, el debido proceso, toda vez que se le impuso una doble sanción, se desconoció su derecho de defensa y la decisión provino de un estamento diferente al que por ley es competente para ello, por cuanto fue proferida por el Consejo Directivo cuando lo correcto era que la adoptara el Rector de la señalada institución educativa.

Los hechos en que apoya el peticionario la pretensión dirigida a que se reintegre a su hijo son los siguientes:

1. El 2 de junio del corriente año, en las horas de la tarde, el alumno Alexander Suárez ocasionó una lesión en el hombro a Hugo Andrés Carvajal, con una navaja que le prestó Oscar Fontecha, como episodio culminante de un altercado que los dos primeros iniciaron por la autoría de una trampa escrita que descubrió el profesor Alberto Díaz.

2. Los implicados en los hechos, acaecidos en las instalaciones del colegio, fueron citados a coordinación de normalización, donde fueron recibidas sus versiones, tras lo cual se les sancionó, provisionalmente, con la suspensión durante cuatro días, al cabo de los cuales se les informó que el Consejo Directivo del referido plantel los había sancionado con la expulsión y cancelación de su contrato de matrícula.

3. Contra la resolución emanada del Consejo Directivo del colegio, el ahora demandante solicitó la revocatoria directa, la cual le fue negada y es por ello que acude a la tutela como mecanismo transitorio, ya que demandará ante la jurisdicción administrativa la mencionada actuación por provenir de un ente que únicamente tiene funciones legislativas, no ejecutivas, "y mucho menos disciplinarias correctivas".

Una vez admitida la acción, el Tribunal procedió a recaudar pruebas y para ello pidió la actuación por la cual se impuso la sanción contra la cual se intenta el presente amparo constitucional, así como las declaraciones de Alexander Suárez, alumno implicado en el hecho denunciado, la de Alberto García Medina, profesor que descubrió la copia durante un examen de su materia y la de Ligia Santana de Chaparro, coordinadora de normalización.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La corporación sentenciadora concede la tutela invocada con el argumento único de que la sanción impuesta por el Consejo Directivo "vulnera el debido proceso, dado que emana de un órgano incompetente para tal fin", luego de considerar que es la rectoría la única competente para aplicar las penas previstas en el manual de convivencia, como así lo prevé la Ley 115 de 1994, en su artículo 144 y los artículos 20 y 23 del decreto 1860 de ese mismo año.

Paralelamente aduce que según las pruebas recaudadas, Alexander Suárez cometió la falta por la cual se le sancionó, falta que según la reforma del manual de convivencia está calificada de especialmente grave, para añadir que el procedimiento seguido fue el adecuado y que no existió una doble sanción ni se desconoció el derecho de defensa.

IMPUGNACIÓN

El Consejo Directivo del establecimiento educativo denunciado asevera que es el estamento que obra como única autoridad en orden a establecer las sanciones previstas en el manual de convivencia, lo cual hace con el visto bueno de la asociación de padres de familia, como acá aconteció y que "en anteriores oportunidades y ante tutelas contra esta institución, los Juzgados, el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia han solicitado incluso la decisión no solo del presidente del Consejo Directivo sino el aval de todos y cada uno de sus miembros", lo que evita que decisiones de

tanta trascendencia se adopten "por una sola persona como es el caso de los rectores".

CONSIDERACIONES

El principal tema de análisis para efectos de la impugnación interpuesta tiene que ver con determinar, de conformidad con el estudio que se haga de las normas que regulan la materia, cuál autoridad educativa es la encargada de imponer sanciones a los alumnos que incurren en alguna de las faltas previstas en el respectivo manual de convivencia, punto respecto del cual el Tribunal consideró que era el rector del colegio, y que el demandado hace radicar en el Consejo Directivo.

Para efectos de esclarecer ese aspecto, importa detallar que la Ley 115 de 1994, por la cual se expidió el estatuto general de educación, prevé los aspectos generales del señalado servicio público, de manera que entre los objetivos, organización y fines de las distintas modalidades de atención educativa, dispone el artículo 142 que cada institución educativa pública contará con un gobierno escolar conformado por el rector, el Consejo Directivo y el Consejo Académico; a su vez, el artículo 144 señala las funciones del consejo directivo específicamente relacionadas con el juzgamiento, cuando refiere que es la instancia encargada de resolver los conflictos que se presenten entre docentes y administrativos con los alumnos y, además, el ente encargado de establecer estímulos y sanciones; de legislador cuando le ordena adoptar el reglamento de la institución; de administrador cuando es el encargado de aprobar el presupuesto y disponer sobre las admisiones entre otro cúmulo de funciones de esa índole; y tiene, además, la competencia residual que le asigna el ordinal a cuando le ordena *"tomar las decisiones que afecten el funcionamiento de la institución y que no sean competencia de otra autoridad"*.

Mientras tanto el señalado estatuto determina que el rector de las instituciones educativas tiene la facultad de sancionar disciplinariamente a los docentes de la institución y a los funcionarios administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130, e igual atribución con fiere en relación con los estudiantes cuando determina en el artículo 132 que "... podrá otorgar distinciones o imponer sanciones a los estudiantes según el reglamento o manual de convivencia...".

Por su parte, el decreto 1860 de 1994, que reglamentó parcialmente la Ley 115 de ese mismo año, dispuso que en el manual de convivencia de cada centro educativo deben quedar definidos los procedimientos "para resolver en oportunidad y justicia los conflictos individuales o colectivos que se presenten entre miembros de la comunidad", procesos dentro de los cuales deben incluirse instancias de diálogo y de conciliación. A su vez, en el artículo 20, dispuso que el consejo directivo es la "instancia directiva, de participación de la comunidad educativa...", y que el rector es el

"representante del establecimiento ante las autoridades educativas y ejecutor de las decisiones del gobierno escolar", para, a renglón seguido, determinar que debe ejercer las funciones disciplinarias que le atribuyan la ley, los reglamentos y el manual de convivencia (art. 25).

Ese marco normativo fue adoptado por la institución educativa ahora denunciada y por ello determinó el procedimiento a seguir en caso de conflicto que fue fielmente seguido en la situación que se dio en virtud de la falta grave cometida por Alexander Suárez. Se determinó, entonces, que la última instancia para resolver el conflicto, luego de ser agotada la investigación y la sanción que incumbe a la coordinación de normalización, lo es el Consejo Directivo, "organismo que resolverá la situación del (la) estudiante, contando con el consenso de Asociación de Padres de Familia..." y a su vez en el capítulo relacionado con las medidas correctivas, prevé que la cancelación de la matrícula es sanción "reservada al Consejo Directivo".

Por consiguiente, no resulta desacertada la función que el colegio denunciado asignó al Consejo Directivo para dar mayores garantías a los alumnos, bajo el entendido de que en ese organismo están representados la totalidad de los estamentos estudiantiles, con inclusión del rector, para que sea éste último quien ejecute la referida sanción.

En esas condiciones, debe revocarse la tutela conferida por el Tribunal con las ordenes impartidas para, en su lugar, denegar el amparo reclamado.

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 30 de agosto de 1999, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y, en su lugar, NIEGA la acción de tutela intentada por Crisanto Suárez Gómez contra el Consejo Directivo del Colegio Municipal Metropolitano del Sur de Floridablanca (Santander), por lo que queda sin valor la orden de reintegro dada en la providencia referida.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

Notifíquese.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Andila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Sanins Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: 1. Excepciones previas. La falta de mención sobre las pruebas solicitadas en el escrito de excepciones previas no constituye vicio alguno que haga procedente la tutela. 2. Falta de competencia. Quien no alegó como excepción previa la falta de competencia no puede alegarla posteriormente como causal de nulidad procesal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Ref: Expediente No. 7338

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia del ocho de septiembre del corriente año, proscrita por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, que negó la tutela impetrada por Jaime León Ruiz Muñoz contra los Juzgados Promiscuo Municipal de Yali y Promiscuo del Circuito de Yolombó.

ANTECEDENTES

El accionante solicita la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales alegando que las providencias dictadas por los juzgados citados, dentro del proceso ejecutivo seguido contra él por Ana Teresa Mira Llano como endosataria de Saúl de Jesús Maya Valencia contra el actor, fueron expedidas en clara violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Alega que los citados funcionarios judiciales violentaron los trámites procesales, por cuanto habiéndose propuesto excepciones previas de inepta demanda y falta de competencia, excepciones de fondo y un incidente de nulidad por falta de competencia, el trámite adelantado frente a éstos no cumplió a cabalidad los requerimientos legales.

Dice que a las excepciones de fondo no se les dio el traslado de rigor ni fueron decididas por el ad quem; las previas no contaron con periodo probatorio y fueron resueltas en conjunto con la nulidad cuando, según

dice, exigían providencia independiente; y, a la solicitud de nulidad no se le dio el traslado que exige la ley, además de lo cual aunque planteaba falta de competencia por ser proceso de mayor cuantía y no de menor, tal defecto fue estudiado como si fuera por factor territorial.

FALLO DEL TRIBUNAL

La corporación sentenciadora niega la tutela alegando que las irregularidades presentadas son inocuas.

Explica su conclusión señalando con relación a las excepciones previas que la deficiencia de las copias que deben allegarse con una demanda ejecutiva no se alega como excepción previa sino como recurso de reposición, y que la falta de competencia alegada no existe por cuanto se rige por el domicilio del demandado.

Frente a la nulidad propuesta advierte que debió ser rechazada de plano por cuanto la falta de competencia es alegable en excepciones previas, además, el asunto no es de mayor cuantía por cuanto no se trata del cumplimiento de un contrato sino el cobro de títulos valores que individualmente considerados no sobrepasan el límite que determina la menor cuantía.

Finalmente, en torno a las excepciones de fondo manifestó que si bien no se ha completado su trámite el juzgado del circuito reconoce que tales excepciones quedan pendientes para fallarlas posteriormente y aunque el municipal volvió a obviar el traslado se encuentra pendiente un recurso de apelación en el que se resolverá lo pertinente.

LA IMPUGNACIÓN

En el escrito respectivo, el impugnante no ofrece ningún argumento adicional a los señalados en la demanda original, haciendo énfasis en la presunta falta de competencia del Juzgado de conocimiento.

CONSIDERACIONES

Aunque la sentencia del Tribunal soporta adecuadamente las razones por las que la acción impetrada debe ser denegada, precisa hacerle énfasis al accionante en que la acción ejecutiva que fuera adelantada contra él se hizo con base en letras de cambio y no en el cumplimiento de un contrato por lo cual la competencia en estos casos se determina por el domicilio del demandado y en la cuantía determinada por el valor individual de los documentos cuyo cobro se pretende.

Particularmente frente al trámite de las excepciones previas debe tenerse en cuenta que el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil dispone que éstas se decidan inmediatamente salvo que el Juez considere necesario decretar alguna prueba, por lo que la falta de mención por parte

del juzgado a las pruebas solicitadas no constituye vicio alguno. Así mismo, debe recordarse que la falta de competencia se alega en éste tipo de procesos en su debida oportunidad como excepción previa, por lo tanto, siguiendo lo que dispone el artículo 100 ibidem, tal deficiencia no puede ser alegada posteriormente como causal de nulidad.

Por otro lado, la deficiencia en las copias allegadas con la demanda ya fue subsanada por el demandado por cuanto, tal como lo indicó el ad quem, el hoy accionante no solicitó reposición del auto que las admitió y contestó la demanda con base en ellas refiriéndose a la integridad de las mismas sin echar de menos las que dice no fueron completas.

En cuanto a la falta de trámite adecuado y decisión de las excepciones de fondo cabe advertir que en efecto tal queja es inoportuna por cuanto la providencia mediante la cual se pretende decidirlas aún no se encuentra en firme, tal como lo certifica el Juzgado Promiscuo Municipal de Yali, quien señala que sobre dicha decisión se encuentra pendiente el trámite del recurso de apelación interpuesto.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede aquí afirmarse que se haya dado la vía de hecho requerida para que prospere la acción de tutela contra una providencia judicial.

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 Icy, CONFIRMA el fallo impugnado.

Comuníquese esta determinación a las partes mediante telegrama.

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

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Marmiel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Strumcas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvín Fernando Trejos Bueno.

DERECHO AL TRABAJO: Plan de retiro compensado. No corresponde al juez de tutela determinar las consecuencias del incumplimiento de obligaciones adquiridas por el empleador en acuerdos colectivos en los cuales también se hubiere establecido la desvinculación laboral de los accionantes

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Santafé de Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Ref: Expediente No. 7339

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la sentencia de 30 de agosto de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por la cual se negó la tutela solicitada por Alfredo Quintero Basto, Hernando Pinzón y Orlando Díaz Roldán contra la Electrificadora del Tolima E. S. P.

ANTECEDENTES

Los solicitantes antes nombrados, quienes actúan por conducto de apoderado judicial, pretenden que se ordene a la empresa contra la cual se dirige el amparo que proceda a reintegrarlos a los cargos que ejercían sin solución de continuidad, "para todos lo efectos legales, convencionales y prestacionales" y, en consecuencia, les cancelen los salarios, primas bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir "desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrado a su empleo (sic)".

Como fundamento de las pretensiones relacionadas, los peticionarios invocan la protección constitucional de los derechos fundamentales de la igualdad, el trabajo, la libre asociación sindical, el debido proceso y la estabilidad laboral.

Aducen a su vez, para sustentar la petición referida, los siguientes hechos:

1. Alfredo Quintero Basto ingresó a la empresa contra la que se dirige la acción el 20 de marzo de 1981, Hernando Pinzon el 17 de diciembre de 1979 y Orlando Diaz Roldan el 1º de marzo de 1980, y para el momento en que se pactó la conciliación extraprocesal de septiembre 1º de 1993 se encontraban afiliados al Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia -Sintraelecol- Seccional Tolima, por lo cual gozaban de los beneficios de la convención colectiva de trabajo con vigencia al 31 de diciembre de 1993.

2. El 1º de abril de 1993 se firmó un acta de acuerdo entre los representantes de la empresa y Sintraelecol con el objeto de facilitar el retiro voluntario de más de 500 trabajadores, acuerdo mediante el cual se estipuló que se crearía un patrimonio autónomo consistente en \$300'000.000 para "la readecuación del extrabajador a la vida cotidiana en forma de desempleado" y, además, se tendrían en cuenta los empleados retirados para inscribirlos en el registro de proveedores de la empresa.

3. El referido acuerdo fue suscrito "bajo el engaño, la argucia, la presión indebida, mentiras, promesas de prerrogativas económicas no cumplidas, acuerdos violados", motivo por el cual debe considerarse que al ser incumplido "quedo sin valor ni efecto alguno y por tanto debe proveerse el reintegro solicitado".

4. Con el fin de hacer cumplir el acuerdo en lo relacionado con la constitución del referido patrimonio autónomo, la empresa electrificadora fue demandada y en sentencia de primer grado proferida el pasado 25 de marzo por la justicia laboral, fue condenada a constituir dicho capital con la indexación correspondiente, condena que la empresa no ha cumplido por cuanto interpuso recurso de apelación aún en trámite.

5. En el mencionado fallo laboral se especificó que la constitución del citado patrimonio autónomo era requisito "sine qua non para la terminación de los contratos individuales de trabajo", por lo que la conducta de la empresa se constituyó, según palabras de los peticionarios, en un "despido masivo enmascarado con un inexistente retiro voluntario".

6. Debido a las promesas de ayuda económica para los trabajadores retirados, Alfredo Quintero Basto "y otros" crearon la sociedad de responsabilidad limitada Serviselect del Tolima Limitada que fue inscrita en el registro de proveedores, "cuya copia del registro se ha pedido y no ha sido expedida por la accionada como se prueba con el derecho de petición de agosto 12 de 1999" sin que se les hubiese otorgado "la más mínima posibilidad de alguna clase de contratación de sus servicios", por lo cual se les generó inseguridad sicológica y económica, con las restantes implicaciones que ello conlleva, "causando grave daño que la accionada debe responder mínimo reintegrando a mis mandantes y pagándoles los emolumentos adeudados" por el despido injusto del que fueron objeto.

Una vez notificado el auto admisorio a la entidad denunciada, ésta aportó las actas de conciliación mediante las cuales los peticionarios accedieron al retiro voluntario de la empresa e informó que cada uno de los solicitantes en tutela instauró procesos laborales aún en curso.

FALLO DEL TRIBUNAL

En la sentencia impugnada se denegó por improcedente el amparo constitucional invocado por considerarse que ninguna de las circunstancias detalladas por los petentes permite concluir que se hubiesen vulnerado los derechos constitucionales cuya protección se invoca, toda vez que, en primer lugar, aunque es cierto que no se ha conformado el patrimonio autónomo que permitiría la ayuda económica a los trabajadores que optaron por el retiro voluntario "está en cuestión que ha de dimitirse por la vía del proceso laboral" como así sucede con el proceso del que conoce actualmente el Tribunal de Ibagué, y, en segundo término, porque el reclamado reintegro es asunto que compete a la justicia laboral y por ende ajeno a la acción de tutela.

LA IMPUGNACIÓN

Los actores en tutela reiteran los argumentos expuestos en el escrito introductorio, anexan las distintas actuaciones administrativas y judiciales que se han llevado a cabo en virtud de los hechos denunciados y aducen, por intermedio de su apoderado, que según jurisprudencia constitucional la acción de tutela es viable a pesar de que existan otros mecanismos de defensa, "en la medida que en su desarrollo se violen o vulneren derechos fundamentales y aún distintos a los expresamente consagrados en la Constitución".

Adicionalmente manifiestan que con los procesos laborales en trámite pretenden la indemnización prevista en la convención colectiva de trabajo y la moratoria del Decreto 797 de 1949, sin que en ellos reclamen el reintegro que ahora se pretende, motivo por el cual es procedente el amparo constitucional que evita poner en práctica el "engorroso, lento y demorado" proceso laboral, por unas circunstancias que vulneraron los derechos constitucionales cuya protección se reclama al incumplirse los acuerdos previstos para el mal llamado retiro voluntario que fue inducido mediante la indebida formulación de presión consistente en la amenaza de liquidación definitiva de la empresa en caso de no aceptarse los señalados retiros.

CONSIDERACIONES

Cabe señalar inicialmente que de las circunstancias denunciadas no se vislumbra quebranto de los derechos fundamentales por parte de la entidad contra la que se dirige la acción de tutela en estudio, toda vez que la supresión del empleo que determinó la desvinculación laboral de los

reclamantes tuvo vencido en un acuerdo de voluntades que conformó el acto jurídico bilateral contra el cual pueden ser procedentes las acciones inherentes en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas, con las indemnizaciones y consecuencias de orden económico que sean pertinentes si a ello hubiere lugar, lo que por sí mismo descarta que, en principio, la afectación de los intereses de los actores en tutela provenga de un desafuero o un proceder arbitrario.

Sabido es, por otra parte, que la acción de tutela fue concebida como mecanismo para garantizar, mediante un procedimiento judicial breve y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas contra todo acto u omisión de autoridad pública, y en algunos casos de particulares, que en forma evidente lesionen o suoculan a restricción ilegitima los referidos derechos y que su procedencia, debido al carácter subsidiario y residual con el cual fue establecida en el artículo 86 de la Constitución Política, esté supeditada al hecho de que el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiendo por tal aquel cuyas características sean de inminencia, gravedad e imposergabilidad que permitan la intervención del juez constitucional con el fin de contrarrestar sus efectos.

Es claro, entonces, que el carácter residual de la acción de tutela implica que quien acude a ella deba recorrer primero las vías procesales que las leyes establecen para cada tipo de pretensión en los niveles y ante los funcionarios propios de cada especialidad del orden jurisdiccional; y allí subyace sin duda una finalidad de alto valor institucional que la Constitución misma prohíbe subestimar, la cual en esencia consiste en permitirle a las autoridades judiciales cumplir las funciones que la misma ley les asigna, según sea la materia sobre la cual versa un determinado conflicto.

Desde esa perspectiva fluye evidente qué tampoco procede la acción de tutela deprecada, en la medida en que lo que persiguen los reclamantes son concretas aspiraciones de orden laboral, cuya discusión, trámite y definición bien pueden proponer por conducto de los jueces de la especialidad correspondiente; lo cual equivale a decir que cuentan con otros medios de defensa que les sirven para sustentar sus derechos, a los cuales deben acudir, como lo han hecho para otros conceptos, para exponer los argumentos que trajeron a propósito del presente amparo.

Por consiguiente, no existe motivo alguno para infirmar el fallo impugnado, respecto del cual se dispondrá su confirmación.

DECISIÓN:

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

ca y por autoridad de la ley CONFIRMA el fallo de fecha 30 de agosto de 1999, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el trámite de la acción de tutela de la referencia.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

Remitase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciuese.

Notifíquese

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesleros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO CONCURSAL: Prelación de créditos, pago anticipado. La situación por la que atraviesa el actor no es de absoluta exigüedad, es la que puede tener cualquiera de los acreedores de la entidad en liquidación, por manera que no puede el juez de tutela proceder a otorgarle a su crédito una preferencia que de acuerdo con la ley no le corresponde, ordenando su pago prematuro, por cuanto ello comporta un desconocimiento del principio de igualdad o equidad entre los distintos acreedores dentro de los procesos concursales

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

Magistrado Ponente: Dr. *Manuel Ardila Velásquez*

Ref.: Expediente No. 7330

Decidese la impugnación formulada por Manuel Camilo Ramírez Romero contra el fallo del 10 de septiembre 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 la Entidad Financiera Cooperativa "Construyecoop", en liquidación.

ANTECEDENTES

1. El accionante en mención propuso acción de tutela contra la aludida entidad financiera cooperativa, aduciendo vulneración de los derechos de la dignidad humana, la vida, el mínimo vital y la igualdad. Para su protección pide que se ordene a la accionada reintegrarle el dinero de sus ahorros en forma inmediata.

2. Dice al fundar su petición que es discapacitado por una intervención quirúrgica que se le practicó a raíz de un Condrosarcoma en un hueso fémur, diagnosticado por el Instituto Nacional de Cancerología, donde luego de tratarlo sus problemas de salud durante más de dos años. Le dijeron que debía utilizar muletas, pues su discapacidad sería permanente. Entre tanto, continuaba perteneciendo a la empresa Texmeralda, a

pesar de los largos períodos de incapacidad, pero como dicha empresa se terminó, fue liquidado como cualquier persona.

Comenta que recibió una liquidación aproximada de \$14'000.000,00, con la que tomó un CDT en la accionada para solventar las necesidades primarias propias y de su familia, pero como esa entidad fue intervenida por el ente regulador para liquidarla, desde el 10 de diciembre del año anterior, y ve afectada su subsistencia, le pidió al liquidador que de acuerdo con lo dicho por los medios informativos y el Jefe del Estado, se le diera prelación como discapacitado para el pago de sus ahorros; hasta hace poco le contestaron que sólo se le pagaría un 25% más los intereses, sin tener en cuenta su especial situación, en razón de lo cual, el 6 de julio, recibió \$4'000.000,00, los que ya debía.

Agrega que cotiza al seguro social en forma independiente, paga servicios públicos, comida y vestuario, sin tener pensión, y por eso ve con preocupación que el 75% de su dinero sea devuelto en los próximos 5 años, según lo expresado por el liquidador de la accionada; le ha tocado hacer trabajos de remonta de calzado que le dan unos ingresos mensuales de \$80.000 a pesar de que se le dificulta por su discapacidad.

3. El liquidador de Construyecoop, al contestar a la tutela, solicita que se nieguen las pretensiones, puesto que como es sabido, la Superintendencia Bancaria tomó posesión de los activos y demás negocios de ese ente cooperativo y ordenó su liquidación según lo establecido por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, proceso en el que se debe mantener el principio de equidad entre los acreedores. Es por eso que no puede hacerse pago de acreencias por fuera de la liquidación y mucho menos sin seguir los pasos previstos en la ley, pues se atentaría contra los principios que orientan dicho proceso, como el de igualdad entre los acreedores.

Finalmente dice que ya se pagó al accionante un 25% de su dinero correspondiente a \$4'000.000,00, y en el mes de noviembre se pagará otro 20% a los acreedores.

EL FALLO DEL TRIBUNAL.

El Tribunal, luego de referirse a la tutela como mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, encuentra que con el pago del dinero al accionante por fuera del proceso liquidatorio no se amparan los derechos por él aludidos, porque el mismo no se encuentra en una situación de peligro y, por el contrario, se lesionaría el derecho a la igualdad de las demás personas ante la ley, al dársele preferencia frente a quienes también reclaman sus ahorros.

El a quo no encuentra que la accionada haya vulnerado los derechos al accionante, quien no es de la tercera edad, no carece de seguridad

social, y como él mismo informó posee un inmueble heredado, por lo que tampoco se viola el derecho del mínimo vital; además observa que para su reclamación cuenta con otros mecanismos de defensa.

De ese modo, termina el fallador denegando la tutela incoada.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante expresó no estar de acuerdo con el fallo, sin presentar las razones de su inconformidad.

CONSIDERACIONES

1. De lo antes resumido puede extractarse que la presente queja constitucional está condenada al fracaso, pues sin tomar en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad accionada, no encuentra la Corte acreditado que la actuación del liquidador de la misma esté quebrantando los derechos fundamentales del accionante, ya que la falta de pago oportuno de la acreencia cobrada por éste, no se debe a una acción u omisión arbitraria de ese funcionario, sino a la circunstancia de estar en desarrollo el trámite de liquidación forzosa administrativa de la aludida compañía, el cual, de acuerdo con las normas sobre el particular, por cierto de orden público, es un proceso concursal y universal que "...tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que conlieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos." (art. 293, inc. 1, Decreto 663 de 1993).

No se olvide que según la jurisprudencia, la tutela solo puede operar cuando los atributos en mención sean realmente vulnerados o amenazados por acciones u omisiones arbitrarias o caprichosas, circunstancia que debe estar probada en los autos, puesto que si no se halla acreditado el quebranto o su inminencia, o si el eventual menoscabo no tiene como causa suficiente un acto u omisión del respectivo accionado, la tutela resulta improcedente.

2. Repárese que la situación por la que atraviesa el actor, que por demás no es de absoluta exigüedad, como lo resaltó el Tribunal, es la que puede tener cualquiera de los acreedores de la entidad en liquidación, por manera que no puede el juez de tutela proceder a otorgarle a su crédito una preferencia que de acuerdo con la ley no le corresponde, ordenando su pago prematuro, por cuanto ello comporta un desconocimiento del principio de igualdad o equidad entre los distintos acreedores (*par conditio creditorum*) dentro de los procesos concursales que, como lo ha sostenido la Sala¹ desde que regía el antiguo proceso de quiebra, y lo ha reiterado

¹ Casación Civil, junio 8 de 1979, G.J., CTJX, 192 y s.; Véase también el fallo del 6 de julio de 1999, en el expediente de tutela 6510.

recientemente a propósito de estos procedimientos de liquidación, persiguen "...como meta fundamental, la protección de los acreedores, quienes, al declararse la falencia, advienen a quedar unidos por estar asistidos de un interés común cual es la aspiración de que todas las acreencias sean satisfechas en igual forma, proporción y plazos, salvo, eso sí, las que por expresa disposición legal gocen de alguna preferencia..."

De ahí que la doctrina constitucional referente a que debe darse un tratamiento de excepción a ciertos acreedores de entidades financieras intervenidas, que por razones de edad y estado de salud lo ameriten², no sea aplicable al *súbito*, por cuanto el accionante, al igual que su esposa, de alguna manera adelanta una actividad productiva y cuenta con los beneficios de la seguridad social que él mismo cancela, sin que se halle acreditado que a causa del no pago de los dineros retenidos por la deudora caída en falencia, esté en peligro su vida o la de los miembros de su núcleo familiar.

3. Así puestas las cosas, debe concluirse en 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 Icy, CONFIRMA el fallo de fecha y procedencia anotadas.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Buerio (en uso de permiso).

² Sentencia T-735 del 1 de diciembre de 1996.

DERECHO DE PETICIÓN FRENTE A PARTICULARES: Solicitud de copias. No se encuentra en estado de indefensión, que haga procedente la tutela, el peticonario al que la entidad accionada ha negado oportunamente la solicitud de expedición de copias. Por el contrario, tiene la posibilidad de acudir al diligenciamiento de pruebas anticipadas, sin que la dilación en los trámites procesales ordinarios sea argumento válido para restar eficacia al medio de defensa.

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

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 7345

Decidese la impugnación formulada por Jaime Rocha García contra el fallo del 9 de septiembre de 1999, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil - del Distrito Judicial de Cali, en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra Aseguradora el Libertador S.A.

ANTECEDENTES

1. El accionante en menención presentó acción de tutela contra la aludida particular, aduciendo vulneración del derecho de petición. Como protección pide que se ordene a la accionada expedirle copia de una póliza de seguros tomada por Artemio Franco & Cía. Ltda.

2. Dice al fundar su pedimento, en síntesis, que en noviembre de 1993 dio en administración (contrato de mandato) a Artemio Franco & Cía. Ltda., la casa de la calle 1A #42-41 de Cali; empresa que lo arrendó a Olinda Bedoya Quintero mediante contrato cuyo plazo prorrogado se venía en junio de 1999, no obstante que permitió a la arrendataria entregar el bien, sin cobrar el "destralc".

Agrega que la sociedad mencionada, de acuerdo con el pacto de administración, tomó un seguro colectivo con la accionada para amparar el

contrato de arrendamiento, y por eso él, como beneficiario, pidió a dicha aseguradora que le expidiera una copia de la póliza; petición que se le negó, pese a la insistencia. Así, habida cuenta que tiene derecho a la copias del contrato, de acuerdo con el art. 1046 del C. Cio., y se halla en estado de indefensión, propone la tutela.

3. La accionada, en su réplica acepta que se ha negado a expedir la copia solicitada por el accionante, debido a que el tomador y beneficiario de la póliza es Artemio Franco Mejía y Cia. Ltda., quien busca cubrir muchos contratos de arrendamiento, no solo el que aquí se menciona, además de que el actor no acreditó con sus peticiones su calidad de propietario del inmueble ni el contrato de mandato.

También indica que la tutela no procede por cuanto ella es una entidad particular que, de acuerdo con la ley, no se encuentra ubicada dentro de las condiciones para ello, ya que, entre otras cosas, el actor tiene otro medio de defensa judicial contra la arrendadora, como es pedirle cuentas de su gestión.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, para negar la tutela, luego de referirse al carácter fundamental del derecho de petición y la procedencia de la tutela contra particulares, concluye que la entidad accionada no está legitimada para ser parte pasiva, por cuanto no presta un servicio público y no se vislumbra el estado de indefensión invocado en la demanda, puesto que el accionante para obtener copia de la póliza, puede "...acudir a la prueba anticipada de exhibición de documentos (art. 297 Código de Procedimiento Civil), procedimiento muy sencillo y viable aun tratándose de terceros frente a la relación contractual..."

LA IMPLEGNACIÓN

Insiste el accionante en la vulneración del derecho de petición, que le debe ser protegido por su estado de indefensión, sin que sea necesario que la accionada esté encargada de prestar un servicio público, pues el numeral 4 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no lo exige. Agrega que la petición de prueba anticipada no es viable, ya que debido a la congestión judicial su trámite no se logra antes de 4 ó 6 meses.

CONSIDERACIONES

1. Desde el umbral se advierte la improcedencia de esta querella constitucional, por ser palmar que no se halla involucrado el derecho constitucional de petición en la controversia que enfrenta al quejoso con la empresa particular accionada, ya que en efecto la solicitud de copia de una póliza de seguros que el primero formula a la segunda no encaja en la hipótesis normativa superior sobre el derecho de petición ante organiza-

ciones privadas, en la medida en que no se trata de una solicitud o cuestionamiento con incidencia directa en la órbita esencial de los derechos básicos, sino que, como se observa prima facie, versa sobre un conflicto de negocios jurídicos privados con implicaciones meramente económicas.

2. Repárese, para reforzar la improcedencia de la tutela, que no cualquier petición ante entidades privadas queda abrigada bajo la égida del artículo 28 de la Carta Política, ya que según éste, el legislador puede reglamentar el ejercicio del derecho de petición "ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales", y aunque la reglamentación no se ha expedido, se ha precisado que sólo en los casos en que la solicitud involucre en forma directa los derechos preeminentes de las personas, pueden quedar vinculados tales entes por la prerrogativa en mención, porque como lo ha dicho esta Corporación¹, estos atributos no sólo rigen frente al Estado, "...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..."

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.

3. Pero además, el accionante no se encuentra en el estado de indefensión que con tanto énfasis invoca, porque puede solicitar las copias que le fueron negadas por la accionada mediante la respuesta que oportunamente le dio, a través de los mecanismos legales, como el diligenciamiento de pruebas anticipadas reglamentadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde el poder de documentación del juez competente garantece los principios de la audiencia bilateral y el debido proceso.

Entonces, si hipotéticamente pudiere estar involucrado el derecho de petición, tampoco procedería la tutela, dado que la solicitud fue respondida y frente a esta negativa el interesado tiene otro medio de defensa judicial; sin que pueda ser de recibo el insólito argumento atinente a la demora

¹ Sentencias del 1 de abril de 1998 (exp. 4872) y 16 de junio de 1999 (exp. 6437).

² Corte Constitucional, Sentencia T-374 de 1998.

³ Entre otras, sentencia T-165 de 1997 y la citada T-374 de 1998.

de los trámites procesales comunes, pues por semejante vía se llegaría al extremo de que cualquier conflicto debiera ser ventilado a través de esa subsidiaria acción.

4. De esa manera, 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 anotadas.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Sívio Fernando Trejos Bueno (en uso de permiso).

TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR, EPS: Afiliación. Si la EPS suscitó válidamente la conciencia en el afiliado de hallarse habilitado para beneficiar a su hijo de los servicios asistenciales que presta la entidad, sin que haya habido asomo de mala fe en las actuaciones de aquella; no aparece lógico que el ente accionado recurra ahora a invocar la falta de afiliación como excusa para negarse a autorizar el pago de radioterapias que se le prescribieron para culminar un tratamiento que proluijó desde un comienzo, y así descartar por esa vía el deber de protección de la vida de un niño, cuyos derechos tuvo en muy alta estima el constituyente.

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

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente Nro. 7359

Se resuelve la impugnación que interpuso la E.P.S. del Seguro Social, Seccional del Tolima, contra la sentencia calendada el 13 de Septiembre del presente año, mediante la cual la Sala de Familia del Tribunal Superior de Ibagué, le concedió la tutela que en nombre del menor Jonathan Rodríguez Villalba, y para la protección de sus derechos a la vida, la salud y la seguridad social, deprecó su progenitora Luz Angela Villalba, ante la citada Corporación.

ANTecedentes

1. La accionante ingresó a trabajar en labores domésticas al servicio de la señora Isabel Pineda De Guerrero EL dia 3 de febrero de 1997 y permaneció en su empleo hasta el mes de enero de 1998, quien la afilió al seguro social cancelando oportunamente los aportes de ley durante todo ese lapso.
2. En el mes de enero del presente año, reingresó al servicio de la misma patrona y ésta reactivó la afiliación a la mencionada entidad, a la

que volvió a hacer los aportes, habiendo expedido los carnés que la acreditaban como tal, con inclusión de los beneficiarios, entre quienes registró al citado menor, al que también le fue expedido el correspondiente carné.

3. En el mes de julio del presente año, ese menor fue atendido en el servicio de urgencias de la Clínica Manuel Elkin Patarroyo, que la referida E.P.S. tiene en funcionamiento en la ciudad de Ibagué, aquejado de una dolencia que se manifestaba en dolor lumbar y dificultad para caminar.

4. Esa atención inicial derivó en la orden de remisión para atención especializada en esta ciudad de Santa Fe de Bogotá, que fue antecedida de la práctica de algunos exámenes de laboratorio.

5. En esta ciudad, la atención se le prestó a la postre, por el hospital de "La Misericordia", y por cuenta del seguro, casa de salud que luego de la realización de los exámenes de laboratorio de rigor, lo sometió a procedimiento quirúrgico para la extracción de un tumor canceroso localizado en la columna vertebral, la que fue apenas parcial en razón de los previos riesgos que implicaba la extirpación total, habiéndosele prescrito la aplicación de radioterapias diarias durante un mes para atacar el desarrollo de la parte no extirpada de esa malformación.

6. En orden a obtener la autorización necesaria de la E.P.S. del seguro, Seccional Tolima, para la realización de esas radioterapias, se encontró la accionante con la negativa de la institución, por lo que resolvió acudir al mecanismo constitucional de la tutela con el propósito de impedir la protección de los derechos del menor enunciados al comienzo de esta providencia.

7. La entidad accionada adujo para sustentar su posición, la falta del mínimo de semanas de cotización por parte de la accionante, fundamentada en el hecho de que ella estuvo incorporada al sistema como afiliada hasta el 30 de Enero de 1998, y que posteriormente no cotizó por más de seis meses, lo que determinó su desafiliación automática, conforme a lo establecido en el artículo 58 del decreto 806 de 1998. Que la apotada circunstancia hacía imperioso que se hubiese afiliado de nuevo, diligencia que era imposible realizar en enero pasado, por mediar orden de la superintendencia de salud dirigida al seguro social en el sentido de no recibir más afiliados, expedida desde el 4 de noviembre de 1998. Que, no obstante, y por su propia iniciativa, a partir del entonces volvió a cotizar sin mediar afiliación.

8. No negó que a pesar de lo anterior se le hubiere prestado al menor Jonathan la atención por él requerida en el servicio de urgencias que culminó finalmente con la cirugía, actitud institucional que justificó en la circunstancia del ingreso del paciente por el servicio de urgencias, caso en el que expuso es su deber prestarla sin necesidad de afiliación, la que

sí es de rigor, en cambio, cuando se prescribe un determinado tratamiento, como es el formulado al mencionado paciente.

9. A la presente actuación se allegaron como pruebas fotocopias de documentos, los testimonios de la accionante y su patrono, señora Isabel Pineda De Quintero, y una inspección judicial en las oficinas de la accionada, a resultas de las cuales se estableció que la primera y única afiliación al seguro social del Tolima de Luz Angela Villalba, se produjo el 3 de febrero de 1997. Que a esa entidad cotizó para el régimen de seguridad social en salud hasta enero de 1998, y que al revincularse laboralmente al servicio del mismo patrono, éste volvió a hacerlo en esa institución, sin existir registro de nueva afiliación a ella, desde enero de este año y hasta la presente. Que de esto tuvo conocimiento el seguro con motivo de la actualización de los datos que diligenció Luz Angela Villalba en relación con sus beneficiarios el día 9 de febrero pasado, fecha en la cual, y basado en esa información, expidió los correspondientes carnés que acreditan como tales, entre otros, al niño Jonathan, (véase folio 137).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Comienza con la afirmación de que de manera general y conforme al art. 49 de la C. N. el derecho a la salud es de contenido prestacional y de cobertura progresiva, pero que adquiere el carácter de derecho fundamental cuando se trata de los niños, por la especial protección que el legislador se preocupó de brindar a ese sector de la población, cuya efectividad puede reclamarse de las entidades que prestan el servicio correspondiente y, particularmente, de aquella con la que exista una relación legal o reglamentaria, quedando abierta la posibilidad de ejercer las acciones legales en caso de denegación del servicio, incluida la tutela.

2. Utilizando como premisas las anteriores afirmaciones, expresa que está probado que el niño en pro de cuyos derechos se aciona padece de cáncer, por lo que se hace imperioso proteger su vida. En cuanto a la obligación del seguro social, rechaza el pretexto aducido por éste para denegar la atención reclamada, y para ello lo que esencialmente plantea el Tribunal, y en ello sustenta en últimas su determinación favorable a la solicitud de tutela, es que a causa de acciones y omisiones que le son imputables a aquél, ha de estimarse como vigente la afiliación de Luz Angela Villalba y de sus beneficiarios, lo que le da base para concluir que como consecuencia de ello el seguro social, Seccional del Tolima, debe soportar la carga que esto conlleva.

Al hacer concreta referencia a las aludidas acciones y omisiones, destaca que la Entidad, sin reparo alguno, no sólo conoció de los pagos hechos desde enero de este año, sino que la carnetizó a ella y a sus beneficiarios, atendió en el servicio de urgencias en marzo al menor, y luego sufragó el alto costo de la delicada cirugía que se le practicó en esta

ciudad, actitudes con las cuales afirmó que lo que hizo la accionada no fue más que reconocer la vigencia de la afiliación.

Así definido este asunto, y subrayando la buena fe patronal al efectuar las cotizaciones, concluye el fallador que el menor tiene derecho a que la accionada le suministre la atención médica requerida, sin importar el mínimo de semanas de cotización al sistema, dado el carácter excepcional que la situación reviste, atendidas, del otro lado, la urgente necesidad de proteger la vida de un niño, y su condición de persona de escasos recursos.

LA IMPUGNACIÓN

En el memorial de expresión de los motivos determinantes de ella, lo que básicamente manifiesta la accionada es que con la solución anotada, y en contravía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia T-414 de 1996, se descoronan por el juez de tutela prescripciones legales reguladoras del régimen de seguridad social en salud, dándose lugar a que se crece frente a los asortados la anarquía e injusticia ante la eventual existencia de casos similares al de mérito, en los que se intentaría demostrar un estado de mayor necesidad que los demás.

SE CONSIDERA

1. Lo que para la Corte patentizan estos autos, no es nada más que la demostración de una conducta omisiva del Ente estatal accionado, asumida por éste sin parar nientes en qué por esa vía, y sin ningún reato, se propiciaba una actuación cuyas consecuencias se proyectaban en directo derriamento, no sólo de los derechos fundamentales de un niño, lo que ya ha debido obrar de suyo como valladar suficiente para no adoptarla, sino del de la propia vida de éste, colocada naturalmente en un nivel superior con respecto de los otros.

2. La conducta que se le enrostria al Seguro Social, Seccional del Tolima, se materializa en el comportamiento consistente en negarle al niño Jonathan Villalba la atención de un tratamiento de radioterapia, no obstante haberlo contado de hecho entre sus beneficiarios sin reparar en la ausencia, no imputable a mala fe, de la formalidad de la nueva afiliación, y a pesar de haber tenido ocasión de advertirlo, con ocasión del diligenciamiento de actualización de los datos de los beneficiarios que fue seguido de la expedición de los respectivos carnés.

3. Frente a la anotada situación cabe expresar que no puede desconocer el Seguro el cumplimiento de la obligación constitucional, de tipo general, consistente en obrar con los criterios de eficiencia que van implícitos en vista del objetivo de protección de la vida y otros derechos de todas las personas residentes en Colombia, que como tal está contemplado en el artículo 2º de la Carta, que explicitamente menciona el artículo 48 del

ísmo ordenamiento, al referirse de modo particular, en tratándose del servicio público de seguridad social, cuyo cumplimiento es con mayor razón más imperioso, cuando como en esta especie sucede, de por medio está comprometida la vida de un menor.

4. Teniendo como esencial esa perspectiva, hay que enfatizar que la prueba recaudada demuestra que el Seguro Social del Tolima, repetidamente le reconoció al niño Jonathan la calidad de beneficiario mediante la prestación, sin reparos, de una serie de servicios médicos que no se puede reputar que se hayan limitado solamente a la atención propia de una urgencia, como lo expuso la accionada, porque fue seguida de órdenes de cirugía y remisión a esta ciudad con ese propósito finalmente cumplido en el Hospital de La Misericordia, que, según lo afirmó la accionada, debían contar con el necesario antecedente de la afiliación. Dentro del contexto de la situación antes descrita, no aparece lógico que el ente accionado recurra ahora al expediente de invocar la falta de afiliación como excusa para rechazarse a autorizar el pago de las radioterapias que se le prescribieron para culminar un tratamiento que prohibió desde un comienzo, y así descartar por esa vía el deber de protección de la vida de un niño, cuyos derechos tuvo en muy alta estima el constituyente.

7. Desde el indicado punto de mira, considera la Corte que acertó el fallador de primera instancia cuando estimó que con el anotado modo de obrar, el seguro social suscitó válidamente en la madre del menor la conciencia de hallarse habilitada para beneficiar a su hijo de los servicios asistenciales que presta la entidad, sin que, por otra parte, haya habido asomo de mala fe en las actuaciones de aquélla. Del mismo modo, juzga como muy atinado que haya reputado como apremiante hacer ceder requisitos enteramente legales, insatisfechos por omisión del ente accionado, ante imperativos de orden superior plasmados en normas del código fundamental, y en las de tratados internacionales suscritos por Colombia, entre las que cabe mencionar los artículos 24 y 26 de la Convención sobre derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1.989, que Colombia aprobó. Dentro de este orden de ideas, la solución protectora de los derechos del menor por la que optó el *a quo* para conceder la tutela, debe compartirse e imprimirse confirmación al fallo recurrido.

8. Resta por agregar, para darle respuesta a la impugnación, que la presente decisión no tiene el alcance de prohijar una caprichosa desatención de las disposiciones legales reguladoras de la afiliación al sistema de seguridad social en salud, que sirviera como antecedente para fortalecer posiciones de quienes en ella quisieran apoyarse. Porque en la adopción de la solución que hoy se acoge, lejos estuvo la Corte inspirada en la idea de que por la vía de la tutela se pueda prescindir de las regulaciones legales. Lo que aquí ocurrió fue que la inobservancia de ellas, le fue atribuida a la entidad accionada, por lo que no se admitió en este particular

caso como excusa atendible para aceptar el incumplimiento de un deber cuyos efectos se proyectan en detrimento del derecho a la vida de un niño. Las situaciones futuras del mismo carácter, frente a las que muestra su temor la accionada, deben ser objeto de acciones tendientes a ser evitadas por ella mediante la aplicación de un estricto criterio de eficiencia en la gestión, cuya observancia con toda seguridad descartará su ocurrencia. Por lo demás, si hubiere lugar a la repetición de las sumas invertidas por la entidad accionada para la atención del tratamiento de radioterapia, es de su exclusiva incumbencia acudir para ese efecto al Fosyga.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia apelada. Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese telegráficamente a los interesados y, en oportunidad, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Arévalo Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno (en uso de permiso).

Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La presente providencia no la suscribe el Magistrado doctor Silvio Fernando Trejos Bueno por cuanto al momento de su discusión y aprobación, se encontraba en uso de permiso.

Lina María Torres González, Secretaria.

DERECHO A LA TRANQUILIDAD: Contaminación auditiva. Alcance de la sentencia de tutela respecto a la solicitud de cierre de establecimientos de comercio / **ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO:** Orden de cierre en tutela. No puede afirmarse que la única manera de proteger eficazmente el derecho a la tranquilidad de los accionantes, es ordenando el cierre de los establecimientos que generan ruido, máxime si éstos se encuentran ubicados en una zona urbana mixta, con destinación tanto residencial como comercial.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jarainillo Jaramillo

Ref : Expediente No. 7376

Decide la Corte la impugnación formulada contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 1999 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bucaramanga, a través de la cual concedió parcialmente el amparo solicitado por Iván Gonzalo Reyes Rivero, Gonzalo Reyes Tristáncho, Claudia Constanza Reyes Rivero y la menor María Paola Reyes Rivero, contra el Alcalde de Bucaramanga y los señores Luwing Uribe, José Augusto Castillo Sánchez y Silvia Patricia Torres, propietarios de los establecimientos de comercio "Licorera Cabecera", "Ramona" y "El Zoológico o The Zoo Café-Bar", en su orden.

ANTECEDENTES

1. Solicitaron los accionantes, a través de apoderado judicial, la protección de los derechos a la tranquilidad, intimidad personal y familiar, dignidad humana, libre desenvolvimiento de la personalidad, ambiente sano y salud, así como el de petición, debido proceso y propiedad, que consideran vulnerados por los accionados, para lo cual demandan los siguientes pronunciamientos:

a. Ordenar al Alcalde "la revocación de las licencias de funcionamiento" de los establecimientos de comercio mencionados (fl. 2), disponiendo

su cierre inmediato, e imponerle la prohibición de otorgar licencias a quienes no cumplan con los requisitos legales, particularmente en cuanto a compatibilidad con el uso residencial de la zona y producción de ruido, se refiere.

b. Ordenar al Alcalde que imparta instrucciones a los inspectores y comandantes de policía, así como al ISAU, para que brinden "protección real y efectiva a los derechos fundamentales invocados" (fl. 3), debiendo implementar un "control preventivo ... a través de letreros visibles de tránsito" que se ubiquen en la carrera 35 entre calles 51 y 52 de Bucaramanga, que señalen la prohibición de provocar ruido, estacionar en los andenes y en la vía. Además, para que disponga patrullajes nocturnos, especialmente los días viernes, sábados y festivos.

2. Los hechos que el apoderado aduce en su extenso escrito, para soportar la petición de amparo, se sintetizan así:

a. Los accionantes habitan en el apartamento 1A -01 del edificio ubicado en la carrera 35A No. 51-82, Cabecera III de Bucaramanga, compartiendo pared medianera con el establecimiento de comercio conocido como "Bongo - Ramona - Kool", situándose, bajo la terraza de aquél, la "Licorería Cabecera" y, a media cuadra, The Zoo Café-Bar, los cuales "producen un ruido ilegítimo por niveles muy encima del permitido legalmente para zonas residenciales en horas nocturnas, principalmente días viernes, sábados y festivos de 10 p.m. a 4 a.m." (fl. 4), alterando directa o indirectamente el orden público, razón por la cual se ha solicitado la intervención de la policía e invocado el derecho de petición a las autoridades competentes, en procura de obtener "la insonorización del ruido", la cancelación de las licencias respectivas y el sellamiento de aquellos; sin obtener una respuesta efectiva.

b. Esta situación ha puesto a los demandantes "y a otros niños y residentes del edificio ..., en situación de indefensión respecto del demandado por la omisión de las autoridades administrativas de cumplir con sus deberes legales de manera oportuna y eficaz" (fl. 5).

c. La salud física y mental del señor Gonzalo Reyes se ha deteriorado por la imposibilidad de conciliar el sueño, por lo que ha tenido que acudir a un médico y a un psicólogo, problema que igualmente presentan los demás accionantes pues "el sonido se filtra por las paredes en todas direcciones" (fl. 6).

d. Se han presentado alteraciones del orden público, viéndose comprometidos el señor Gonzalo Reyes y Luis Oviedo Torres, quienes fueron golpeados al solicitar que bajaran el volumen "del radio en la calle", lo que generó una denuncia por los presuntos delitos de lesiones personales y daño en bien ajeno, que cursa en el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bucaramanga.

e. Aduce que la omisión de las autoridades en controlar esta situación, ha provocado un uso indiscriminado del espacio público, que ha sido invadido con letreros, habilitado para la venta de licor y el consumo de drogas, el estacionamiento de vehículos que además de obstaculizar el ingreso al edificio y a otras casas vecinas, se utilizan para poner música sin control, incurriendo quienes acuden a los aludidos establecimientos, en otros comportamientos poco cívicos.

3. A la acción de tutela se le dio trámite por auto de fecha agosto 23 de 1999, enterándose a los accionados, refiriendo el Alcalde las actuaciones que se han adelantado y sus resultados (fl. 368). Los propietarios de los establecimientos, por su parte, se opusieron a la protección solicitada (fls. 285, 357 y 381).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal concede la tutela respecto al derecho a la tranquilidad, ordenando, para su protección, un conjunto de medidas educativas y de policía dirigidas a erradicar "de manera definitiva los actos de contaminación ambiental y perturbación", requiriendo la práctica de mediciones sonoras con fundamento en las cuales deberán adoptarse los correctivos que sean necesarios.

Sostiene el a quo, con fundamento en una decisión de la Corte Constitucional, que el derecho mencionado "asume el carácter de fundamental por su estrecha relación con la dignidad humana". Sin embargo, niega en sus consideraciones las medidas que sugiere el abogado, particularmente en cuanto al cierre de los establecimientos y la cancelación de la licencia, "pues no corresponde al juez de tutela su adopción si existen para ello funcionarios a los cuales se debe acudir en primer lugar" (fl. 402).

LA IMPUGNACIÓN

Los accionantes controvertían la decisión únicamente en cuanto negó la medida de cierre solicitada, alegando que no es necesario acudir previamente ante los funcionarios administrativos, ya que la acción de tutela sólo se descarta cuando no existan otros medios de defensa judiciales, agregando que, en todo caso, tal procedimiento ya se agoló con la infinitud de requerimientos que se han hecho a las autoridades competentes.

Controvierte, además, la técnica de interpretación realizada en la sentencia, por fundamentarse en disposiciones de rango inferior a la Constitución, recalando en el mérito de las pruebas aportadas y en el hecho de que las medidas ordenadas "son inoportunas, imperlinentes e inconducentes" (fl. 491), pues, a su juicio, sólo el cierre indefinido de los locales constituye medida eficaz para proteger los derechos fundamentales constitucionales.

CONSIDERACIONES

1. La Corte se ocupara únicamente de la decisión, en cuanto se abstuvó, sin decirlo expresamente, de ordenar la cancelación de las licencias de funcionamiento de los establecimientos de comercio y, como consecuencia de ello, de disponer el cierre inmediato de los mismos, pues habiéndose concedido el amparo reclamado, la impugnación "se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante" único, de donde se sigue que en esta instancia no se "podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso", según lo establece el art. 357 del C.P.C., aplicable por remisión del art. 4 del Decreto 306 de 1992.

Por tanto, no se discutirá aquí la procedencia de la acción de tutela frente al derecho fundamental que el Tribunal consideró vulnerado, restringiéndose el análisis a las medidas que resultan necesarias para "garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho" (art. 23 Dec. 2591/91) y, particularmente, a aquellas que fueron solicitadas en la petición de amparo y que no se concedieron por el *a quo*.

2. Precisa el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, que "No se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular", norma que, aplicada al presente caso, impone tener en cuenta que por mandato constitucional "La actividad económica y la iniciativa privada son libres", siendo un deber del Estado impedir que esa libertad "se obstruya o se restrinja" (art. 33), máxime si se considera su innegable vinculación con el derecho al trabajo, que es fundamento de la concepción social que se predica de aquél (art. 1) y propósito señalado del constituyente (Preámbulo).

Esta especial protección que se brinda a la empresa y a la libertad económica, impide argumentar en el sentido que lo hace el impugnante, pues la defensa de un derecho fundamental no puede traducir el cercenamiento de otro. Por eso resulta indispensable que el Juez de tutela, al implementar las medidas necesarias para que cese la acción o se ejecute la conducta que viola o amenaza vulnerar el derecho fundamental amparado, debe preservar, si está comprometido un derecho fundamental del accionado, el núcleo esencial de uno y otro derechos, esto es, el "ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste"¹, para, de esa manera, conciliar el conflicto que se presenta entre derechos que tienen igual apoyo constitucional.

De ahí que no pueda afirmarse que la única manera de proteger eficazmente el derecho a la tranquilidad de los accionantes, es ordenando el

¹ Häberlen, Peter. El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales. En C. Const. Sent. T-02 de 1992 y C.S.J. Sent. abril 27/95, Exp. 2120.

ciere de los establecimientos de comercio que generan el ruido, máxime si éstos se encuentran ubicados en una zona urbana mixta, con destinación tanto residencial como comercial. Lo que resulta constitucionalmente válido, es ajustar el ejercicio de la actividad económica que los propietarios adelantan a través de aquellos, a los diferentes ordenamientos normativos que establecen los horarios permitidos, el respeto al espacio público, o el máximo de ruido que pueden generar en determinadas horas del día y de la noche, para de esa manera hacer efectivas las obligaciones que acompañan la función social que tiene la empresa como base del desarrollo, así como la responsabilidad que se apareja a la libre competencia económica (art. 333).

Precisamente sobre este tema, dijo la Corte Constitucional:

"En las condiciones anotadas, surge con toda claridad que la acción de tutela debe prosperar, empero, es indispensable aclarar que la orden encaminada a brindar la protección pedida no consistirá en disponer el cierre inmediato del establecimiento, solución que sería desproporcionada y que implicaría el sacrificio de un derecho en aras de la protección de otro derecho. La Corte Constitucional ha precisado que en los casos de enfrentamiento de las normas constitucionales que sirven de respaldo a ciertos derechos, el principio de unidad constitucional exige interpretar la Constitución como un todo armónico y coherente, en tanto que el principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o la restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete, debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra" (Sentencia T- 425 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

(...)

"El juez de segunda instancia estima que no existe violación de ningún derecho constitucional fundamental y que "los demandados tienen licencia de uso y funcionamiento vigente", lo cual, en criterio de esta Sala de Revisión, los autoriza para desarrollar libremente su actividad, mas no para incurir en abusos que perturben el medio ambiente, la tranquilidad, la intimidad o la salud de los vecinos. La Corporación ha advertido que 'El particular al realizar su actividad económica tiene que adecuar su conducta al marco normativo que la orienta, la controla y la verifica, con el fin de que no cause deterioro al

ambiente, o lo reduzca a sus más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos por la autoridad ambiental".

"De otra parte es importante recordar que 'todo individuo y su familia tienen derecho a un ámbito propio e inviolable dentro del cual ha de desenvolverse su vida privada en forma tranquila y pacífica y el de que la convivencia impone, por su misma naturaleza, ciertas restricciones que hagan posible a cada uno el ejercicio de sus derechos sin interferir los de otros', así pues, 'el juez constitucional debe conciliar, en situaciones como la aquí descrita, los derechos a la intimidad y a la tranquilidad de la solicitante con el derecho al trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales cercanos a su residencia, sujetos ellos - claro está - a las exigencias legales, reglamentaria y policiacas correspondientes' (Sentencia T-453 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)²".

3. En el caso que ocupa la atención de la Corte, no resulta, entonces, procedente ordenar el cierre de los establecimientos de comercio en orden a proteger el derecho a la tranquilidad de los accionantes, pues tal medida, además de sancionatoria, omite la necesidad de preservar el núcleo esencial del derecho al trabajo y de las libertades económica y de empresa de los particulares accionados. Lo apropiado era ordenar, como en efecto se hizo, que por aquellas se adopte un conjunto de medidas dirigidas a erradicar "de manera definitiva los actos de contaminación ambiental y perturbación" que se presentan en el vecindario, a cuya infracción, según las circunstancias, le puede seguir el cierre de los locales.

De ahí que las pruebas allegadas en esta instancia no modifiquen el sentido de la decisión, pues a su falta de contradicción que imposibilita apreciarlas (art. 29 C.N.), se agrega que los hechos alegados atañen al cumplimiento de la sentencia, lo que es materia del incidente de desacato y de competencia del Tribunal de conocimiento. Con todo, a fin de establecer si las medidas implementadas arrojaron el resultado perseguido en aquella, se dispondrá que en el término de 30 días las autoridades accionadas rindan un detallado informe al Tribunal, con copia a la Corte, para que, con fundamento en él, se provoquen los correctivos pertinentes y se impongan -si hubiere lugar- las sanciones previstas en la ley, en caso de incumplimiento del fallo.

En consecuencia, la sentencia será confirmada.

DECISIÓN:

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

² C. Const. Ser. I T 575 de 1995. En Sent. T-188 de mayo 9/96.

ca y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela referenciada, adicionándola en el sentido de ordenar que el Alcalde accionado rinda a esa Corporación, en el término de treinta (30) días y con copia a la Corte, un detallado informe sobre el resultado obtenido con las medidas implementadas como consecuencia del fallo del Tribunal, para que, con fundamento en él, se provoquen los correctivos pertinentes y se impongan las sanciones previstas en la ley, en caso de incumplimiento del fallo, si a ello hubiere lugar. Ofíciuese.

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

Notifíquese y cúmplase

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Sánchez, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

CONTRATO DE TRABAJO: Terminación por participación en huelga. Vulnera el derecho el empleador que sanciona con destitución del cargo a un trabajador sin adelantar el trámite disciplinario correspondiente. La Corte concede el amparo como mecanismo transitorio, al encontrar además demostrada la afectación del mínimo vital del accionante y su familia.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 7396

Resuelve la Corte la impugnación formulada contra el fallo de 3 de septiembre de 1999 proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, corregido el 17 del mismo mes, por medio del cual se concedió el amparo constitucional pedido por el señor Jorge Ignacio Ayala Benavides, contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá y el señor Sergio Regueros Snowkin, en su calidad de representante legal de la misma.

ANTECEDENTES

1. Haciendo activar la tutela como mecanismo transitorio, el accionante solicita protección para su derecho fundamental al debido proceso y, en concreto, pide que se ordene su "reingreso al cargo que desempeñaba al momento de producirse mi despido al 4 de noviembre de 1997, hasta que el Juez 18º Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, Exp., No. 0282 Actor: Jorge Ignacio Ayala Benavides (sic) contra la E.T.B. profera sentencia definitiva, debidamente ejecutoriada y ordenándose la inaplicabilidad de la decisión que de despido hizo Sergio Reguero S., en la carta de 4 de Noviembre de 1997 que me desvinculó de la E.T.B.); que se advierta tanto a Sergio Regueros S., como al Juzgado 18º Laboral del Circuito de esta ciudad, "que el proceso del cual, soy demandante se tramite de manera rápida y ágil dando cumplimiento a las normas sobre descongestión judi-

cial para garantizar así el Deuido Proceso"; que en cumplimiento de la sentencia de constitucionalidad 037 de la Corte Constitucional, se aplique a su caso la sentencia SU-036 de la misma Corporación.

2. Es el motivo central de la presente queja, que el accionante fue despedido el 4 de noviembre de 1997 del cargo que, para ese entonces, desempeñaba en la E.T.B., en razón a que, según se consigna en la comunicación de esa misma fecha, mediante la que se le informó tal determinación, participó en el cese de actividades en el Centro de Mantenimiento Bachué el 30 de mayo de 1997, el cual fue declarado ilegal por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, según Resoluciones Nos. 002286 y 002287 de 9 de octubre del año en cita. Deduce el actor en tutela de tal proceder la violación del debido proceso administrativo, por cuanto, esclama, para su desvinculación con respaldo en el indicado motivo correspondía, previamente a adoptar cualquier determinación, tramitar y decidir el respectivo proceso disciplinario que en su caso no se decidió como presupuesto para el despido.

Advierte, qué con miras a obtener su reintegro y/o el resarcimiento de los perjuicios a él ocasionados promovió la correspondiente acción laboral, que cursa en el Juzgado 18º Laboral del Circuito de esta capital, proceso que se ve afectado por una notoria dilación, la que, por si, también determina la concurrencia de su derecho al debido proceso.

En tal orden de ideas, colige el quejoso la viabilidad del amparo por él deprecado como mecanismo transitorio, debido a que, como consecuencia de las circunstancias anotadas, se ve enfrentado a sufrir un perjuicio irremediable, porque quedó y se encuentra desempleado y sin ingresos para su subsistencia, solventado con la ayuda de sus compañeros y un préstamo otorgado por el Sindicato, y sin medios para cumplir sus obligaciones como padre de familia frente a sus hijos que son menores de edad.

3. La Empresa accionada, por intermedio de apoderado judicial constituido para el efecto, dio contestación a la solicitud de tutela, oponiéndose a la misma, y, en síntesis, sostiene: Que la justicia laboral ya dictó una sentencia en un proceso de reintegro negando las pretensiones; que se debe notificar a la autoridad judicial pues la acción también se dirige contra ella; que el caso tratado en la Sentencia SU-036/99 y los casos resueltos en los expedientes 6683 y 6684 de esta Corte tienen aspectos fácticos y sustanciales diferentes al presente, que por lo mismo no consagran una misma *ratio decidendi*, para que opere un precedente, pues la consideración en el sentido de que la protección del debido proceso del trabajador oficial despedido se obtiene mediante la tutela fue un mero dicho para decidir u *obter dicta*, que tan solo tiene alcances persuasivos y no obligatorios.

Que en este caso no se violó el debido proceso y que si ello hubiera sido así, el actor cuenta con la respectiva acción de reintegro ante la juris-

dicción laboral sin que sea viable la tutela por no presentarse un perjuicio irremediable. Que en la sentencia SU-036/99 se resolvió el caso de empleados oficiales que no ejercieron acción de reintegro y se encontraban ante un perjuicio irremediable, y en este caso se está discutiendo la posible prescripción de dicha acción laboral, que habiéndose ejercido, hace inviable la tutela transitoria. Al estar en curso el proceso ordinario laboral que con similares objetivos a los aquí expresados promovió el accionante en contra de la E.T.B., se estaría juzgando dos veces por la misma causa; y la presunta mora del aludido proceso ordinario laboral ha sido ocasionada por las gestiones que en ese litigio ha realizado el propio accionante y su apoderado.

Que no era necesario adelantar un proceso disciplinario ante la autorización de despido que deriva de la declaratoria de ilegalidad del paro, conforme a lo precepluado por el artículo 450 Código Sustantivo del Trabajo, pues no sería lógico, en cuanto al personal aforado, que tuviera que adelantar un procedimiento más dispendioso, como el disciplinario, siendo que dicha norma releva de "calificación judicial" para el despido de los empleados que gozan de fúero.

Que no es cierto que el actor se encuentre desempleado y que no devenga sueldo o prestación alguna, ya que hay prueba de que se encuentra laborando en Sintratelefonos, el cual, según informe del ISS, figura como empleador al efectuar los aportes de seguridad social.

Finalmente, que existe lejeridad o mala fe ya que en el proceso laboral se persiguen los mismos objetivos propuestos en la acción de tutela; la demora de dicho proceso, que esgrime como generadora del perjuicio irremediable, fue causada por el mismo interesado con su tardanza para promoverlo, cuya acción prescribió a los dos meses del despido como se está alegando en ese proceso; porque se incurre en falso testimonio, pues se hacen afirmaciones contrarias a la realidad como la relativa a un perjuicio inminente siendo que las demoras de que se queja son causadas por él mismo, y porque no es cierto que no tenga empleo pues existen pruebas de que devenga \$321.493.65 mensuales que le paga el Sindicato por cuenta del cual también está afiliado al Seguro Social.

FALLO DEL TRIBUNAL

Deduce que la vulneración al debido proceso por despedirse al demandante sobre la base de la simple declaratoria de ilegalidad el paro, sin haberse establecido previamente su grado de participación en el mismo, mediante el proceso disciplinario respectivo. Imparte tutela transitoria mientras se resuelve el proceso laboral. Además de tal protección, inaplica la comunicación mediante la cual se produce el despido, ordena el reintegro del accionante, sin perjuicio de que como resultado del trámite disciplinario se insista en el despido, y niega las demás peticiones de la demanda.

LA IMPUGNACIÓN.

El apoderado de la demandada reclama que el Tribunal no hizo referencia a sus argumentos sobre la inaplicabilidad de la Sentencia SU-036/99, y desconoció las pruebas aportadas sobre la incistencia del perjuicio irremediable y sobre el fraude en las afirmaciones invocadas. Lo primero porque este caso se rige por el derecho privado y por ello no medió resolución administrativa, y lo segundo, porque dejaron de analizarse los certificados del Seguro Social en qué consta que el actor es trabajador de Sintratelefonos y por ello se desvirtúa "su presunto estado de indigencia". Igualmente, afirma que no se consideró lo relativo a la improcedencia de la tutela conforme a lo previsto por los arts. 1 y 2 del Decreto 306/92.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela es un mecanismo excepcional o subsidiario para la protección de los derechos fundamentales cuando estos fueron violados o se encuentran amenazados por acción u omisión de las autoridades o de los particulares, en los casos señalados por la ley, siempre que el accionante no cuente con otro medio de defensa que resulte eficaz para evitar las consecuencias nocivas de la actuación reprochada, salvo que se proponga como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable.

2. Es un hecho plenamente demostrado en este asunto, que el accionante ya promovió en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá proceso ordinario laboral en el que, en términos generales, controvierte la legalidad del despido de que fue objeto y procura su reintegro al cargo que desempeñaba en la mencionada empresa para el 4 de noviembre de 1997, cuya demanda en copia se aportó como prueba.

3. Así las cosas, surge entonces, como algo ostensible, que para el propio accionante es claro que el referido proceso corresponde a la forma ordinaria de defensa de que dispone para obtener el restablecimiento de los derechos que pudieron resultar afectados con la desvinculación laboral de que fue objeto y que, por ende, la única posibilidad de operancia del amparo constitucional por él deprecado es como mecanismo transitorio, con miras a obtener la protección de sus derechos fundamentales en tanto se decide la aludida controversia judicial, que en la actualidad cursa en el Juzgado 18º Laboral del Circuito de esta ciudad.

4. Respecto de la acción de tutela invocada con cariz transitorio debe anotarse, que ella requiere para su buen suceso que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, 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 de-

precar el amparo apoyado en la inminencia, inmediatez y urgencia que hace impostergable el remedio constitucional.

Sobre lo primero, tiene dicho esta Sala que "es procedente la acción de tutela cuando está destinada a poner de manifiesto la falta de legitimidad constitucional de un acto....que, no obstante revestir en apariencia la forma externa que de ordinario le debe ser característica, encubre actuaciones que por los efectos que le son propios, amenazan o lesionan en forma actual e inminente derechos fundamentales de las personas...." (Sent. de 6 de agosto de 1991, Exp. 4308) y en cuanto al perjuicio irremediable, que "Se está en presencia de éste cuando, de no tutelarse el derecho vulnerado o amenazado, hay inminencia de un mal irreversible, injustificado y grave, que coloque al peticionario en un estado de necesidad, que amerita la urgencia de la acción" (Sent. T-077 de 28 de febrero de 1995).

5. Aplicadas las premisas que en línea de argumentación general se dejan atrás consignadas al caso traído a conocimiento de esta Corporación debe, entonces, colegirse, que el accionante reprocha a la empresa querellada que el acto de su desvinculación laboral es abiertamente ilegítimo, como quiera que antes de proferirlo no tramitó el procedimiento, con garantía de su derecho a la defensa, tendiente a comprobar en forma individualizada su participación activa en el cese de actividades, luego declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y que al obrar así, le ha ocasionado un perjuicio irremediable equivalente a no disponer, desde el momento de su despido, de su salario y, por ende, de ingresos que le permitan atender sus propias necesidades y las de su familia.

6. Habida consideración de la naturaleza del vínculo laboral que ataba al accionante y a la E.T.B. y del servicio que ésta presta, advierte la Sala que, tal y como lo estimó la Corte Constitucional en su sentencia SU-036 de 27 de enero del año en curso, era a él aplicable el régimen disciplinario impuesto por la Ley 200 de 1995, que en el numeral 8º del artículo 41 contempla como conducta prohibida "el propiciar, organizar o participar en huelgas, paros, suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador", conducta que puede ser sancionada, incluso, con la remoción del cargo.

Por tanto, si la presunta participación de Jorge Ignacio Ayala Benavides en el cese de actividades el 30 de mayo de 1997 constituía falta disciplinaria, era lo propio que dicho comportamiento se investigara como tal y que establecida la infracción y como consecuencia de ella, se adoptara la medida consecuente, que, se repite, bien hubiese podido consistir en removerlo del cargo, mas no en dar por terminado su contrato de trabajo por justa causa, lo que equivale a la aplicación de la mencionada sanción, sin agotar el juicio disciplinario previo.

7. Siendo ello así, como en efecto lo fue, según se infiere de los elementos demostrativos con que aquí se cuenta y de la respuesta que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá dio a la demanda de tutela, surge ostensible que la determinación de despido, comunicada al peticionario mediante comunicación de 4 de noviembre de 1997, es abiertamente contradictoria con el postulado del debido proceso, consagrado por el artículo 29 de la Constitución Nacional para "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"; con lo que se satisface la primera de las condiciones vistas para el acogimiento de la tutela transitoria.

La abierta ilegalidad de la decisión que se comenta queda demostrada con la certificación de la Oficina Anticorrupción de la misma empresa, según la cual, al tiempo de ser expedida, la investigación disciplinaria respectiva (069/97) se encuentra en trámite, esto es al 22 de febrero de 1999 (f. 8, c. 2), de donde se concluye que cuando el despido se verificó, no se había establecido la participación del accionante en el cese de actividades.

8. Estando aquí demostrado que el demandante tiene obligaciones familiares que atender (fs. 598 a 600), como también que los dineros que quincenalmente recibe de "Sinrateléfonos" corresponden a un préstamo otorgado por esa organización sindical al ex-trabajador, tal y como aparece certificado a folio 601, eventualidad ésta que indica que él subvenciona desde su despido sus gastos personales con tales recursos, agravándose así su situación hacia el futuro y hasta cuando sea definido el proceso laboral que cursa entre las partes con ocasión de los hechos que, a la vez, son la esencia de este debate, por el endeudamiento en que incurre, forzoso es concluir que, ciertamente, el despido laboral de que fue objeto lo ha colocado en situación tal que ve comprometido su mínimo vital, perjuicio este que es calificable como irremediable.

9. Lo dicho conduce a que, conforme a lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia deba ser confirmada, puesto que - en relación con los fundamentos de la impugnación -, ciertamente el derecho privado rige la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, pero de conformidad con el artículo 32 de la ley 142 de 1994, ello es así sin perjuicio de que la Constitución Política y la ley dispongan lo contrario respecto de tales actos y de los requeridos para la administración, y en este caso no se llama a duda que los aspectos disciplinarios se rigen por la Ley 200 de 1995, como se reconoce en el Laudo Arbitral que puso fin al conflicto colectivo. En cuanto a las pruebas mediante las cuales se trata de desvirtuar el perjuicio irremediable, se tiene que la afiliación al Seguro Social en que figura como empleador el Sindicato, para los efectos de que aquí se trata, no excluyen las pruebas del perjuicio que la desvinculación le causa al accionante, pues se demostró que ha tenido que recurrir a un préstamo para subsistir y atender su sostenimiento y el de sus hijos menores de edad. Finalmente, el artículo

1º del Decreto 306 de 1992, que establecía los casos en que no existía perjuicio irremediable, fue anulado por el Consejo de Estado en Sentencia del 6 de febrero de 1996; y si bien el artículo 2º del mismo decreto limita la procedencia de la tutela a la protección de los derechos fundamentales, en este caso tal norma no se deja de lado como lo afirma la censura, puesto que el amparo se dispone de modo transitorio respecto del derecho al debido proceso que es de rango constitucional, mientras en el proceso respectivo se decide lo inherente a los derechos legales de carácter laboral.

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 del 3 de septiembre de 1999, corregido mediante auto del 17 de septiembre del mismo año, providencias proferidas en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá

Notifíquese lo aquí decidido a las partes, mediante telegrama; y en oportunidad remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciuese como corresponda.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechuria Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trefos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: Consignación de renta.
No resulta legítimo exigir al demandado antes de estar constituido en mora que consigne o acredite el pago para ser escuchado

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 7422

Decidese la impugnación formulada por Nolar Valencia Hernández contra el fallo del 13 de septiembre de 1999, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil - del Distrito Judicial de Cali, en el trámite de tutela promovida por el impugnante contra el Juzgado 13 Civil del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. El accionante en mención propuso acción de tutela contra el referido despacho judicial, aduciendo vulneración de los derechos a la igualdad, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

2. Alega que en el proceso de restitución de inmueble arrendado adelantado en su contra por José Jair Torres, respecto del inmueble situado en la calle 25, frente a la Clínica de los Remedios de Cali, el accionado admitió la demanda y ordenó el embargo de bienes para respaldar la deuda de los cánones que indicó el actor, aunque luego se declaró ilegal dicho auto porque no se habían hecho los requerimientos previstos en el art. 2035 del C.C.

Señala que la prueba del contrato de arrendamiento estriba en unas declaraciones extrajuicio, pero éstas no establecen los presupuestos del negocio, ni son prueba siquiera sumaria del mismo, ya que los testigos no dan cuenta de ello; además de que estando en la etapa de los requerimientos no puede decretarse el embargo y secuestro, y no obstante cuando se decretó la ilegalidad del auto admisorio se mantiene la vigencia del secuestro, lo que no es viable jurídicamente porque no se ha admitido la demanda.

Anota que primero se le reconoció el derecho de ser oido por cuanto la demanda no había sido admitida, pero posteriormente se le dijo que no se atendían sus peticiones por cuanto no había constnado, no obstante que esa disposición del numeral 2, parágrafo 2, del art. 424 del Código de Procedimiento Civil sólo opera una vez admitida la demanda.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, para negar el amparo, después de recordar que la tutela contra providencias judiciales cabe cuando hay una vía de hecho, aborda el caso concreto, comenzando por decir que si el accionante hubo de celebrar contrato de arrendamiento, verbal o escrito, la obligación de pagar los cánones surge desde el mismo momento del convenio.

Anota después el sentenciador que de acuerdo con el num. 2 del parágrafo 2, art. 424 del Código de Procedimiento Civil, si la demanda se funda en la falta de pago, el arrendatario no será oido hasta tanto no acredite que ha cancelado o la consignación de lo debido a órdenes del juzgado.

Manifiesta que para "preconstituir la prueba del contrato" el demandante aportó unas declaraciones extrajuicio, y como el juzgado había admitido la demanda sin hacer los requerimientos que se habían pedido en ésta, declaró la ilegalidad del auto admisorio, debiéndose entender que en esa ilegalidad quedó inmersa la fijación de la caución para las medidas cautelares, agregando luego:

"...de acuerdo a conversación telefónica obtenida por esta Corporación con la titular del despacho accionado, indicó que el actor había presentado la caución y que además la demanda se encuentra en la etapa previa de los requerimientos judiciales..."

"Esta circunstancia hace que el proceso se encuentre en etapa de requerimiento por tanto, si se admite la demanda y se ordena nuevamente el embargo y secuestro de bienes si ello no es correcto, ya tendrá el demandado oportunidad de instaurar los recursos de ley

"Entonces, como aún no se ha admitido la demanda, el demandado (aquí accionante) se estaría adelantando a lo que puede suceder si se admite la demanda o no se le oye, por ende no podrá accederse a la protección tutelar de unos derechos que pueden o no vulnerarse debido a una posible situación futura sobre hechos que pueden o no surgir... toda vez que no se ha llevado a cabo el secuestro de bienes porque sólo se fijó la caución y se prestó..."

Remata el fallador diciendo que no se encuentra vulneración de los derechos invocados, por el hecho de no ser oido el demandado basta que no demuestre el pago de los cánones alegados por el actor o efectúe la consignación, porque la norma que así lo dispone es de imperativo cumplimiento.

LA IMPUGNACIÓN

Sostiene el actor en su objeción que sí hay bienes actualmente embargados, ya que el predio attendido y su producido está en manos de un secuestre, quien tiene en su poder más de dos millones de pesos, hecho que no puede controvertir porque el juzgado dispuso no oírlo, como también consta en el expediente, con desconocimiento del debido proceso, puesto que esa sanción de no ser oido solo opera una vez queda ejecutoriado el auto admisorio.

CONSIDERACIONES

1. Bien se sabe que la acción de tutela no puede invocarse promiscuamente para atacar las providencias o actuaciones judiciales¹, salvo en los casos en que se incurre en una vía de hecho, vale decir, cuando a los ojos de cualquier persona con conciencia jurídica recta los actos de esta naturaleza se expiden sin sustento objetivo y como fruto de la mera veleidad o capricho del funcionario, y el afectado no tiene otra forma de salvaguardia judicial, puesto que, aparte de esos restringidos eventos, no se aviene con los preceptos superiores de autonomía, desconcentración e independencia de los administradores de justicia, la intrusión del juez constitucional en los trámites judiciales pendientes o terminados, para proferir resoluciones que interfieran, obstaculicen o modifiquen los mandatos del juez de conocimiento.

Corte Constitucional. Sentencia C 543 de 1992, mediante la cual se declararon inexequibles los arts. 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

2. En el caso examinado, se descubre un defecto de los comentados perfiles, esto es, signo de la arbitrariedad y la carencia de medios defensivos, por cuanto, según los elementos de juicio obrantes en el informativo, incluido el informe rendido para estas diligencias (fls. 4 y ss. cuad. de la Corte), la funcionaria accionada no ha permitido al accionante ser oido en el trámite de las diligencias previas para los requerimientos que actualmente se surte, lo que constituye una vulneración de los derechos del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, sin posibilidad de resguardo judicial distinto a la tutela.

En efecto, la decisión de la funcionaria accionada de no escucharlo hasta tanto no acrede el pago de los cánones de arrendamiento que se le enrostran como adeudados en la demanda de restitución, o no realice las consignaciones a órdenes del juzgado, en la forma prevista por el artículo 424, parágrafo 2, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil, no se muestra razonable, en la medida en que dicha consecuencia desfavorable, que por su carácter excepcional requiere de una interpretación estricta

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992, mediante la cual se declararon inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

la, únicamente puede tener aplicación a partir de la contestación de la demanda en este caso concreto, y no solo porque dicha preceptiva hace parte de la regulación de la etapa procesal de la litiscontestación, como se deduce del mismo subtítulo, sino también porque en el evento de marras el diligenciamiento previo apunta hacia la constitución en mora del demandado a términos del art. 2035 del Código Civil, que es precisamente la causal de restitución, de suerte que no resulta legítimo exigirle a dicho interesado que consigne o acredite el pago para poder ser oido en esa etapa previa, antes de estar constituido en mora.

Por supuesto que esa determinación causante de merma en el derecho que tiene el demandado para controvertir las medidas cautelares o las demás actuaciones, no tiene otra vía judicial para ser corregida, ya que la misma implica un claro valladar al ejercicio de tales facultades.

3. De esa manera, es ineluctable la revocatoria del fallo impugnado, y en su lugar conceder la tutela, ordenándose al juzgado accionado que en el término de cuarenta y ocho (48) horas tome las medidas pertinentes para que, dentro de la actuación judicial objeto de esta acción de tutela, escuche al accionante durante la etapa previa de los requerimientos para la constitución en mora, sin exigirle el cumplimiento de la carga procesal consagrada en el artículo 424, parágrafo 2, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil.

DECISIÓN:

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

1. Conceder la tutela de los derechos del debido proceso y el acceso a la administración de justicia a Nolar Valencia Hernández frente al Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali.

2. En consecuencia, se ordena al despacho judicial en mención que en el término de cuarenta y ocho (48) horas tome las medidas pertinentes para que, dentro de la actuación judicial objeto de esta acción de tutela, escuche al accionante durante la etapa previa de los requerimientos para la constitución en mora, sin exigirle el cumplimiento de la carga procesal consagrada en el artículo 424, parágrafo 2, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil.

Comuníquese esta decisión a los interesados mediante telegrama y remitanse los autos a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechava Simacuas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO: Alcance frente a procedimientos administrativos

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, Distrito Capital, veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref: Expediente No. 7436

Decidese por la Corte la impugnación formulada por Hector Arnulfo Urrea, contra el fallo del 23 de septiembre de 1999, proferido por la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, dentro del trámite de la acción de tutela que contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Meta, adclantara el mencionado recurrente.

ANTECEDENTES

1. Reclama el accionante la protección de sus derechos constitucionales al debido proceso y de petición los cuales considera vulnerados por la entidad accionada, con ocasión de los siguientes hechos:

2. Aseveró el actor que por desempeñarse como docente, adquirió automáticamente la condición de afiliado del Fondo Regional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Meta, habiendo solicitado de dicho Fondo, por carecer de vivienda y ser padre de familia y cabeza de hogar, el reconocimiento de cesantía parcial, petición que le fue resuelta mediante resolución 335 de octubre 27 de 1992, en la que se le reconoció un anticipo por \$1.700,000.oo., para compra de vivienda, suma esta que una vez recibida no fue invertida para el fin inicialmente solicitado, por cuanto detectó, antes de pagar, que el predio se hallaba en una zona de alto riesgo, desistiendo, por consiguiente, del negocio. De todas formas, con ese anticipo, añade, adquirió otra vivienda distinta de la descrita en la solicitud de cesantía, motivo por el cual no reintegró el valor inicialmente recibido. Posteriormente, el 15 de diciembre de 1996, elevó nueva solicitud de cesantías parciales para compra de vivienda, petición que le fue negada, so pretexto de no haber invertido adecuadamente el anticipo recibido. Y como él insistiera en su petición, el Fondo optó por aplicarle el

acuerdo reglamentario de cesantías parciales expedido el 26 de junio de 1996, el cual no se hallaba vigente en 1992, cuando solicitó el anticipo, habiéndosele impuesto como sanción, por la violación de un reglamento que entró en vigencia 4 años después, la de no poder presentar una nueva solicitud de cesantías en un plazo de 5 años, contados desde la fecha en la cual recibió el primer anticipo, esto es, a partir del 10 de diciembre de 1992.

Sin embargo, como su sanción se cumplía en diciembre de 1997, decidió insistir sobre su solicitud ya radicada en 1996, pero la respuesta fue la aplicación del aludido de 1996, no vigente en 1992, circunstancia que le vulneró el debido proceso, porque nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, toda vez que se le impuso el deber de reintegrar el valor del anticipo, lo cual implicaba doble sanción por el mismo hecho. Contra esa decisión interpuso reposición enderezada a demostrar los motivos que le habían impedido cumplir con la compra del inmueble y probando que dicho valor lo había invertido en la cuota inicial de una vivienda a CAVIVIR en la Urbanización Samán de la Rivera, de la Alcaldía de Villavicencio; empero, el recurso le fue resuelto en forma negativa.

En cumplimiento de tales determinaciones y luego de reunir el valor del anticipo, agrega, radicó una petición ante la Oficina Regional del Fondo, para que le indicara el valor a reintegrar, puesto que verbalmente se le había dicho que, de conformidad con un nuevo Acuerdo, debía ser actualizado a la fecha, petición que hasta el momento no le ha sido resuelta, quebrantándose de ese modo, el "artículo 26 de la Constitución Nacional" (sic).

3. La entidad encausada, una vez enterada de tales pedimentos, manifestó, luego de ejunciar los antecedentes relativos a las solicitudes del actor, que solamente ha cumplido las disposiciones legales que imponen sanciones por no haber invertido el anticipo de cesantías que le fue entregado en 1992, el cual no reintegró oportunamente y sobre lo cual se pronunció el Comité de Prestaciones Sociales del Magisterio, en reunión efectuada el 24 de Octubre de 1997, acta 051. Que de otra parte, en cuanto a la no contestación del derecho de petición a que se refiere el docente, a éste se le comunicó en forma verbal que se había pedido concepto al Ministerio de Educación y a la Fiduciaria la Previsora para resolver su petición, los cuales apenas llegaron. Que, en síntesis, una vez el accionante efectuó el reintegro de los dineros, se resolvería el reconocimiento de la solicitud efectuada por el docente.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

1.- El Tribunal decidió amparar el derecho de petición del reclamante, el cual consideró vulnerado en cuanto no se le respondió su solicitud del

14 de julio de 1999, por medio de la cual pidió la fijación del valor que debía reintegrar, ordenando, subsiguienteamente, que el Fondo contestara en el término de 2 días tal pedimento. En lo relativo a las demás peticiones del actor decidió denegarlas.

2. Dijo, para apuntalar esas determinaciones, que el accionante hizo consistir la vulneración al debido proceso en que la encartada le aplicó unas sanciones que no existían en 1992, cuando recibió el anticipo de cesantías parciales para comprar vivienda, tales como la de no poder presentar una nueva solicitud en un plazo de cinco años, y la de exigirle el reintegro del anticipo que no utilizó. Sin embargo, con relación a la primera, precisó el fallador que, sin entrar a determinar si esa sanción era aplicable en este caso, y aún de no serlo, lo cierto era que ella se cumplió en diciembre de 1997, siendo, pues, un hecho consumado, que hace improcedente la tutela, conforme al numeral 4º del artículo 6º del decreto 2591 de 1991.

Y respecto de la segunda, o sea, la exigencia de devolver el anticipo que le fuera entregado en 1992 y que no utilizó por no haberse llevado a cabo el negocio, acotó el Tribunal que esa condición está prevista, también, en el Acuerdo de Reglamentación de Cesantías del 11 de Enero de 1995, y fue la base que tuvo el FONDO para dictar Resolución 4324 del 6 de julio de 1998, por medio de la cual se le negó el reconocimiento de la cesantía parcial solicitado en Noviembre de 1996, hasta tanto no cumpliera con ese requisito. Pero al ser recurrida tal resolución en reposición por el docente y al haber sido confirmada mediante la Resolución 4461 del 20 de noviembre de 1998, se agotó la vía gubernativa, según allí mismo se expresa. Es claro, en consecuencia, que si la tutela, como se ha dicho tantas veces y así lo dispone el numeral 1º del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, no procede cuando existen otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el actor tenía entonces la vía expedita para demandar ese acto administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa, "... por lo cual, sin entrar tampoco a determinar si esa sanción le podía ser aplicable al petente, como requisito para reconocerle nuevas cesantías, tal acontecer hacia también improcedente la tutela por el mismo motivo..."..., máxime cuando, por lo demás, no se observa que exista un perjuicio irremediable que haga viable la tutela como mecanismo transitorio, pues no se dan los requisitos para ello y, además, el accionante ha expresado que con el anticipo que recibió de su cesantía en 1992, canceló, posteriormente, la cuota inicial para una vivienda en la Urbanización Samán de la Rivera.

3.- En cuanto a la violación del derecho de petición derivado de que al reclamante no se le respondió el escrito de julio 14 del presente año, por medio del cual solicitó que se le precisara el valor a reintegrar, en pesos actualizados, para poder presentar una nueva petición de cesantías parcia-

les, encontró el Tribunal que si esa petición se hizo por escrito, también debió contestarse por escrito, y no simplemente informarle al peticionario que se habían hecho las consultas con el Ministerio de Educación y la Previsora en Bogotá. Considerando, pues, la fecha de la petición sin que se hubiese respondido, y habida cuenta que, según el mismo Fondo, el Ministerio de Educación y la previsora se pronunciaron al respecto, es pertinente conceder la tutela por ese derecho de petición reclamado, y ordenarle a la entidad encartada que por escrito y en el término de dos días conteste la petición formulada por el accionante.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante, una vez enterado de la anterior decisión la impugnó aduciendo que en 1992, cuando reclamó y recibió por primera vez el anticipo de cesantía, no existía ningún régimen disciplinario en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, por ende, no existía ninguna sanción por no invertir debidamente el anticipo desembolsado. Ese reglamento solamente fue expedido en 26 de junio de 1996, de modo que ese comportamiento era, para 1992, atípico e irrelevante, no siendo posible que le apliquen una sanción por entonces inexistente. Añade que, conforme al régimen disciplinario vigente en 1992 y con la ley 200 de 1995, el término de caducidad de la acción disciplinaria es de 5 años; luego, desde cuando se entregó el anticipo hasta el 28 de noviembre de 1998, transcurrieron más de 5 años, habiendo caducado la oportunidad de investigar la falta.

El fallador, prosigue, no entró a examinar si era pertinente aplicarle retroactivamente un reglamento disciplinario no vigente en 1992, contrariándose de ese modo el principio que impide ser juzgado con leyes distintas a las preexistentes a la época del hecho. En todo caso, no reparó el Tribunal que en su caso sí se aplica la parte final del numeral 4º del artículo 6º del decreto 2591, toda vez que la violación de su derecho de petición continúa al ordenársele reintegrar una suma impagable de \$5.477.912. Además, el Fondo, para cumplir la sentencia del Tribunal, no podía responder de cualquier modo, sino de manera que resolviera de modo integral su reclamación.

Así mismo, se le está pidiendo lo imposible al exigirselo que debió acudir a la acción contenciosa administrativa porque carece de recursos económicos para atender esa gestión, amén que ya transcurrieron más de 4 meses, circunstancia que le impide hacer uso de esa posibilidad. Con la determinación del Fondo se encuentra, entonces, condenada a no poder solicitar cesantías parciales, toda vez que no puede reintegrar la suma que se le ordena.

Cita, en seguida, una jurisprudencia de la Corte Constitucional para puntualizar que el Fondo incurrió en una vía de hecho, dada la arbitrarie-

dad de su decisión, la cual está fundada en normas inaplicables en este caso, reclinación que reitera permanentemente en su impugnación.

Pretende, en fin, con el recurso, que se le amparen adecuadamente sus derechos de petición y al debido proceso, toda vez que la decisión opugnada no tuteló integralmente sus derechos.

CONSIDERACIONES

I. Débese puntualizar, en primer lugar, que el impugnante, no obstante haber salido parcialmente victorioso en primera instancia, reclama la modificación del fallo cuestionado con miras a que se ampare su derecho al debido proceso que considera menoscabado con el contenido material de las decisiones del Fondo encausado. Al respecto, se tiene:

No cabe duda de que el cabal desenvolvimiento de las diversas funciones del Estado presupone la existencia de una serie de actos coordinados entre sí por el efecto jurídico que éste pretende alcanzar, de modo que cuando legisla, administra o juzga, lo hace a través de un procedimiento caracterizado por la vinculación de los diversos actos, que se suceden los unos a los otros, a la consecución de un determinado fin. Surgen, entonces, los procedimientos legislativos, administrativos y judiciales. Con todo, debiese acotar que proceso y procedimiento no son conceptos similares, pues mientras el primero tiene por objeto la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo, el segundo, es decir, el procedimiento, obedece a un criterio eminentemente formalista que aparta una sucesión de actos encaminados, simplemente, a la obtención de un acto. Puede decirse, en fin, que la distinción estriba en que mientras en el proceso judicial la actividad del Estado se encamina a la recta administración de justicia mediante la aplicación de la ley, en el procedimiento, con la consecución del acto perseguido se garantiza, en últimas, el interés general o el bien común. Así las cosas, en el proceso judicial la actuación se desenvuelve ante un tercero independiente e imparcial, el juez, quien se encuentra por encima de las partes y culmina, por regla general, con una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, mientras que en el procedimiento administrativo a esa sucesión de actos coordinados pone punto final un acto administrativo, es decir, en una decisión de autoridad administrativa que no tiene fuerza de cosa juzgada.

No obstante, frente al artículo 29 de la Constitución Nacional, una y otra actividad deben someterse al debido proceso, entendiendo, claro está, la variación que en cada caso surge de su aplicación. Tratándose de la obtención de los actos administrativos es menester que tanto los individuos como la administración se sujeten al procedimiento establecido en la ley o en los reglamentos respectivos, el cual debe contar con un mínimo de garantías cuyo cumplimiento comprende, a la postre, el "devido proceso" en ese caso, esto es, el sometimiento del trámite administrativo al conjunto de secuencias previstas en el ordenamiento y que se le imponen

a la administración para la validez de sus actuaciones y la seguridad de los administrados, y entre cuyos principios cardinales se encuentran los de la legalidad de la actuación y el derecho a ser escuchado.

2. Quiéresc destacar, entonces, que las exigencias del artículo 29 de la Carta Política se extienden por igual a los procesos judiciales como a los procedimientos y trámites administrativos, razón por la cual, el "principio de legalidad" allí enunciado abarca, por igual a uno y otros. Por consiguiente, los principios bosquejados a partir del pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII y que constituyen el fundamento insoslayable de un Estado de Derecho, tales como "*nulla poena sine criminis*", "*nullum crimen sine lege*", "*nulla culpa sine iudicio*", entre otros, comprenden toda actuación del Estado. Por consiguiente, no le es dado a los jueces, ni a las autoridades administrativas sancionar a los individuos conforme a reglas jurídicas no existentes para la época en que se cometió el hecho castigado; por supuesto que de permitirse lo contrario sería tanto como tolerar la arbitrariedad y el despotismo en el ejercicio de las funciones estatales.

3. De la misma fundamentación de las resoluciones 4324 del 6 de julio de 1998 y 4461 del 20 de noviembre de 1998, se colige que el accionante fue sancionando conforme a reglas inexistentes para la época en que cometió la supuesta infracción, con franco y ostensible quebrantamiento de lo prescrito en el reseñado precepto constitucional. Empero, no hay lugar a acceder a la tutela reclamada, primordialmente, por dos razones: de un lado, porque, como lo anotara el juzgador *a quo*, la aludida transgresión constituye un hecho consumado puesto que la sanción consistente en la prohibición de reclamar el anticipo de cesantías en un plazo no inferior a cinco años contados a partir de la fecha en que aquellas fueron reclamadas, es decir, en diciembre de 1992, ya se cumplió.

Y de otro lado, porque, el accionante, por razones exclusivamente imputables a él, como así lo advirtió en el escrito genitor de este trámite, se ha abstenido de ejercer las acciones contenciosas previstas por la ley, concretamente, por haber dejado de demandar, ante la autoridad competente, la supuesta ilegalidad de la resolución 4324 del 6 de julio de 1998, que aquí enjuicia, y por medio de la cual le fue denegado el anticipo de cesantía reclamado, omisión que ocuye definitivamente la procedencia de la presente acción de tutela. En efecto, con relación a este último aspecto, débese recordar que el control de legalidad de los actos administrativos se cumple en dos planos bien distintos, aunque intimamente ligados entre si, desde luego que el adecuado ejercicio de uno presupone el agotamiento del otro. Trátase, el primero, como es sabido, del control "gubernativo", por medio del cual compete a la misma administración, a través de los recursos de la llamada vía gubernativa, controlar la legalidad de sus propias determinaciones. Agotada esta etapa, surge para el administrado, ahf si, la posibilidad de impugnar ante los jueces competentes de la jurisdicción la legalidad de la actuación administrativa.

Desde ese punto de vista, tornase imperativo acotar que no es posible pretender a través de la acción de tutela plantear de manera alternativa las cuestiones cuyo conocimiento ha sido confiado a las autoridades competentes, y por los trámites judiciales previstos en el ordenamiento, puesto que, dado el carácter residual y eminentemente cautelar del aludido amparo constitucional, el mismo no puede concebirse como un instrumento idóneo para interferir la actividad de los jueces legalmente competentes, ni está puesto a disposición de los interesados para modificar, a su antojo, las atribuciones de los distintos funcionarios jurisdiccionales, ni mucho menos como una vía substitutiva de los trámites judiciales, pues de ser entendida de ese modo, causaría graves trastornos en el ordenamiento jurídico que, lejos de respetar la Constitución, incuestionaría las más elementales garantías de seguridad y justicia que ella misma consagra.

4. Ahora, si el objeto de la impugnación estribase en la inconformidad del recurrente respecto del monto que se le ordenó reintegrar mediante el oficio 852 del 27 de septiembre del año en curso, y por medio del cual acató la entidad encausada la orden del Juzgador de primer grado pues debe interponer el afectado, previo agotamiento de las previsiones del artículo 47 del C.C.A., o, en su caso, en las condiciones del artículo 48 del mismo texto, los recursos a que haya lugar contra tal acto administrativo, cuya legalidad aquí, no sin fundamento, se cuestiona. Ello, justamente por lo anteriormente anota, esto es, que la acción de tutela es un mecanismo estrictamente residual y cautelar que no puede verse como un medio alternativo o sustitutivo de los instrumentos idóneos establecidos en la ley. En este caso, los recursos de la vía gubernativa contra esa determinación constituyen una vía expedita y sencilla para obtener el amparo de sus derechos constitucionales.

DECISIÓN:

En armonía con 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 en lo pertinente, el fallo del 23 de septiembre de 1999, proferido por la Sala Civil - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, dentro del trámite de la acción de tutela que contra el Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio Del Meta, adelantara Héctor Arnulfo Uribe.

Segundo.- Comuníquese lo resuelto a los interesados y envíese a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Juramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR AUTISTA: No son de recibo para negar la atención al menor los argumentos de edad máxima de ingreso establecida en el reglamento de la Fundación, ni los antecedentes de conducta del menor / **TRATAMIENTO MEDICO:** no es posible discutir mediante tutela los procedimientos médicos que deben dispensarse a un paciente.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Ref: Expediente No. T- 7438

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia del veintiuno (21) de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso de tutela promovido por Paulina Mozo Gallego contra la Fundación Fray Martín.

ANTECEDENTES

1.- Paulina Mozo Gallego, obrando en representación de su menor hijo Diego Calle Mozo instauró acción de tutela para que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la Igualdad, libre desarrollo de la personalidad, de los niños, salud, etc. se ordene a la Fundación accionada lo reciba para su tratamiento o manejo con la asesoría de la Facultad de Medicina, Departamento de Terapia de la Universidad Nacional, bajo la dirección del Seguro Social "a fin de complementar los vacíos a que haya lugar para garantizar una terapia sensorial con los elementos apropiados para apoyar al niño a fin de que no sea rotulado con patologías adicionales, sino por el contrario le ayuden a mejorar su situación".

2.- En apoyo de su petición expuso los hechos que se comprendían a continuación:

2.1. Mediante oficio del 3 de septiembre de 1999, la Directora de la Clínica del Niño informó al Jefe del Departamento del Instituto del Seguro

Social que el menor mencionado había sido evaluado por el equipo de salud mental de esa institución, el cual conceptuó que debía continuar su manejo en la Fundación Fray Martín. Con apoyo en dicho oficio el Jefe de Contratación del ISS autorizó la remisión para el tratamiento integral de autismo, autorización que no fue atendida por la accionada su prelexio de la edad del niño y porque no contaban con el terapeuta que lo atendiera.

2.2. La Fundación accionada es la única que tiene contrato con el Seguro para el manejo de niños autistas de forma ambulatoria con programa diurno, lo que significa que los profesionales que allí laboran deben conocer el manejo de las patologías para lo cual fueron contratados.

3. Entrada la Fundación Fray Martín de la acción impetrada en su contra, por intermedio de apoderado judicial respondió la tutela, haciendo un recuento sobre el caso del menor Diego Calle por esa Institución, para luego argumentar que la decisión en cuestión obedece a que dicho menor requiere de un tratamiento especial que esa Fundación no está en condiciones de suministrárselo. Además alega, que la edad cronológica de Diego Calle y las crisis agresivas y destructivas que a veces sufre, ponen en peligro la integridad de los otros niños, los cuales no superan los diez años de edad.

De otra parte, alegó, que la Directora de la Fundación le ofreció a la tía de Diego que estaba dispuesta a ayudarle mediante un plan casero de visitas domiciliarias y asesorías terapéuticas bajo la supervisión de un médico siquiatra o neurólogo contratado por la familia, y que la autorización del Seguro no es una orden puesto que la Fundación tiene un reglamento y unas políticas que debe cumplir.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal denegó el amparo deprecado toda vez que consideró satisfactorias las explicaciones rendidas por la Fundación accionada para justificar la adopción de la decisión en cuestión. Seguidamente concluyó, que estando la interesada afiliada al Instituto de Seguro Social debía éste entrar a solucionarle el problema al menor remitiéndolo a la entidad que pudiera otorgarle el tratamiento o tomarlo las medidas que estimase convenientes con ese fin; consecuentemente dispuso oficialmente para que interviera en el presente "asunto, tomando las medidas necesarias para brindar al menor Diego Calle Mazo, el tratamiento que requiere".

LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad legal la Gerente del ISS impugnó la anterior decisión, planteando en primer lugar la nulidad de la acción, toda vez que esa E.P.S. no había sido vinculada a la misma, motivo por el cual alegó que se le violó el derecho fundamental del debido proceso y de defensa.

De otra parte manifestó, que al paciente en mención se le había brindado por parte de esa E.P.S. la atención que un especialista conceptuó requería, motivo por el cual el 1º. de septiembre del año en curso se remitió a la Fundación Fray Martín para la atención integral de su caso.

A su turno la accionante también impugnó la decisión del Tribunal, aduciendo que: *"Dadas las condicioneis del perfil que ha tomado la tutela solicito dictamen médico legal de un perito especializado en el tema, del Instituto de Medicina Legal a fin de establecer en forma erudita el síndrome del menor y su manejo"*. Seguidamente agregó que reiteraba la petición de tutela en los términos iniciales de la misma.

CONSIDERACIONES

1. La causa que originó la solicitud de tutela dólica de la negativa de la Fundación Fray Martín a recibir al menor Diego Calle Mozo, quien sufre de autismo, en esa Institución, no obstante que en su condición de beneficiario del Instituto del Seguro Social, fue evaluado por el Equipo de Salud Mental de la Clínica del Niño, quien conceptuó que el paciente debía continuar su manejo en la Fundación accionada; concepto mereced al cual la EPS mencionada emitió la respectiva autorización el 1º. de septiembre (fls. 7 y 8. c. 1).

2. Con la presente acción se pretende que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, de los niños, salud, etc. se ordene a la Fundación accionada admite a Diego Calle para su tratamiento o manejo con la asesoría de la Facultad de Medicina, Departamento de Terapia de la Universidad Nacional, bajo la dirección del Seguro Social "a fin de complementar los vacíos a que haya lugar para garantizar una terapia sensorial con los elementos apropiados para apoyar al niño a fin de que no sea rotulado con patologías adicionales, sino por el contrario le ayuden a mejorar su situación".

3. En virtud del artículo 44 de la Constitución Política son derechos fundamentales de los niños: *"la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...), el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...). Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia"*.

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...)", los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

4. El artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre

de 1989¹, reconoce al niño impedido física o mentalmente su derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que le aseguren dignidad y lo preparen para llegar a bastarse así mismo y participar activamente en la comunidad.

Consecuentemente le reconoce el derecho a recibir cuidados especiales, para lo cual los estados partes se comprometieron a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas.

5. Examinado el caso concreto a la luz de los someros conceptos anotados, estima la Corte que la decisión que adoptó el *a quo* en relación con la Fundación accionada fue desacertada, habida cuenta que las razones aducidas para la no aceptación del menor en cuyo nombre se impetró la tutela, no pueden ser de recibo, porque si bien es cierto algunos comportamientos del menor pueden resultar inconvenientes para los demás compañeros o empleados de la Institución, no se puede perder de vista que los mismos tienen su causa precisamente en la enfermedad que aquél padece, los cuales deben ser susceptibles de manejo o control por parte de la accionada por intermedio de personal especializado, pues no de otra manera se explica que tenga suscrito un contrato con la EPS del ISS, precisamente para el manejo de niños autistas.

En relación con el argumento de la edad del menor, la cual supera, según se dice, la de los niños que atiende la Fundación, lo cierto es que tal circunstancia no fue acreditada por ésta. Además, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, pues los niños se encuentran dentro del grupo de personas que requiere una especial protección del Estado, porque por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, lo que hace que prevalezca el ordenamiento constitucional sobre el simplemente legal y, más aún, sobre disposiciones de carácter reglamentario²; dicho en otras palabras, aceptando en gracia de discusión, que existe una norma que limita los servicios de la Fundación para los niños hasta los diez años de edad, la misma no sería válida desde la perspectiva constitucional, lo que implica su inaplicabilidad, mas, se reitera, si se tiene en cuenta que la entidad accionada voluntariamente contrató con el ISS la atención de niños autistas, se supone por contar con elementos físicos y personales que garanticen un tratamiento adecuado y eficiente, no solo para la persona del menor comprometido en la acción de tutela, sino en relación con los demás niños que allí son atendidos, a quienes, desde luego, la institución debe ofrecer garantías de seguridad.

¹ Aprobada por la ley 12 de 1991.

² Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-640 de 1º. de diciembre de 1997.

Con todo, no se puede acceder a la tutela en la forma que pretende la accionante, puesto que como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, no es factible mediante tutela discutir los procedimientos médicos que deban dispensarse, porque ello significaría invadir los criterios del cuerpo médico y científico tratante³.

6. En virtud de lo discurrido se revocará la decisión del *a quo*, y en su lugar se ordenará a la Fundación accionada que proceda a aceptar en su programa al niño Diego Calle; decisión en virtud de la cual resulta innecesario el análisis de la impugnación formulada por el Instituto de Seguro Social, quien de todas maneras debe velar porque la atención al menor se cumpla no solo con respeto de las cláusulas contractuales que rigen la relación con la entidad accionada, sino fundamentalmente con respeto de la dignidad del citado niño, a quien consecuentemente se le debe prodigar el tratamiento que científicamente resulte más idóneo, según diagnóstico de especialistas.

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:

Primer: REVOCAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada, para en su lugar amparar los derechos del niño Diego Calle Mozo frente a la Fundación Fray Martín. Consecuentemente se le ordena a ésta que en el término de 48 horas, contado a partir del momento en que tenga conocimiento de esta decisión admita en su programa al menor mencionado y le ofrezca el tratamiento que los especialistas de la entidad consideren como adecuado.

Por la Secretaría de la Sala ofícese a la accionada y al Instituto de Seguro Social, remitiéndoles copia de esta decisión.

Segundo: 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 (en permiso). Manuel Ardila Velásquez. Nicolás Bechara Simariacas. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. José Fernando Ramírez Gómez. Jorge Santos Ballesteros. Silvio Fernando Trejos Bueno.

³ Cf. Sentencia de 11 de diciembre de 1998, Exp. No. 5655.

TRATAMIENTO MEDICO: Necesidad de garantizar efectivamente la protección del derecho a la vida y a la salud del paciente. / **EPS:** improcedencia de la tutela para obtener el reembolso a pacientes

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Ref: Expediente No. T- 7456

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia del veinte (20) de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Familia, dentro del proceso de tutela promovido por Luz Angélica Alarcón Viales contra el Instituto de Seguro Social.

ANTECEDENTES

1.- Luz Angelica Alarcon Viales, obrando en representación de su menor hija Angela María Diaz Alarcón, instauró acción de tutela para que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, igualdad, del niño, seguridad social y salud, se ordene al Instituto accionado que proceda a contratar los servicios de un cardiólogo cirujano o del profesional que requiera la atención, tratamiento y cirugía de la menor y que le reintegre los gastos que tuvo que sufragar por la falta de atención de la niña.

2.- En apoyo de su petición expuso los hechos que se comprendían a continuación:

2.1. Angela María Diaz Alarcón nació el 7 de octubre de 1998 con una delicada afección cardiaca que exigió inmediata valoración, control, tratamiento y/o intervención quirúrgica, como consta en la historia clínica. Como consecuencia de ello el 5 de enero del año en curso el doctor Juan A. Ruiz dictaminó "Trauma Soplito" ordenando su inmediata remisión a un especialista para valoración y control cardiológico.

2.2. No obstante haber solicitado reiteradamente en la sede del Seguro Social en Purificación (Tolima) la cita con el especialista, dicha petición no fue resuelta, por lo que se vio obligada junto con su esposo a obtener un empréstito para acudir de inmediato ante un especialista particular y fue así como el 5 de mayo contrataron los servicios del doctor Carlos Eduardo Cepeda Garzón, quién de inmediato ordenó que se le tomara un ecocardiograma Doppler, el cual se realizó en la Clínica Tolima el 25 del mismo mes; luego de lo cual dictaminó que Angela María registraba aumento en el ventrículo derecho de su corazón con signos de sobrecarga de presión.

2.3. Ante el "alarmante diagnóstico", y por sugerencia del doctor Juan Carlos Niño, el 10 de junio llevaron a la niña a la Fundación Cardioinfantil con el fin de que se le realizaran los exámenes y valoraciones pertinentes. Los especialistas de dicha entidad diagnosticaron: "valoración cardiológica integral para definir conducta a seguir. Según evolución definir el momento más adecuado para valvuloplastia pulmonar. Debe recibir profilaxis antiendocarditis bacteriana" (resalta la accionante).

2.4. Ante la mala situación económica que afronta la familia, el 12 de Julio se vieron precisados a volver a recurrir al Seguro para solicitar la atención médica requerida por la bebé, allegando los dictámenes y conceptos especializados antes referidos, sin ninguna decisión favorable hasta la fecha.

3.- Enterado el Instituto de la acción impetrada en su contra, mediante oficio No. 3430 del 13 de septiembre de 1999 informó en relación a la remisión del doctor Juan Carlos Lozano, que de inmediato se había obtenido control con el cardiólogo Juan Antonio Ruiz Smíter, para el día 21 de septiembre de 1999 a las 7 a.m. y que con fundamento en su concepto se establecería la conducta a seguir y si era propicia la oportunidad requerida para la corrección quirúrgica.

En relación a la solicitud de reintegro de los costos asumidos por la familia de la menor con ocasión de la atención de su enfermedad, anotó, que a la fecha la accionante no había presentado ninguna petición al respecto, amén de advertir que dicha solicitud no era procedente al tenor de lo dispuesto en el artículo 126 del Acuerdo 209 de 1999 del Seguro Social.

Para finalizar acotó, que el Seguro Social en el Tolima no cuenta con la tecnología ni el recurso humano de profesionales especializados en cirugía cardiovascular, por lo cual se tramitó una remisión al centro especializado en la materia, habiéndose obtenido cita para la menor mencionada, para el día 26 de octubre a las 3:20 p.m. en el consultorio 206 con el doctor Meza en el Centro de Atención Ambulatorio Modelo Norte en Santa Fe de Bogotá, debiendo presentarse la accionante a la Oficina de Remisiones en el 2º piso para recibir información sobre el trámite respectivo.

Con apoyo en lo anotado solicitó la suspensión de la acción, alegando que habían desaparecido las causas generadoras de la misma, (fls. 39 al 40, c.1).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal denegó el amparo deprecado toda vez que consideró que el fin perseguido con la acción se había logrado ante el hecho de haberse obtenido de inmediato y para un corto plazo la cita con el especialista que requería la enfermedad de la menor.

Al respecto fueron sus argumentos:

"...si bien es cierto le estaban violando derechos fundamentales a la menor, éstos quedaron satisfechos como quedó atrás reseñado, es decir, la violación que pudo existir quedó superada con la actuación del ente demandado".

Sin embargo, advirtió a la E.P.S. accionada que debía continuar prestando la atención que requería Angela María para recuperar su salud, otorgándole el tratamiento adecuado, controles y demás servicios especializados de forma inmediata y una vez lo solicite.

LA IMPUGNACION

En la oportunidad legal la accionante impugnó la anterior decisión alegando que el Tribunal desconoció "de manera olímpica", la obligación de proferir sentencias de acuerdo a los mandatos de la ley, ya que su decisión se sustentó "en supuestos ofrecimientos de corregir la conducta omisiva y sin que exista seguridad alguna de que el demandado cumpla o se vea compelido a cumplir dichas promesas".

También alega, que no obstante haber encontrado demostrada la actitud omisiva del accionado, al igual que el inminente riesgo o peligro que amenaza a la menor, el Tribunal legitimó las consideraciones y falsas promesas del ente demandado, "dando mayor validez a éstas que a las mismas piezas probatorias, con las cuales se prueba que durante más de once (11) meses se me ha venido haciendo las mismas, sin llegar a cumplir nunca lo ofrecido y dilatando de manera injustificada la atención médica que se le debe a mi hija" de lo cual es prueba que no se le hubiese comunicado la cita con el cardiólogo que estaba señalada para el 21 de septiembre, "lo cual demuestra que el ente demandado ha manipulado la decisión del Tribunal mediante una falsa información, por lo que me veo en la necesidad de deprecarle a la Honorable Corte Constitucional que al resolver esta impugnación se sirva revocar de plano la decisión del a quo y proceda a tutelar los derechos de mi bebé.

"De igual manera considero de suma importancia informar a la Honorable Corte, que sólo hasta el día deayer se me comunicó por parte de una

funcionaria del Instituto de los Seguros Sociales, quién manifestó llamarse Martha Romelia, que el Instituto había obtenido una cita para mi hija, con un especialista en Bogotá, para el día 26 de octubre de 1999, pero que debía presentarme con 8 días de anticipación a dicha fecha, para confirmar si se atendía a mí bebita el referido día; lo anterior me dejó en las mismas circunstancias de angustia e incertidumbre que he venido soportando desde el mismo día en que di luz a mi nena...".

CONSIDERACIONES

1. La causa que originó la solicitud de tutela dirmana de la falta de otorgamiento por parte de la EPS accionada de la atención especializada que requiere la infanta Angéla María Díaz Alarcón, en virtud de la enfermedad cardiaca con la que nació.
2. Con la presente acción se pretende que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, igualdad, del niño, seguridad social y salud, se ordene al Instituto accionado que proceda a contratar los servicios de un cardiólogo cirujano o del profesional que requiera la atención, tratamiento y cirugía de la menor y el reembolso de los gastos que tuvieron que sufragar los padres de la menor en consultas con especialistas particulares.

3. Como quiera que el accionado informara en su respuesta que de inmediato se había obtenido control con el cardiólogo Juan Antonio Ruiz Smiter, para el día 21 de septiembre de 1999 a las 7 a.m. y que con fundamento en su concepto se establecería la conducta a seguir y si era propicia la oportunidad requerida para la corrección quirúrgica, amén de haberse tramitado una remisión a un centro especializado en cirugía cardiovascular, estando señalada la cita para la atención de la menor en cuyo nombre se impetró la tutela, para el día 26 de octubre a las 3:20 p.m. en el consultorio 206 con el doctor Meza en el Centro de Atención Ambulatorio Modelo Norte en Santafé de Bogotá; el Tribunal consideró, que el amparo debía denegarse porque se encontraba ante un hecho superado, pues el fin perseguido con la acción se había logrado ante el hecho de haberse obtenido de inmediato y para un corto plazo la cita con el especialista que requería la enfermedad de la infanta, sin embargo, advirtió a la E.P.S. accionada que debía continuar prestando la atención que requería la menor para recuperar su salud, otorgándole el tratamiento adecuado, controles y demás servicios especializados de forma inmediata y una vez lo solicite.

4. La accionante se encuentra inconforme con la anterior decisión, pues considera que ella se funda en falsas promesas del accionado y que ha quedado en las mismas circunstancias de angustia e incertidumbre que ha venido soportando desde el mismo día en que dio a luz a Angéla María.

5. En virtud del artículo 44 de la Constitución Política son derechos fundamentales de los niños: "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...), el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...). Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia".

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...)", derechos que prevalecen sobre los derechos de los demás.

6. En el caso concreto está demostrado, que no obstante que desde el 5 de enero del año en curso se le diagnosticó una delicada enfermedad cardíaca a la menor en cuyo nombre se impetró el amparo, disponiéndose su remisión al especialista respectivo (fis. 9 al 12, c.1), solamente con ocasión de la tutela la EPS accionada desplegó la actividad correspondiente para prestar los servicios que requiere la salud de Angela María.

De modo que, como la conducta negligente asumida por la EPS accionada frente al delicado estado de salud de la menor está más que demostrada, tal situación permite inferir que la misma no es fórmula de garantía para la salvaguardia de la vida de Angela María, máxime cuando sin mayor esfuerzo se puede colegir que es probable que la enfermedad que padece requiera de un tratamiento prolongado y oportuno, el cual por los antecedentes que originaron la solicitud de tutela no queda asegurado con el otorgamiento de dos citas, se revocará la decisión adoptada por el Tribunal al respecto, para en su lugar conceder el amparo deprecado.

7. En cuanto a las sumas de dinero que se reclaman mediante esta vía, tal asunto no es susceptible de dirimirse ante el juez constitucional pues para ello está instituida la justicia civil ordinaria, a la cual puede acudir la accionante si considera que la E. P. S. accionada debe reembolsarlas en virtud del contrato de prestación de servicios de salud que entre ellas existe, situación que está contemplada como causal de improcedencia en el numeral 1º, del artículo 6º, del Decreto 2591 de 1991.

8. En virtud de lo discurrido se impone la revocatoria de la decisión del *a quo*.

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,

RESUMEN:

Primer: REVOCAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada, para en su lugar amparar el derecho a la vida de la infanta Angela María Díaz Alarcón.

Consecuentemente se ordena al Instituto de Seguro Social Seccional Tolima, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) debe prestar a la beneficiaria mencionada todos los servicios que requiera la recuperación de su salud, los cuales se deben otorgar de manera oportuna y por el término que sea necesario. Por la Secretaría de la Sala ofíciase al accionado, remitiéndole copia de esta decisión.

Segundo: 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 (en permiso), Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Buero.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA CONTRA EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS: la entidad administradora del inmueble no es la titular de los derechos fundamentales que reclama, los intereses subjetivos que ellos protegen corresponden a los deudores de la obligación cuya solución se persigue.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Referencia: Expediente No. 7508

Decide la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, la impugnación formulada por la entidad accionante contra el fallo del 27 de septiembre de 1999, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, dentro de la Acción de Tutela promovida por la Sociedad Valores y Arriendos Ltda. "Valar", contra la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. ESP.

ANTECEDENTES

La sociedad Valores y Arriendos Ltda. "Valar", por conducto de su representante legal y asistida de apoderado judicial, solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, la protección transitoria de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, los cuales considera vulnerados por la entidad accionada con ocasión de los hechos que narró y se comprendían así:

1. Es administradora y arrendadora del inmueble situado en la calle 84 No. 43B-41 de la ciudad de Barranquilla, inicialmente arrendado a Ricardo José Escalante Awad y otros, mediante contrato suscrito el 12 de octubre de 1990.
2. Pese a haber comunicado a la entidad accionada que los arrendatarios debían cancelar el valor de los servicios públicos y que de sustraerse

al cumplimiento de tal obligación debía suspenderse la prestación de los mismos, aquella no asumió la conducta prevista en la Ley 142 de 1994, permitiendo que la deuda por tal concepto ascendiera a la suma de \$2.191.423,00, como consta en la factura del 30 de agosto de 1999 que se acompaña.

3. Como la accionada eludió el cumplimiento de los deberes impuestos en dicha normatividad, carece del derecho para cobrar la deuda acumulada por su conducta omisiva, la cual debe ser trasladada a los inmuebles de propiedad de los arrendatarios, como se le ha venido proponiendo.

4. El inmueble se encuentra completamente desocupado, pese a lo cual siguen recibiéndose facturas de cobro por un servicio que no se está utilizando.

Con fundamento en lo expuesto solicitó ordenar a la accionada proceder a reliquidar la deuda pendiente, para cobrar exclusivamente los valores correspondientes a los tres primeros períodos de facturación, pues los restantes son de su cargo, por no haber cortado el servicio como lo ordena la ley.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de compendiar la argumentación factua expuesta en el libelo de tutela y previas algunas consideraciones en torno al derecho al debido proceso y a los servicios públicos domiciliarios, particularmente el de acueducto, también llamado de agua potable, precisa el tribunal que en el presente asunto se suscita un conflicto entre el peticionario y la entidad prestataria del servicio público domiciliario antes mencionado, debido a que ésta exige el pago total de la suma facturada por la prestación del mismo y la accionante considera no estar obligada a ello, porque la accionada permitió la acumulación de la deuda al no haber cortado el servicio luego de transcurrir tres meses sin que el usuario efectuase el pago de los valores facturados.

Refiere lo informado por la entidad accionada en torno a los hechos que motivan la presente acción y destaca que la peticionaria formuló la misma solicitud elevada en el libelo de tutela, a la entidad accionada, quien la negó en pronunciamiento fechado el 27 de enero del año en curso, contra el cual interpuso los recursos de reposición y de apelación, el primero de los cuales fue resuelto desfavorablemente, mientras que el segundo se encuentra pendiente de decisión.

Con fundamento en lo anterior deduce que la accionada no ha incurrido en conducta de la cual devenga el menoscabo de los derechos del accionante, por cuanto suspendió el servicio prestado por falta de pago del mismo, de conformidad con la Ley 42 de 1994, lo reinstaló al efectuar-

se un abono y luego lo volvió a suspender, por cesarse nuevamente su pago.

Adicionalmente estima que carece de competencia para dilucidar el conflicto originado, porque la inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de los servicios referenciados está asignada por ley a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad que debe decidir lo que corresponda al resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionante.

Recuerda que la acción de tutela resulta improcedente cuando el afectado cuenta con otros recursos de naturaleza judicial para la defensa de sus derechos, a menos que se proponga como mecanismo transitorio, señalando las condiciones que deberán concurrir para que resulte expedita en esta modalidad, advirtiendo que en el asunto bajo examen no se tipifica una situación de inminencia que justifique dispensar una protección transitoria, pues la peticionaria tiene a su alcance "mecanismos judiciales más idóneos y expeditos, para lograr lo que se propone con la presente acción. (...) por cuanto la tutela no tiene la virtualidad para declarar derechos litigiosos, por tanto debe plantearse ante las autoridades o jueces ordinarios competentes para ello, como ya se anotó".

Con fundamento en las precedentes consideraciones niega la tutela pedida.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión tomada, la accionante la impugnó expresando que el Tribunal dio un enfoque equivocado a sus pretensiones, pues "... de lo que se trata es que la TRIPLE A sea la responsable del saldo que supere las tres facturas iniciales y se exonere a mi mandante del pago de este, limitándose exclusivamente al pago de las tres facturas iniciales".

Agrega que los mecanismos de defensa a los cuales alude el Tribunal no garantizan el resarcimiento de los perjuicios Irrrogados, ni la cesación del quebranto de sus derechos.

CONSIDERACIONES

1. La transgresión de los derechos fundamentales cuya protección solicita la entidad accionante, tiene su causa en el cobro del valor de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, prestados por la entidad accionada en el inmueble ubicado en la calle 84 No. 43B-41 de la ciudad de Barranquilla, pues a su juicio, dicha entidad carece del derecho para exigir el pago de los que se hubieren prestado luego de tres meses de no cancelarse por el usuario el valor correspondiente, ya que a partir de tal momento debía proceder a cortarlos, de conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994 y por ende no puede hacerla responsable del pago de ellos.

2. Por mandato del art. 86 de la C.P., la acción de tutela resulta procedente frente a la acción u omisión de un particular, cuando con ella transgrede o pone en peligro derechos fundamentales de los asociados, siempre que tenga a su cargo la prestación de un servicio público, su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a él.

En el asunto *sub judice* la destinataria de la acción incoada es la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Asco de Barranquilla S.A. ESP, entidad de carácter privado, cuyo objeto principal, de acuerdo al certificado de existencia y representación legal que obra a fls. 27 a 34 del cuaderno principal, es la "... prestación de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y asco en el Área Metropolitana de Barranquilla y en cualquier parte del país", circunstancia que al tenor de la norma constitucional mencionada y del art. 42 del Decreto 2591 de 1991 que la reglamentó, la legitimación para enfrentar la acción incoada .

3. La acción de tutela es un instrumento procesal de protección de los derechos fundamentales de los asociados, por el cual se asegura su vigencia y efectividad cuando resultan vulnerados o amenazados por la conducta activa u omisiva de las autoridades, o de los particulares, en los eventos en que así lo autoriza el legislador, razón por la cual el ejercicio de dicha acción sólo puede estar encaminado a obtener la protección cierta, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas que resultan comprometidos en las circunstancias mencionadas, pues "... No puede haber amparo sin el presupuesto indispensable de algún derecho fundamental probablemente vulnerado o en peligro". (Corte Constitucional Sent. T- 453 de 5 de octubre de 1995)

En el asunto *sub judice*, se peticiona el amparo de los derechos fundamentales de la sociedad Valores y Arriendos Ltda. "Valar", administradora y arrendadora del inmueble al cual se prestaron los servicios públicos domiciliarios cuyo pago exige la entidad accionada. Sin embargo, no vislumbra la Corte que un derecho de tal estirpe, del cual sea titular la peticionaria, resulte vulnerado o amenazado por la conducta que se le imputa a la empresa accionada, en forma que justifique dispensar el amparo pedido.

En efecto, si como se afirma en el libelo de tutela, la entidad accionada no hizo uso de la prerrogativa conferida por el art. 140 de la ley 142 de 1994, de suspender los servicios públicos prestados, una vez que los usuarios de los mismos se sustrajeron al pago de tres períodos consecutivos de facturación, con el fin de resguardar sus propios derechos y los de las demás personas que pudieran verse comprometidas en esa situación, imputación cuya fidelidad en todo caso sería necesario constatar, habida cuenta que de acuerdo al art. 32 del decreto 1842 de 1991 -Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios-, dicha potestad está supeditada a que no exista reclamación o recurso inter-

puesto, lo cierto es que tal proceder redundaría en perjuicio de las personas legalmente obligadas al pago de tales servicios, que al tenor del art. 130 de la ley 142 de 1994, son el propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios de ellos, pues en ellos radica el citado texto legal, con carácter solidario. Las obligaciones y derechos derivados del contrato de servicios públicos en el cual se origina la prestación de los mismos y consecuentemente serían quienes sufrirían las consecuencias patrimoniales y personales deducidas del proceder atribuido al ente accionado, no la entidad administradora del inmueble referido, habida cuenta que no se demostró que hubiere asumido tal compromiso, ni legalmente tiene el deber de afrontarlo.

Así las cosas, como la peticionaria en la presente acción no es la titular de los derechos fundamentales individuales cuya tutela reclama, pues los intereses subjetivos que ellos protegen corresponden a los deudores de la obligación cuya solución se persigue, quienes no concurrieron al proceso de tutela ni se hicieron representar con tal fin, en la forma autorizada por el art. 10 del Decreto 2591 de 1991, en tanto que el promotor de la acción no manifestó agenciar sus derechos, resulta claro que el amparo pedido no se podía conceder, por carecer de legitimación quien lo reclamó.

Por otra parte cabe advertir que, como lo acredita la documentación visible a fls. 35 a 59 c. 1, las peticiones formuladas por la peticionaria al ente accionado han sido decididas y se les ha sometido al trámite legal pertinente y por ello no es veraz cuando le enrostro omisivo "... resolver positivamente las peticiones elevadas oportunamente, en forma objetiva y que resuelvan en el fondo del asunto en cuestión" (ll. 2).

Como corolario de lo expuesto fluye que el fallo impugnado debe confirmarse, pero por las razones precedentemente expuestas.

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 impugnada.

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.

A favor y a costa de la accionada, expidase copia del escrito contentivo de la impugnación interpuesta contra el fallo de primer grado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles (en uso de permiso), Mariuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DACION EN PAGO A ENTIDADES FINANCIERAS: La negativa del banco a aceptar la oferta de dación en pago con el argumento de estar en curso proceso ejecutivo, desconoce el artículo 3º del decreto 908 de 1999.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Ref: Expediente No. 7491

Decide la Corte la impugnación interpuesta por Lucinda Doncys Camacho contra el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, que negó la tutela interpuesta contra la Corporación Davivienda, por considerar que la demandada al no aceptar su ofrecimiento de recibirle en Dación en Pago el apartamento de su propiedad, le vulnera su derecho fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES

Como fundamento de su petición señala la demandante los siguientes hechos:

- a) Que adquirió de la Corporación mencionada un apartamento en la ciudad de Cali mediante la modalidad de sistema UPAC, cuota que ante el excesivo cobro de intereses le fue imposible de cancelar, por lo cual la Corporación le inició un proceso ejecutivo hipotecario que cursa en el Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali, donde mediante sentencia se ordenó rematar el inmueble en pública subasta, diligencia realizada el 23 de agosto de 1999.
- b) Que acogiéndose a lo señalado por el decreto 2331 de 1998 se dirigió a la entidad demandada ofreciendo su apartamento en dación en pago, obteniendo respuesta negativa, proceder que considera resulta contrario a dicho estatuto legal, por lo que se dirigió a la Superintendencia Bancaria, quien, en oficio de 19 de agosto, dio traslado de su petición a Davivienda, dejando a discreción de ésta cualquier determinación por

cuanto existe acción ejecutiva en curso, lo cual en sentir de la demandante también es vulneratorio de la norma en menención, que no excluye ningún tipo de ofrecimiento en la figura mencionada.

c) Que el 24 de agosto de 1999, un día después de la fecha señalada para el remate, la demandada le contestó que el remate se había realizado, y que el bien le había sido adjudicado, por lo que no se podía acceder a su petición de dación en pago, afirmación que no corresponde a la realidad, pues la diligencia de remate se declaró desierta por no existir postores.

Solicita ordenar a la Corporación Davivienda aceptar la dación en pago, y ordenar al Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali, la terminación del proceso hipotecario por pago de la obligación.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

Ella se da en el sentido de que el Banco ha seguido los lineamientos correctos de acuerdo con las normas establecidas en la ley y en los decretos de emergencia económica, por lo que considera que no existe vulneración alguna; indica que la interesada no elevó ante la entidad oferta directa de dación en pago, sino que tuvieron conocimiento de la misma cuando la Superintendencia Bancaria le dio traslado de la petición de la accionante, estando en curso el proceso de ejecución.

Expresa que dieron instrucciones a su apoderado dentro del ejecutivo, para solicitar de acuerdo con lo señalado en el numeral 3 del artículo 537 del Código de Procedimiento Civil la adjudicación del bien, lo que éste realizó en el término estipulado.

FALLO DEL TRIBUNAL

El amparo es denegado habida consideración de que no existe vulneración alguna del derecho constitucional al debido proceso, porque en la actualidad cursa en contra de la demandante proceso ejecutivo hipotecario que torna improcedente la aplicación de las normas contenidas en los artículos 1, 2, 3 del decreto 908 de 1999.

LA IMPLEGNACIÓN

La interesada en el presente trámite insiste en su pedimento inicial, sin traer consideraciones adicionales a las ya expresadas.

CONSIDERACIONES

1.- El quid del asunto estriba en verificar si es o no obligatorio que una entidad financiera, en cumplimiento de lo dispuesto por los decretos 2331 de 1998 y 908 de 1999, acepte en dación en pago un inmueble destinado a vivienda cuando exista de por medio un proceso ejecutivo hipotecario en

el cual se hace efectiva la deuda correspondiente; y, en caso de serlo, si la negativa de la entidad acreedora a recibirlo implica la vulneración de un derecho fundamental.

2.- A ese respecto, se observa que la normatividad expedida al efecto con ocasión de la emergencia económica, entre ellos los decretos mencionados, se dirige al común de las personas que como consecuencia de la crisis suscitada por las desbordadas tasas de interés generada por la capitalización establecida en el Sistema de crédito UPAC, se encuentran abocadas a la pérdida de sus viviendas, en razón de la carga excesiva y gravosa producida por la modalidad en mención.

3.- El artículo 14 del decreto 2331 de 1998 consagra la figura de la dación en pago como medida de emergencia para los deudores de la modalidad de crédito de vivienda en UPAC, y reconoce el calamitoso estado económico en que se encuentran éstos; por su parte, el decreto 908 de 1999 establece el procedimiento para la aplicación de la figura en mención, con el objeto de que ésta se materialice, sin importar la forma en que el interesado la proponga. Específicamente, el artículo 3º del último decreto mencionado, impone la obligación de aceptar la oferta del deudor y sólo la supedita al hecho de que el valor de la deuda supere al valor comercial del inmueble, sin hacer ningún otro distingo.

4.- Traido lo anterior al presente caso se observa:

- a) Que la peticionaria como deudora ha formulado, por conducto de la Superintendencia Bancaria, la oferta de dación en pago.
- b) Que dicha oferta, de acuerdo con las normas referidas, obliga al banco demandado, pues se dan las condiciones de ley y toda vez que ésta no discriminó entre las obligaciones cuyo cobro judicial se halle en trámite de las que no lo están.
- c) Que en este caso, el banco hizo caso omiso de la oferta de la que se le dio traslado, alegando la existencia de un proceso ejecutivo en curso, lo cual, como se dijo, no lo exonera de la obligación de aceptar la dación en pago; mucho más si en dicho proceso, que tiene por objeto la satisfacción de la deuda, el pago no se ha efectuado, pues no resultó ser cierta la afirmación de la entidad demandada acerca de que el inmueble le había sido adjudicado, como se desprende de la certificación expedida por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali, y en consideración a que tampoco están de por medio derechos legítimos de terceros.
- d) Que tal desacato de la ley constituye una flagrante violación de normas que son de interés público y general, y vulnera los derechos a la vida digna de la peticionaria, pues el hecho de que no se examine su solicitud de recibir el inmueble en dación en pago, además de generarle el perder su vivienda, la enfrenta a la subsistencia de una deuda considerable que compromete su patrimonio, con la circunstancia agravante de

que deberá buscar un nuevo sitio de habitación para su familia, eventualidad que pone en peligro su subsistencia; a ello se une el hecho de que no puede dejarse a voluntad de la entidad crediticia aceptar o no la propuesta del deudor, pues de lo contrario, se convertiría en una cláusula potestativa que restaría eficacia a la medida, y haría nugatoria la voluntad del Estado de ayudar a los deudores, quebrantando de paso el principio del Estado Social de Derecho y el de Solidaridad establecido en el preámbulo de la Constitución Política. Igualmente se atenta contra el debido proceso, toda vez que la actitud negativa del banco incide en el proceso ejecutivo, el cual seguiría su curso contraviniendo los efectos previstos en las disposiciones mencionadas.

5.- Siendo así, se precisa conceder el amparo impetrado, para remediar la vulneración de los indicados derechos fundamentales, y, por consiguiente, se ordenará al Banco Davivienda que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia proceda a estudiar y decidir la oferta de Dación en Pago que le ha sido formulada por la demandante, por conducto de la Superintendencia Bancaria, en los términos de los decretos 2331 de 1998 y 908 de 1999, sin consideración a que exista el trámite del cobro judicial de la obligación; mientras decida sobre la misma se abstendrá de solicitar adjudicación del inmueble o de pedir un nuevo remate en el proceso ejecutivo que adelanta contra aquella. De esta orden se dará cuenta al Juez que conoce de éste para lo de su cargo.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia del 21 de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Superior de Cali, dentro de la acción de tutela impetrada por Lucinda Donneys Campo contra el Banco Davivienda, en consecuencia CONCEDE el amparo constitucional impetrado.

En consecuencia se ordena a la entidad demandada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia proceda a estudiar y decidir la oferta de Dación en Pago que le ha sido formulada por la demandante, por conducto de la Superintendencia Bancaria, en los términos de los decretos 2331 de 1998 y 908 de 1999, sin consideración a que exista el trámite del cobro judicial de la obligación; mientras decida sobre la misma se abstendrá de solicitar adjudicación del inmueble o de pedir un nuevo remate en el proceso ejecutivo que adelanta contra aquella. De esta orden se dará cuenta al Juez que conoce de éste para lo de su cargo.

Por Secretaría comuníquese esta determinación a las partes mediante telegrama, y remítase copia de la misma al Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali.

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

Notifíquese y Cúmplase

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (en permiso), José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: Notificación de sentencia. 1. El auto que cita para sentencia no tiene prevista notificación especial alguna, cumpliéndose el fin con la fijación que de él se haga en el estado correspondiente. 2. La sentencia se notifica conforme lo establece el artículo 17 de la ley 294 de 1996. Se cumple con esta preceptiva con la constancia del notificador de fijación del aviso y de entrega de copia del mismo. No se puede exigir el lleno de requisitos previstos para otras clase de notificaciones como la del 317 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Ref.: Expediente No. 7564

Declara la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia del veintitrés (23) de septiembre del corriente año, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que negó la tutela impetrada por Ernesto Ariza Mateus contra el Juzgado Segundo de Familia de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. Clara Inés Bellón Aguirre amparada por la ley 294 de 1996 (violencia intrafamiliar) presentó ante el Juzgado citado solicitud de medida de protección contra su cónyuge, como resultado obtuvo en noviembre de 1998 medida de cominación a las partes para que cesara la violencia doméstica que venía presentándose.

El actor, considerando que aquella había transgredido el requerimiento formulado, el 9 de marzo de 1999 puso en conocimiento del Juzgado nuevos hechos que fueron objeto de investigación. Pero, manifiesta que no volvió a saber nada del asunto hasta el 12 de agosto siguiente cuando, previo recibo de un aviso, se notificó de la demanda de divorcio instaurada

por su cónyuge con fundamento en un fallo de violencia intrafamiliar donde se le había declarado contraventor de la medida de protección imponiéndosele multa y ordenándole el desalojo de la habitación que ha venido compartiendo con su esposa e hijos.

2. Afirmó el actor que el auto del 5 de abril del presente año, por la cual se convocabía a las partes para audiencia de fallo, y la misma audiencia o contenido de la providencia no le fueron notificados en debida forma, por cuanto el aviso de la primera providencia indicada fue dirigido para las dos partes en uno sólo que recibió la demandante a quien beneficiaba que el demandado no asistiera, por lo que el hoy actor considera que el Juzgado ha debido tener el debido celo en la notificación para garantizar la publicidad de la providencia.

En cuanto al fallo mismo, dice el impugnante que este tampoco le fue dado a conocer por medio idóneo alguno pues se acudió a un aviso que no cumplió con las normas procedimentales, sobre el que además no se dejó constancia de quien lo recibió, ni al entregarlo se hizo indagación alguna sobre si el por notificar aún residía en esa dirección o a que hora se encontraba, considerando al efecto que ha debido cumplirse con el procedimiento contenido en el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil.

FALLO DEL TRIBUNAL

La corporación sentenciadora sostiene que la ley 294 de 1996 al regular los procesos que buscan prevenir y sancionar toda clase de agresión por parte de un miembro de la unidad familiar a otro, en el artículo 12 señala que radicada la petición se realizará una audiencia a la que se citará personalmente o por aviso.

En el caso analizado, vistas las copias del citado proceso que se allegaron al expediente que contiene la acción de tutela impetrada, el Tribunal observó que el señor Ariza Matcis se enteró de la citación que se le hacía desde el momento que asistió personalmente a la primera audiencia efectuada el 12 de noviembre de 1998 en la cual se comunicó a los cónyuges a no seguirse agrediendo y se les ordenó la asistencia obligatoria al Instituto de Bienestar Familiar para terapia reeducativa.

Con posterioridad el impugnante confirió en ese proceso poder a un abogado para que lo representara.

Decretadas y practicadas algunas pruebas, mediante auto del 5 de abril del presente año se fijó fecha para la celebración de la audiencia para dictar sentencia, providencia que se notificó por estrados, sin embargo también se efectuó la notificación por medio de aviso fijado en el inmueble, el cual fue recibido por la ofendida quien, en declaración rendida dentro del trámite de tutela, señaló que lo recibió y lo dejó sobre el televisor de donde el actor lo recogió.

Ni el demandado ni su apoderado llegaron a la audiencia de fallo, sin embargo, siguiendo el artículo 16 de la ley 294 de 1996, se efectuó una notificación por medio de aviso fijado en el inmueble y cuya copia fue recibida por alguien que se identifica tal vez con la cédula 192996.

De lo anterior deduce el Tribunal que es claro que la citación para audiencia de fallo no requería de notificación personal o por aviso, siendo suficiente la notificación por estado la cual aparece que se efectuó de manera que tanto el denunciado como su apoderado quedaron enterados de la fecha y hora en la cual debía efectuarse tal diligencia.

En cuanto al contenido de la sentencia, la ley ya citada ordena que si alguna de las partes estuviere ausente, a ella se le notificará por medio de aviso, telegrama o cualquier otro medio idóneo, y que en su contra procede el recurso de apelación.

Al efecto agrega la corporación sentenciadora que no obstante, si el demandado tiene algún reparo respecto de la notificación de la sentencia le corresponde acudir al Juzgado en el cual cursa el proceso para hacer valer sus derechos, plantear las irregularidades o nulidades de las que adolece la respectiva notificación y lograr que sea hecha en debida forma. Subsanando el vicio del que pudiera adolecer tal diligencia, podrá el agresor o denunciado interponer el respectivo recurso de apelación en caso de estar en desacuerdo con la decisión proferida.

Así las cosas, niega la tutela por cuanto al existir otro medio idóneo que impide la vulneración del derecho fundamental, ésta acción de carácter residual y subsidiario no tiene cabida.

LA IMPUGNACIÓN

En el escrito respectivo, el impugnante simplemente manifiesta que apela sin ofrecer argumento alguno.

CONSIDERACIONES

1. Observa la Corte que dentro del trámite adelantado en el Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga se dictó una primera sentencia en presencia de las partes en litigio en la cual se les formuló un requerimiento para suspender los actos violentos que tenían lugar entre ellos y se les ordenó presentarse al Instituto de Bienestar Familiar para terapia reeducativa (folio 16).

2. Posteriormente el trámite se reinició ante la denuncia presentada por el actor de una presunta violación por parte de la cónyuge a la comunicación que se había hecho a la pareja, y con el otorgamiento de poderes a sendos abogados por parte de cada uno de los cónyuges en disputa. Frente a esta nueva actuación se adelantó el trámite de rigor incluyendo la recepción de pruebas y mediante auto, notificado por estado, se citó para

la celebración de la audiencia donde se preferiría la decisión de fondo, "de acuerdo con lo establecido en el artículo 7º de la ley 294 de 1996" (folio 46).

3. El 13 de mayo de 1999 se realizó la audiencia en la que se dictó sentencia por la que se condenó al demandado por incumplimiento a las medidas de protección ordenadas en una primera providencia, fallo que fuera notificado por aviso que el notificador señaló haber fijado en el acceso a la dirección del demandado y haber entregado copia del mismo. En acto de cumplimiento el comandante del CAI Real de Minas informó el 25 de junio de 1999 que no se había logrado contacto con el condenado por cuanto se encontraba viajando sin saberse cuando regresaría.

4. Analizado el procedimiento indicado enfrentado con el contenido de la ley 294 de 1996, encuentra la Corte que la sentencia de cuya notificación se duele el actor no es la inicial dentro del proceso sino aquella dictada en virtud del artículo 7º ibidem, es decir la provocada por el incumplimiento de las medidas de protección ya ordenadas que, por lo mismo, obedece el trámite establecido en el artículo 17 siguiente en el cual se indica que las sanciones que de ello se derivan "se impondrán en audiencia, luego de haberse practicado las pruebas pertinentes y oídos los descargos de la parte acusada", agregando que tal providencia "será motivada y notificada personalmente en la audiencia mediante aviso y contra ella procederá el recurso de apelación".

5. De lo anterior se desprende que no se exige para el auto que citó para dicha sentencia notificación especial alguna, cumpliéndose el fin con la fijación que de él se haga en el estado correspondiente, como en efecto se hizo en el caso de autos donde se presume que tanto el actor como su apoderado quedaron plenamente informados de la fecha de la sentencia.

6. En cuanto a la notificación del fallo correspondiente, el notificador da fe de haber fijado el aviso en la puerta de la residencia registrada del impugnante y de haber entregado copia del mismo, sin que en manera alguna pueda exigirse el cumplimiento de requisitos propios de otras notificaciones como la del artículo 317 del Código de Procedimiento Civil sugerida por el actor en su escrito de tutela.

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 impugnado.

Comuníquese esta determinación a las partes mediante telegrama.

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

Notifíquese y cúmplase

Jorge Antonio Castillo Rugeles (sin firma), Manuel Andilla Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

No suscribe la anterior providencia el Magistrado doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles por cuanto no participó en la deliberación por encontrarse en uso de permiso.

Lina María Torres González, Secretaria.

EPS: afiliación. Medida de protección urgente. El juez de tutela no puede patrocinar la conducta del accionante que falseando la verdad indujo a la EPS a autorizar su ingreso como beneficiario. Sin embargo, si por parte de la entidad hubo incuria o descuidó en prever los controles que tiene a su alcance para impedir que se accediera a esta afiliación irregular, tal concurrencia faculta a la Corte para adoptar como medida de protección urgente la orden de asistencia que requiere el paciente durante el término de un mes a partir de la notificación de la providencia.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas

Ref.: Expediente No. 7501

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de fecha 29 de septiembre de 1999, que concedió la tutela promovida por el señor Jaime Eduardo Pardo Bermúdez, quien actuó por intermedio del Personero Municipal de Santafé de Bogotá, contra el Instituto de Seguro Social y Coomeva.

ANTECEDENTES

Narra el escrito con el que se promueve esta acción, que Jaime Eduardo Pardo Bermúdez, padece una enfermedad renal que obliga de manera urgente la medicación y la práctica de dialisis peritoneal al enfermo.

Informa que el Seguro Social le prestó atención hasta el mes de agosto, momento a partir del cual, bajo los argumentos de que la afiliación se hizo irregularmente y de falta de cotización de un mínimo de 100 semanas, le fue suspendido el servicio.

Considera el accionante que el estado de desempleo y la situación económica no permiten al señor Pardo asumir el costo del tratamiento, y

la actitud del ISS y de Coomeva, a la cual estuvo vinculado desde el 1 de abril de 1998 hasta el 30 de enero de 1999, de la cual se desvinculó por presiones de sus funcionarios, es atentatoria contra el derecho a la vida, a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

Coomeva, Entidad Promotora de Salud, en oficio dirigido al Tribunal Superior señala que el accionante estuvo afiliado al dicha E.P.S. entre el 1º. de abril de 1998 y el 2 de febrero de 1999, tiempo durante el cual la entidad le prestó los servicios que requirió su estado de salud, sin que nunca dejara de hacerlo, según la relación que aparece en el documento visible a folios 124 a 129, además de procurar, conocida la situación económica del señor Pardo Bermudez, su ingreso al Régimen Subsidiado; estas conductas a juicio de la accionada explican que se su parte no exista amenaza a derechos fundamentales constitucionales a la vida, integridad física, salud y seguridad social señalados por el Personero accionante.

Por su parte el ISS en documento visible a folios 132 y siguientes, precisa que Jaime Eduardo Pardo está reportado como cotizante en condición de trabajador independiente a partir del mes de febrero de 1999, siendo extraño que así aparezca pues esa E.P.S. se encuentra sancionada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 2080 del 30 de octubre de 1998, estandole prohibido aceptar nuevos afiliados, salvo la excepción de aquellos que presenten un retiro no superior a seis (6) meses, que no es el caso del señor Pardo, quien con total abuso del principio de la buena fe, en forma ilegal y fraudulenta indujo en error a los funcionarios del ISS, E.P.S. para beneficiarse de una asistencia médica a la que no tiene derecho, pues la forma de haber obtenido la afiliación no permite que se le considere como afiliado, lo que implica que carezca de legitimación en la causa para demandar la prestación de los servicios, pues estos están sujetados a normas contractuales y reglamentarias, entre las que no se encuentra a cargo de la E.P.S. la responsabilidad de prestar servicios de salud pública. No existiendo violación de derecho constitucional alguno de parte del ISS, solicita la denegación de la tutela impetrada.

FALLO DEL TRIBUNAL

Luego de exponer principios generales atinentes a la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, entre los que destaca el derecho a la vida, advierte que la íntima conexión de este derecho fundamental con los derechos asistenciales de salud y seguridad social comportan la protección de estos en cuanto su vulneración ponga en peligro el derecho superior objeto de protección constitucional.

Precisa el Tribunal que al momento de la promoción de la tutela, la persona en cuyo favor se impetraba se encontraba afiliado al Instituto de

Seguro Social en calidad de trabajador independiente, según lo deduce de los comprobantes adjuntos, y encuentra acreditado el padecimiento de insuficiencia renal crónica terminal, según el resumen de la historia clínica proveniente de la Unidad Renal del Hospital San Ignacio, Medicina Interna del Hospital Universitario La Samaritana y de la Unidad Renal de la Fundación Santa Fe de Bogotá, lo que pone de presente la actual amenaza a la vida e integridad personal, y por consiguiente el inminente derecho a que se le suministre la atención médica requerida pues está de por medio la vida del paciente, por lo que no puede exonerarse la E.P.S. de dar el tratamiento pese a que no se haya cumplido de parte del afiliado con el mínimo de semanas cotizadas requeridas por la Ley 100 de 1993 y el decreto 1938 de 1994, circunstancia puntual que lleva a inaplicar el artículo 164 de la mencionada Ley 100, para ordenar al ISS el suministro de la atención médica, reconociendo el derecho de ésta a repetir contra el Estado en los términos de la Sentencia SU-480 de 1997, para armonizar así las prevalencia del derecho fundamental a la vida sin enfrentar con ello los derechos económicos de las entidades prestadoras del servicio de salud, en los términos del Decreto 806 de 1998, que le faculta repetir los costos en que incurra, contra el Fondo de Solidaridad y Garantías.

Con estas consideraciones, el Tribunal tutela el derecho fundamental a la vida, ordenando al Seguro Social la prestación del servicio y de los procedimientos requeridos para la preservación de la vida e integridad personal, reconociendo a la E.P.S. su derecho a repetir contra el Estado.

Absuelve de la acción a la E.P.S. Coomeva.

LA IMPUGNACION

El ISS dentro del término legal impugna la decisión del Tribunal, apoyado primeramente en la falta de legitimación en la causa de la persona en cuyo favor se acciona, dada la prohibición impuesta al Seguro Social de admitir nuevos aliados, por cuanto esta calidad la obtuvo el accionante mediante maniobras engañosas, lo que conduce a que no se le pueda reconocer su condición de afiliado, y no teniéndola no existe relación contractual o reglamentaria que obligue a la E.P.S. a prestar los servicios demandados.

Aduce así mismo la impugnante ilegalidad en la afiliación y en la cancelación de aportes, pues para obtener la afiliación, que no podía aceptarse sino para aquellas personas que la solicitaran antes de seis (6) meses de haberse retirado de la misma E.P.S., el acelonante falseó la afirmación para acceder a la afiliación manifestando de su puño y letra en el formulario de inscripción, que la fecha de retiro última fue el 15 de noviembre de 1998, error que indujo a los funcionarios a aceptar la afiliación.

La actitud del accionante para lograr afiliación al ISS no puede dar lugar a la adquisición de prestaciones que en derecho no le corresponden,

y, por el contrario, su conducta debe ser objeto de sanción negándole la pretensión por vía de tutela y obligándolo a recurrir a otra E.P.S. y en caso de carecer de recursos económicos, a acudir al Régimen Subsidiado.

Finalmente aduce que mediante un fallo de tutela no puede permitirse el fraude y el engaño condenando a quien no tiene obligación, pues fallo de tal naturaleza afecta injustamente el patrimonio de la E.P.S., induciendo nuevas defraudaciones al sistema de seguridad social, forzando con ello que la accionada incurra en un peculado, pues el fallo desatiende el imperio de la ley, afectando el debido proceso en cuanto no se dio importancia a la afiliación fraudulenta.

CONSIDERACIONES

El derecho a la vida es sin lugar a dudas el más fundamental de todos los derechos, y como tal se halla consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política, permitiendo a su titular, para conservarlo, el ejercicio de las acciones legales que le garanticen protección contra todo tipo de injusticias, sean estas de índole particular o institucional, y facultándole además la posibilidad de acceder a los medios sociales y económicos que le faciliten vivir conforme a su propia dignidad.

Ahora bien, el derecho a la vida tiene su dinámica complementaria con otros derechos como el de la salud, sin perjuicio de la autonomía que le es propia a este, y su ejercicio faculta las acciones legales que se consideren necesarias para mantener el estado vital, conservarlo, mejorarlo o dignificarlo en todos los aspectos, y además las que se consideren oportunas para impedir que se atente, amenace o viole en cualquier circunstancia, permitiendo exigir que se adopten las medidas que lo aseguren en cuanto fuere posible.

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

2.- El caso concreto que se analiza, muestra que la enfermedad padecida por el accionante reviste gravedad extrema, cuyo tratamiento destinado a otorgar beneficios temporales dirigidos a prolongar la sobrevivencia, exige especiales equipos y elementos que de no suministrarse colocarían en grave riesgo la vida del paciente que la requiere, violando de esta manera el principio constitucional supremo que exige ser defendido.

3.- Pero la prevalencia de los derechos a la vida y a la salud, no puede significar jamás que para lograr su efectividad y garantía, pueda su titular acudir al atropello, a la mentira o al engaño, con el objetivo claro de obtener para sí beneficios, puesto que tal manera de conseguirlos constituye cuan-

do menos un acto doloso o fraudulento que les hace perder por ello toda su legitimidad y por consiguiente el derecho a exigir su protección.

4.- Es un hecho acreditado que al momento de la solicitud de amparo el señor Jaime Eduardo Pardo Bermúdez se hallaba afiliado a la E.P.S. ISS, pero es igualmente cierto que tal afiliación fue obtenida por medios fraudulentos o cuando menos engañosos, según se desprende de la información que el propio accionante suministró al ISS para acceder como beneficiario de su servicio; así aparece del documento visible a folio 44 de la actuación, en cuya parte final se lee qué su fecha de retiro (es decir su última afiliación) fue el "15 de noviembre/98", siendo la verdad, según los registros del ISS, que desde hace más de dos años no cancela aportes a dicho instituto, circunstancia que lo colocaba en situación de no poder ser admitido como afiliado a la entidad dada la sanción que a esta fue impuesta mediante Resolución de la superintendencia Nacional de Salud, del 30 de octubre de 1998.

Resulta evidente que la información dada por el accionante falseando la verdad, indujo al ISS a autorizar su ingreso como beneficiario, actitud que no puede de ninguna manera patrocinar el juez de tutela, pero resulta igualmente innegable que de parte de la entidad hubo incuria o descuido en prever los controles que tiene a su alcance y que le correspondía ejercer para impedir que se accediera a esa afiliación irregular.

Esta conducta omisiva del ISS concurrente con la imputable al accionante, es de alguna manera causa de la situación que origina la acción de tutela y por lo mismo faculta a la Corte para adoptar como medida de protección urgente (art. 7 decreto 2591 de 1991), la orden que habrá de impartirse al mencionado instituto para que preste la asistencia que requiere el paciente durante el término de un mes a partir de la notificación de esta providencia, término dentro del cual el accionante podrá acudir a otro medio, incluso el del régimen subsidiario de seguridad social en salud, para obtener la asistencia médica que su estado de salud requiere hacia el futuro.

Se dispondrá la expedición de copias de lo pertinente para que se efectúe la correspondiente investigación.

DECISIÓN:

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

SÍ DISPONE:

A.- Niégase la tutela impetrada por el accionante Jaime Eduardo Pardo Bermúdez.

B.- No obstante lo anterior, como medida provisional se dispone que la E.P.S. ISS preste el servicio asistencial requerido por el accionante, durante el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de ésta providencia, término dentro del cual el accionante podrá acudir a otro medio, incluso el del régimen subsidiado de seguridad social en salud, para obtener la asistencia médica que su estado de salud requiere hacia el futuro.

C.- Compúlsense copias de la presente actuación con destino a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se investigue la actuación supuestamente fraudulenta en que pudiere haber incurrido el señor Jaime Eduardo Pardo Bermudez para acceder a la afiliación a la E.P.S. ISS como beneficiario.

Comuníquese por un medio eficaz esta decisión a las partes. En oportunidad remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Dechura Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

CONCURSO DE MERITOS: No designación del primero. La sentencia SU 86 de 1999 ofrece un margen razonable para excluir con argumentos específicos y expresos a quien no ofrezca garantía de idoneidad para ejercer la función a la que aspira.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Ref. Expediente No. 7561.

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de 23 de septiembre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por medio de la cual negó la tutela impetrada por Hernando Guayakán Ramírez, contra la Universidad Industrial de Santander.

ANTICEDENTES

1. - El demandante en tutela considera vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad, solidaridad, trabajo, igualdad, debido proceso, buena fe, petición, educación, con la decisión de la demandada de declarar desierto el concurso para la designación de profesor de econometría, en el que participó y obtuvo el mejor puntaje. Solicita ordenar su nombramiento para el cargo en que concursó y obtuvo las mejores calificaciones, que no se tomen represalias en su contra y que se le paguen los brazos caídos desde la fecha en que se declaró desierto el concurso, hasta su vinculación como docente a la Universidad.

Como fundamento de su petición relata los siguientes hechos:

- a) Que la Universidad Industrial de Santander convocó concurso docente para economistas con título de posgrado, en el que participó y una vez realizadas todas las pruebas obtuvo el mejor puntaje.
- b) Que con el objeto de limitar su nombramiento, el Decano de la Facultad de Ciencias Humanas emprendió en su contra una campaña de

desaprestigio personal y profesional, en la que solicitó una prueba sicotécnica que nunca se había aplicado, y una evaluación de su desempeño como docente que no estaba contemplada dentro de las reglas del concurso, simplemente con la malsana intención de utilizar los resultados de la evaluación para obstaculizar su nombramiento en periodo de prueba.

c) Que el rector apoyado en el resultado de la prueba sicotécnica, produjo la resolución de rectoría N° 0531 de 30 de junio de 1999, en el que declaró desierto el concurso de méritos de la Escuela de Economía y Administración, decisión premeditada y expuesta como alternativa por el decano, cuyo único objetivo era impedir su ingreso como docente de planta.

RESPUESTA DEL ACCIONADO

La Vicerrectora Académica de la entidad educativa demandada señala que además de las actas del Comité de Evaluación de Candidatos a Profesor, remitió a la Rectoría, con la recomendación de que fueran analizados, los resultados de la evaluación docente obtenida por el demandante, donde se demuestra las falencias en el manejo de la asignatura de econometría, el mal trato con los estudiantes y el desempeño por debajo del promedio de la escuela, y señala que la declaratoria de desierto del concurso, es un acto que corresponde al señor Rector, que se fundamentó no sólo en las actas de evaluación, sino en los resultados y recomendación de la prueba sicotécnica realizada por la sicóloga.

En lo que le concierne el Decano de la Facultad de Ciencias Humanas informa que una vez realizado el conteo de puntajes acumulados de los dos aspirantes finalistas, percibió que el resultado favorable al demandante era contraria evidente, en relación con la mayor escolaridad y dominio del tema específico del candidato rival, circunstancia que se podía explicar por la parcialidad interesada de algunos de los miembros del comité, lo que no podía probar, por lo que, para no pecar por omisión decidió acogerse la artículo 35 del Reglamento del Profesor, que concede a la Vicerrectoría Académica el derecho de verificación sobre todos los concursos docentes, por lo que remitió toda la documentación relativa al mismo.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal niega la tutela pues en su criterio, de la actuación cuestionada no se vislumbra perjuicio para el demandante, en consideración a que éste no tiene vinculación directa por carrera docente con la UIS; señala que tratándose de un acto administrativo el que origina la inconformidad, la determinación cuestionada puede ser susceptible de ser demandada en nulidad y restablecimiento de derecho, por lo que existe otro medio de defensa judicial que hace inoperante la tutela.

LA IMPUGNACIÓN

El docente interesado manifiesta su inconformidad con el fallo y señala que de acuerdo con la sentencia STI-086 de 1999, el medio judicial más idóneo es la acción de tutela, y expresa que al dársele la mayor calificación en el proceso de evaluación, el hecho de impedir su nombramiento equivale a una vulneración del debido proceso. Reitera su manifestación de parcialidad de parte del Decano y de la Vicerrectora.

CONSIDERACIONES

1. - La Universidad Industrial de Santander como ente universitario autónomo, de servicio público cultural, con régimen especial y vinculada al Ministerio de Educación Nacional, creada por las Ordenanzas 41 de 1940 y 83 de 1994, y reglamentada para su funcionamiento por Decreto 583 de marzo 25 de 1947, produce para todos sus efectos actos administrativos los cuales en caso de manifiesta discrepancia con los reglamentos y la ley, pueden ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; en el presente caso, la resolución 0531 de junio 30 de 1999 que declaró desierto el concurso docente realizado en la Facultad de Ciencias Humanas, para la Escuela de Economía y Administración, Área de Econometría, no ha sido hasta la fecha objeto de demanda ante las autoridades correspondientes, por lo que se puede decir que cuenta el interesado con otros medios legales, que hacen inoperante el recurso constitucional de la tutela.

2. De otro lado, se observa que el resultado del concurso promovido por la universidad de acuerdo con los reglamentos que rigen éste incluye entre otros aspectos la prueba psicotécnica de la que se queja el demandante, por lo que se advierte que no existe un proceder arbitrio, en el hecho de que con base en dicha prueba se haya declarado desierto el concurso.

3. - En fin, si bien es cierto que la Corte Constitucional en su sentencia unificadora 086 de 1999, precisó que quien ha ocupado el primer lugar en un concurso para llenar determinada vacante, tiene derecho de rango constitucional a ser nombrado, también lo es que la misma providencia menciona que las entidades nominadoras gozan de un margen razonable para excluir con argumentos específicos y expresos a quién no ofrece garantía de idoneidad para ejercer la función a la que aspira; a lo cual agregó que las razones para excluir a quien ha ocupado el primer lugar de un concurso, deben ser objetivas, sólidas y explícitas y han de ser de tal magnitud que desaconsejen el nombramiento, ya sea por su comportamiento laboral o profesional.

4. - En el presente caso la UIS con fundamento en un proceso psicotécnico visible a folios 37 a 40, en el que se manifiesta que la rigidez personal y dificultad para aceptar al otro como tal, y la radicalidad en sus

posiciones intelectuales y personales acerca de algo, y las condiciones de incisabilidad e inseguridad emocional, lo califican como no elegible para el cargo que aspira, situación corroborada por los reportes de los estudiantes visibles a folios 81 y 82, en los que lo califican en idénticas circunstancias, hacen que la decisión tomada por la Universidad, se ajuste a la doctrina constitucional relacionada.

5. - Siendo así, por las consideraciones anteriores se 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 el fallo impugnado.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

Notifíquese y cumplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (en permiso), José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEEMIDO PROCESO DE FAMILIA: Impugnación de paternidad. No se afectan los intereses del menor cuando en su nombre el defensor de familia, en cumplimiento de una orden impartida en sentencia ejecutoriada, intenta impugnar la paternidad legítima y averiguar su verdadera filiación. Lo que la ley protege es la certidumbre total sobre el estado civil de una persona.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá D. C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Silvio Fernando Trejos Bueno*

Ref: Expediente No. 7598

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 1999 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que concedió la tutela pretendida por Rosa Emilse Sierra Valencia, quien actúa en representación de su hijo menor Diego León Restrepo Sierra, contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Cisneros (Antioquia) y la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se le amparen los derechos consagrados en los artículos 2, 4, 5, 14, 15, 16, 21, 42 y 44 de la Constitución Nacional y como medida provisional se ordene al despacho judicial denunciado suspender el trámite del proceso de impugnación de paternidad legítima con acumulación de filiación extramatrimonial, promovido por el defensor de Familia de Yolombó contra Julio Cesar Restrepo Ruiz y herederos indeterminados de Ezequiel Restrepo Delgado, mientras se resuelve de fondo la tutela, en la que pide se de la orden de dar por terminado el mencionado proceso.

Como fundamentos de hecho en que apoya la petición referida, la demandante aduce que la compañera de su esposo Ezequiel Restrepo Delgado fallecido en el año de 1997, inició proceso de impugnación de

paternidad legítima en contra de su hijo menor de edad, proceso que se decidió en ambas instancias en forma adversa a las pretensiones de aquella, pero que el Tribunal adicionó en el sentido de impartir la orden al defensor de familia para que procediera a investigar "la verdadera filiación de mi hijo Diego León Restrepo Sierra".

En virtud de esa decisión, y según lo manifiesta la demandante en tutela, la citada compañera de su esposo acudió al defensor de Familia de Yolombó y le hizo instaurar un nuevo proceso de impugnación de la paternidad legítima con acumulación de filiación extramatrimonial "en contra de mi hijo", proceso al que ella compareció por conducto de apoderado para formular entre otras excepciones la de cosa juzgada que el Juzgado del conocimiento, -a la sazón el mismo que había conocido del anterior-, denegó mediante proviso que confirmó luego el Tribunal "argumentándose básicamente que si bien se trataba de un mismo proceso de impugnación de la paternidad legítima, esta vez lo había iniciado el defensor de familia en representación de mi hijo menor Diego León Restrepo Sierra; y que éste en cualquier tiempo según se ha aceptado jurisprudencialmente, podía averiguar su verdadera filiación".

Dice la peticionaria que con las actuaciones judiciales referidas se incurrió en vías de hecho por cuanto en el primer proceso ella y su hijo fueron citados con posterioridad a la fecha en que se llevaría a cabo la prueba genética, sin que la respectiva certificación expedida por la oficina de correo se hubiese considerado para exonerarlos por la no comparecencia; el Juzgado del conocimiento le negó la oportunidad de comparecer con abogado a ese primer proceso; su hijo menor de edad estuvo representado por un curador que le abandonó procesalmente; y, la sentencia proferida fue contradictoria "pues un determinado estado civil se tiene o no se tiene".

En relación con el segundo proceso la actora manifiesta que las vías de hecho se dieron cuando se permitió que el Defensor de Familia instaurara una demanda en la que dijo que como interesada figuraba la compañera de su esposo, sin tener en cuenta que el referido menor contaba con su progenitora como representante legal; cuando desconoció la cosa juzgada y no se declaró la nulidad procesal proveniente de dicha circunstancia; cuando omitió tener en cuenta que las sentencias de filiación tienen efectos absolutos, "lo cual quiere decir que ninguna otra persona puede volver a controvertirlos".

A la tutela en mención se opuso la funcionaria ponente, argumentando que en el primer proceso se declaró la ilegitimidad de la parte para promover la acción y la extinción del plazo para impugnar la paternidad, por lo cual es sustancialmente diferente al segundo. Igualmente, otro de los integrantes de la respectiva Sala de Decisión sostuvo idénticos argumentos para oponerse también al amparo reclamado. Por su parte Julio

César Restrepo Ruiz, menor de edad representado por su madre Fanny del Socorro Ruiz, -hijo extramatrimonial de Ezequiel Restrepo Delgado-, sostiene que el segundo proceso de impugnación se inició en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal y que el derecho de filiación no es fundamental por lo que no es viable la tutela deprecada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de hacer un recuento de los hechos que dieron lugar a los procesos referidos, de excluir la posibilidad de que el defensor de familia sea parte en el proceso, de aludir a una posible colusión por la participación de la compañera del padre del menor cuya impugnación se intenta y al error de permitir que el defensor actúe en Interés de Fanny Ruiz, el Tribunal hace mención a la permanente confusión que en relación con el interés de las partes se da en el segundo proceso, para anotar adicionalmente que la excepción de cosa juzgada, respecto de uno y otro proceso, no se configura.

Confiere, en síntesis, la tutela a vuelta de cuestionar las actuaciones denunciadas, hasta el punto de llegar a concluir que la sentencia proferida en el primer proceso "es incongruente y por ende nula de nulidad insubsanable por falta de competencia, o si se quiere por carencia de jurisdicción", toda vez que instruyó al defensor de familia que debía proponer la acción de filiación, convirtiéndose con ello el Juez en parte "y esto es violatorio del debido proceso".

En relación con el segundo proceso, el Tribunal hace ver la ambivalente posición del defensor de familia que dice actuar a nombre de un menor de edad para iniciar una acción con la cual convierte en Incierto el estatus civil que en la actualidad le pertenece, siendo aquél, es decir dicho menor, el único legitimado para conocer quien es su padre, lo cual debe hacer por conducto de un defensor de familia que no actué motivado por una orden dada por el Tribunal que es incongruente y con la intervención de quien "precisamente aspira a excluirlo de la sucesión de quien hoy es con certeza legal su padre", situación que al darse en este evento, genera una indebida representación que es síntoma también de violación del debido proceso.

Finalmente el sentenciador colegiado destaca que el derecho del menor de edad Diego León Restrepo es el de conservar su estado civil por lo que concede la tutela y ordena entonces anular el segundo proceso "por indebida representación de Diego".

LA IMPUGNACIÓN

Contra el fallo referido recurrieron uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión que conoció del proceso anulado y el menor de edad

Julio César Restrepo Ruiz, hermano paterno de Diego León Restrepo a cuyo favor se concedió el amparo constitucional invocado.

El primero lo hizo al momento de la notificación y sin sustentar la respectiva impugnación, y el segundo mediante escrito en el que aduce que el menor tutelado detenta dos estados civiles, uno, el de su presunta legitimidad que ejerce con interés meramente económico, y el segundo, el que hace prevalecer a nivel social y familiar, en el que aparece como hijo extramatrimonial de quien precisamente se reclama su filiación.

Dice que la sentencia de tutela tuvo como apoyo "especulaciones en torno a afirmaciones contradictorias y tendenciosas de la reclamante de la tutela" y pretende por ello que se revoque porque desconoció una sentencia contra la cual no se interpuso en su momento el recurso de casación y no tuvo en cuenta el material probatorio por el cual se tiene que la madre del referido menor confesó que éste no era de su esposo, aserto que confirma la prueba testimonial y su renuencia a asistir a la prueba genética.

Posteriormente se duele de las apreciaciones hechas por el Tribunal en torno a la participación que endilga de la progenitora de su representado, mediante afirmaciones que califica de "presunción simplemente ilegal y arbitraria". Llevándole a declarar una nulidad que incluye la del material probatorio y con ello el desconocimiento de la verdad real, usurpando además competencia territorial.

Hace ver el impugnante que en el proceso cuya nulidad ordenó la tutela no se ha proferido sentencia de fondo y que es errado fundar en una inexistente conexidad entre el primer proceso y el segundo cuando el defensor de familia, en orden a sus precisas atribuciones y funciones derivadas de la ley, promovió el respectivo proceso para que se discuta la pretensión que aduce, la cual, en caso de no tener sustento, simplemente no prospera.

Por último hace un detallado análisis de las atribuciones que la ley confiere a los defensores de familia, para insistir en que instaurar el proceso de impugnación de la paternidad legítima, cuando existe el material probatorio suficiente para apoyar tal clase de pretensión, es sin duda una facultad de quien tiene plena representación del menor interesado en que se decida sobre su filiación.

CONSIDERACIONES

Son varias las razones que conducen a la revocatoria del fallo de tutela de cuya impugnación se conoce, las cuales se sustentan en los soportes que a continuación se detallan:

a) El primer proceso que instauró Fanny Ruiz contra el menor de edad Diego León Restrepo, en orden a impugnar su filiación legítima, concluyó mediante sentencia desestimatoria proferida el 30 de abril de 1998 (Fls.

122 a 132 del Cdo. Ppal), en la que se confirmó la de primer grado y se adicionó para "oficiar al defensor Zonal de Familia para que tome cartas en el asunto en procura del bien superior del menor Diego León Restrepo Sierra", luego de afirmar, en la parte motiva que, "dada la trascendencia del caso y como en este proceso existen serios indicios de que la verdadera filiación del menor Diego León no es la que ostenta sino otra y él tiene derecho a conocer su verdadera identidad, lo que por disposición legal no podría hacerse a petición de su madre, queda el enterar a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que ella, en representación del menor y en interés superior de éste, tome cartas en el asunto y proceda a instaurar la acción pertinente".

Ninguna de las partes recurrió la sentencia mencionada, la cual por ser proferida en proceso ordinario podía ser objeto del recurso de casación en lo desfavorable a cada uno de los intervinientes, motivo por el cual quedó debidamente ejecutoriada, circunstancia que excluye la posibilidad de que ahora, mediante el trámite de la acción de tutela que, como bien se sabe, es mecanismo meramente residual, pueda ser objeto de nuevo estudio jurídico, para concluir, como así lo hizo el Tribunal tutelante, que aquella es "incongruente" y por lo tanto nula, en una decisión no sólo improcedente sino también incorrecta.

b) La Defensoría de Familia de Yolombó inició, entonces, el correspondiente proceso de impugnación de la paternidad legítima y de filiación extramatrimonial, concretando que lo hacía en nombre y en representación del menor de edad cuya filiación se disputa, y aunque esa afirmación o actuación es severamente cuestionada por el Tribunal que concedió la tutela, lo cierto es que cualquier afirmación en contrario es fruto de informaciones sin sustento probatorio que debilitan al máximo la decisión que se adopte con base en hechos que en tal forma apreciados constituyen meras suposiciones.

c) El segundo proceso instaurado con el fin de impugnar la paternidad legítima e investigar la filiación extramatrimonial del menor de edad a quien se tuteló, se encontraba aún en trámite para cuando se ordenó declarar su nulidad con base en argumentos que son objeto del estudio de fondo que compete a los juzgadores de instancia, circunstancia que incide para que una vez más se destaque que mediante la acción de tutela no es factible desplazar la actividad jurisdiccional de los funcionarios del conocimiento ni menos aún dejar a un lado la valoración de la prueba recaudada en el trámite que corresponde a la vía procesal adecuada para plantear, analizar y decidir las cuestiones fácticas y jurídicas que debaten las partes.

d) No es válido afirmar, sin incurir con ello en un evidente error, que cuando se intenta impugnar la paternidad legítima y averiguar la verdadera filiación se actúe en contravención con los intereses de quien en tal

forma es el demandante, toda vez que lo que la ley protege es obtener la certidumbre total sobre el estado civil de una persona, de manera que el hecho de cuestionar su legitimidad no es en modo alguno arbitrario cuando se trata precisamente de averiguar la realidad de los hechos y resolver en orden a la prueba que se recaude.

Cualquier otro cuestionamiento en el orden fáctico o jurídico en relación con los hechos denunciados es objeto exclusivo del proceso anulado, el que, por los razonamientos dados en esta providencia, debe restringirse para agotar el trámite que le es pertinente.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil y Agraria, REVOCA el fallo proferido el pasado 22 de septiembre por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y en su lugar NIEGA la acción de tutela intentada por Rosa Emilia Sierra Valencia, en representación de su hijo menor de edad Diego León Restrepo Sierra, por lo que queda sin valor la orden dada en el sentido de declarar la nulidad del proceso de impugnación de la paternidad legítima y de investigación de la paternidad extramatrimonial que la Defensoría de Familia de Yolombó (Antioquia) adelanta en interés del menor de edad antes citado en el Juzgado Promiscuo de Familia de Cisneros (Antioquia), despacho que debe continuar entonces tramitando la señalada actuación.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados.

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

Notifíquese y cumplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (en uso de permiso), José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE ALIMENTOS: Excepciones. En aquellos eventos en que la cuota alimentaria se fija por acuerdo de las partes en audiencia de conciliación judicial no es aplicable la limitación prevista en el artículo 152 del Código del Menor en cuanto que solo procede la excepción de pago

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente No. 7624

Decídese la impugnación interpuesta contra el fallo de 24 de septiembre del año en curso, proferido por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del distrito judicial de Armenia (Quindío), mediante el cual se denegó la acción de tutela instaurada por Jhon Giraldo Díez, en frente del Juzgado Segundo de Familia de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, el accionante solicita el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, supuestamente vulnerados por el mencionado órgano judicial.

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

2.1 Luz Elidad Orozco Ocampo le formuló demanda ejecutiva por alimentos, correspondiendo el conocimiento de la misma al Juzgado accionado, despacho que libró el mandamiento ejecutivo impetrado.

2.2 Propuso por intermedio de apoderada judicial, la excepción de inexistencia jurídica del título ejecutivo, fundándola en que el acta de conciliación aportada como base del recaudo, fue revocada en todas sus partes mediante auto de 26 de septiembre de 1997, proferido por la Defensora de Familia -funcionaria ante quien se efectuó la citada audiencia, en virtud del recurso de reposición que contra dicho acto interpuso.

2.4 La Juez cognoscente del asunto desconoció el documento aportado como prueba de la revocación del acta de conciliación, sustentando su decisión en que en el proceso de alimentos, sólo procede la excepción de pago.

2.5 Contra dicha determinación interpuso el recurso de reposición, siéndole resuelto adversamente por auto de 30 de agosto de 1999.

2.6 Al desestimarse la excepción propuesta, la juzgadora no se pronunció expresamente sobre el auto que revocó el "acta de conciliación", lo cual genera la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección solicita.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relacionar los antecedentes del asunto y hacer alusión a la finalidad ontológica de la acción incoada como también a la jurisprudencia constitucional sentada en torno a la vía de hecho judicial, descendió el *a quo* al asunto planteado señalando, en síntesis, que el trámite dado al proceso ejecutivo mencionado por el accionante, es el previsto en el art. 544 del C. de P. C., dado que la pretensión mayor cobrada es de mímina cuantía, amén de que el conocimiento del mismo está atribuido al Juez de Familia en única instancia, de donde sus decisiones no pueden controvertirse a través del recurso de apelación.

Ahora bien, añade, la circunstancia de no darle trámite a la excepción propuesta, encuentra soporte en el art. 35 de la Ley 75 de 1968, en concordancia con los arts. 152 del Código del Menor y 448 del C. de P. C. Estas últimas disposiciones hacen referencia a la ejecución dentro del mismo expediente y tanto ellas como la primera, pretenden la protección de los intereses del menor, prohibiendo excepciones de otro tipo.

Dicho criterio fue acogido por la Juez accionada, pues así lo expone en el auto de 30 de agosto de 1999, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de rechazar la excepción formulada, por lo que la misma no es arbitraria ni caprichosa, sino producto de su interpretación en ejercicio de la autonomía e independencia funcionales. En otros términos, no puede considerarse incursa en vía de hecho.

Por otra parte, continúa diciendo el Tribunal, la determinación de rechazar el medio exceptivo propuesto por el ejecutado, no inhibe a la juzgadora para reexaminar el documento base del recaudo, al momento de proferir la sentencia correspondiente, toda vez que el mandamiento no tiene los alcances propios de tal clase de providencias y, por ende, no la ata.

Así, pues, concluye, mientras dicho fallo no se emita, mal puede pretenderse que el proceso no continúe o se archive.

Con pie en tales razonamientos denegó el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Sostiene el accionante, en síntesis, que si bien es cierto que el juez tiene libertad de interpretación, ello no justifica que haga caso omiso de las pruebas y, por ende, de la observancia del derecho al debido proceso. Así mismo, que con base en esa facultad no puede cambiarse lo que la ley expresa, ni el significado de su contenido, en este caso lo dispuesto por el art. 279 del Código del Menor.

Si bien, acota, la demanda ejecutiva propuesta es de mínima cuantía, tal concepto no es absoluto porque está ligado al patrimonio económico de cada persona, ni puede restarle alcance al perjuicio que le fuera causado.

La protección que la ley brinda al menor, no puede convertirse en justificación para atentar arbitrariamente contra su derecho económico, pues el funcionario accionado le dio valor probatorio a un documento que jurídicamente no tiene validez, incurriendo así en vía de hecho.

En fin, concluye, el supuesto de hecho contenido en el art. 35 de la Ley 75 de 1968, no se corresponde con los fundamentos fácticos en que se sustenta la excepción propuesta, lo que amerita ir más allá de la expresión normativa para concluir que de aplicarse se vulnera indefectiblemente "un derecho".

Por todo ello demanda la protección del "derecho económico invocado".

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la Carta Política como un mecanismo procesal complementario, específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean vulnerados o se presente amenaza de su violación por las autoridades públicas, o por los particulares en los casos determinados por el legislador.

Dicho instrumento, de acuerdo con tal precepto, es de carácter residual porque sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La intención del constituyente al establecer el amparo de que aquí se trata, con el carácter de supletorio, fue la de preservar la integridad del ordenamiento jurídico como un todo armónico, estructurado sobre la base de brindar a las personas medios eficientes de acceso a la administración de Justicia para la defensa de los derechos de que son titulares, protegidos por las leyes y la propia Constitución.

3. Los derechos aducidos en este evento como conculcados, o sea, los de la igualdad y debido proceso, pertenecen a la estirpe de los fundamen-

tales y, por ende, gozarán de la protección especial brindada por la acción de tutela.

3.1 La primera de tales prerrogativas aparece consagrada en el artículo 13 de la norma superior, en estos términos: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica..."

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

3.2 Al derecho al debido proceso, a su vez, se refiere el art. 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..."

"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juicio; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho..."

Fluye de tal preceptiva que de omitirse esas garantías en un determinado proceso, se violaría el derecho de defensa y, por lo mismo, se colocaría 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.

4. En el caso que ocupa la atención de la Corte, se tiene que los hechos en que se sustenta la petición de amparo se relacionan con una supuesta vulneración del derecho al debido proceso por incursión en vía de hecho, al negarse la Juez accionada, mediante auto de 9 de agosto de 1999, a dar trámite a la excepción de mérito denominada "Inexistencia jurídica del litigio ejecutivo", propuesta oportunamente por el aquí accionante en el proceso ejecutivo por alimentos en favor del menor Juan David Giraldo Orozco, que le promoviera Luz Elida Orozco Ocampo.

Revisada la actuación censurada, incorporada al expediente en fotocopia tomada en el curso de inspección judicial practicada por el *a quo* al expediente respectivo, a efectos de determinar si la mencionada funcionaria incurrió, en verdad, en la vía de facto que se le enrostro, se advierte lo siguiente:

4.1 Consta en acta de 18 de septiembre de 1997, que ante la Defensora de Familia del Centro Zonal Norte de Armenia (Quindío), se celebró audiencia de conciliación entre Jhon Giraldo Díez y Luz Elida Orozco Ocampo, para definir por la vía del acuerdo, entre otros aspectos, lo atinente a los alimentos de su menor hijo Juan David, a cargo del padre, comprometiéndose éste a suministrarlos en cantidad de \$100.000,00 mensuales desde el mes de octubre de 1997, pagaderos en los primeros cinco (5) días de cada mes mediante consignación en una cuenta personal de la madre, suma que se aumentaría a partir del "mes de enero", en la proporción que el Gobierno incrementara el salario mínimo legal.

Así mismo, que dicho acuerdo fue aprobado mediante auto dictado a continuación de la citada audiencia, el que seguidamente se notificó a las partes en forma personal (fls. 20-21, c-1).

4.2 Por auto de 26 de septiembre de 1997, la Defensora de Familia que intervinió en la mencionada conciliación, resolvió "Reponer en todas sus partes la conciliación celebrada el 18 de septiembre de 1997 y formalizada mediante acta de la misma fecha", a la vez que "Fijar como fecha para la celebración de una nueva audiencia el 9 de octubre de 1997 a las 10 a.m.", todo con sustento en que el 24 de septiembre de dicha anualidad, el señor Jhon Giraldo Díez, interpuso recurso de reposición contra el auto que aprobó la conciliación, "por no estar de acuerdo con las fórmulas de arreglo que se adoptaron ...".

Tal decisión fue notificada personalmente a las partes, ocurriendo la efectuada a Luz Elida Orozco Ocampo, el 26 de septiembre de 1997 (fl. 34, ib.).

4.3 El 16 de abril de 1999, la señora Orozco Ocampo formuló, por intermedio de apoderado judicial, demanda ejecutiva contra Giraldo Díez, para el pago de determinadas sumas irrisorias correspondientes a los alimentos del menor hijo común, causados entre el mes de octubre de 1997 y el mes de marzo de 1999, allegando como título ejecutivo, el acta de conciliación anteriormente mencionada y afirmando que desde el mismo mes de octubre de 1997 el padre del menor no ha cumplido satisfactoriamente con la obligación alimentaria, pues solo ha consignado la suma de \$50.000,00, dejando de cancelar el excedente.

El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado 2º de Familia de Armenia, despacho que libró el mandamiento de pago en la forma impetrada (fls. 22-28, ib.).

4.4 Notificado el demandado el mandamiento ejecutivo, formuló oportunamente la excepción de mérito que denominó "Inexistencia jurídica del título ejecutivo", fundado en que el acta de conciliación celebrada el 18 de septiembre de 1997, "se repuso" mediante resolución de 26 de septiembre del mismo año, la que allegó en copia (fls. 29-34, ib.).

4.5 El Juzgado accionado, mediante auto de 9 de agosto de 1999, se pronunció en el sentido de no dar trámite a la mencionada excepción, atendiendo que, de conformidad con el art. 152 del Código del Menor, sólo podía admitirse la excepción de pago.

Contra tal decisión se interpuso por el demandado el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, decidiéndose desfavorablemente el primero con apoyo en el mismo argumento que motivó la denegatoria del trámite de la excepción, al punto que el segundo no fue concedido argumentándose que por ser el proceso de única instancia, las decisiones allí tomadas no eran susceptibles de alzada (fls. 37-40, ib.).

5. La anterior reseña procesal pone de manifiesto que la actuación cuestionada a la Juez accionada, no está desprovista de justificación jurídica, como que se funda entre otras normas legales, en los artículos 136, inciso 2 y 152 del Código del Menor, el primero en cuanto prescribe que el acta de conciliación en materia alimentaria y el auto que la apruebe, "presalarán mérito ejecutivo, mediante el trámite del proceso ejecutivo de mínima cuantía ante los jueces de familia o municipales, conforme a la competencia señalada en la ley"; y el segundo al establecer que en dicha clase de procesos "no se admitirá otra excepción que la de pago."

Sin embargo, una cosa es que la decisión contenga una justificación jurídica y, otra, que la misma sea opuesta a la razón, o que la norma legal en la que se basa, esencialmente, no sea la llamada a regir el caso, como aquí acontece. En efecto, la disposición últimamente citada sólo es aplicable para el cobro ejecutivo de alimentos provisionales y definitivos fijados en procesos de alimentos, pues se ubica a continuación de las normas que regulan el trámite de dicha clase de juicios y prescribe: "La demanda ejecutiva de alimentos provisionales y definitivos, se adelantará sobre el mismo expediente, en cuaderno separado...". Es decir, se aplica en los casos de fijación de alimentos por el Juez de Familia o, en su defecto, por el Municipal del lugar de residencia del menor, merced a la iniciación de un proceso contencioso, por lo que mal podría extenderse en su parte restrictiva, esto es, en la prohibición de admitir excepciones distintas a la de pago, a los eventos en que la cuota alimentaria se fija por acuerdo de las partes en una audiencia de conciliación realizada ante un funcionario administrativo, como lo es el Defensor de Familia.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que el art. 152 del Código del Menor fuera aplicable al asunto en cuestión, habría de con-

cluirse que cuando se refiere a que sólo puede oponerse la excepción de pago, lo hace bajo el entendido de que no haya el menor asomo de duda en cuanto a la existencia de la obligación alimentaria, amén de que sea clara, expresa y exigible; como que estos requisitos los exige el art. 488 del C. de P. C. para que pueda librarse el mandamiento ejecutivo.

Por manera que habiéndose aducido la excepción de inexistencia jurídica de la obligación, fundándola en que el acta de conciliación esgrimida como título de recaudo, quedó sin piso legal desde mucho antes de presentarse la demanda ejecutiva, al haberse revocado por la funcionaria que lo profirió. el auto aprobatorio de dicho acto, en virtud de la prosperidad del recurso de reposición interpuesto por el obligado a prestar los alimentos, allegándose copia de la decisión respectiva, mal podría el juez escudarse en la interpretación exegética del art. 152 del Código del Menor, para negarse a tramitar la comentada excepción, máxime cuando de la citada prueba se infiere que para obtener el mandamiento de pago deprecado, la parte ejecutante guardó silencio sobre la existencia del acto revocatorio mencionado, no obstante conocerlo pues este le fue notificado personalmente.

6. Al obrar la funcionaria accionada en la forma indicada, incurrió en la vía de hecho entrostrada y ello amerita la protección del derecho al debido proceso y, por ende, al de defensa reclamada por el aquí accionante, sin someterse a la espera de una posible acusiosidad de la juzgadora de instancia, no demostrada hasta ahora, en punto de reexaminar el título ejecutivo al momento de dictar la sentencia de llevar adelante la ejecución, como lo plantea el *a-quo*, máxime cuando ha persistido en la tesis de que en el asunto examinado no cabe otra excepción distinta a la de pago.

En fin, el debate probatorio que debió adelantarse, es provechoso si se tiene en cuenta que en la determinación de revocar el auto aprobatorio de la conciliación aducida como título de recaudo, proferida por la Defensora de Familia, se fijó fecha para la celebración de una nueva audiencia de conciliación, ordenándose citar a las partes, lo que no permite descartar que se hubiera llegado a un acuerdo distinto al que pretende ejecutarse, tanto más cuanto que la ejecución se promovió por cuotas mensuales inferiores al monto de la inicialmente conciliada. Además, para que se examine con detenimiento la legalidad de la citada decisión de revocación del auto aprobatorio de la conciliación, pues de su texto se deduce que el recurso de reposición que dio paso a dicho acto, fue interpuesto extemporáneamente.

7. Consecuente con lo discurrido, la Corte revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, concederá el amparo solicitado, ordenándole a la Juez accionada que en el término de 48 horas adopte las medidas tendientes a resolver el memorial presentado por el demandado en condiciones de procedibilidad, en el susodicho proceso.

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, contenido y procedencia previamente puntuallizados y, en su lugar, CONCEDE la tutela instaurada por Jhon Giraldo Díez, en frente del Juzgado 2º De Familia De Armenia (Quiridio).

Consecuencialmente, ordénase a dicho despacho judicial que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, adopte las medidas tendientes a resolver el memorial presentado por el aquí accionante en el proceso ejecutivo de que antes se hizo mención.

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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simónicas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO EN CAMARA DE COMERCIO: Trámite prearbitral. 1. El trámite prearbitral es función pública, pasible de control constitucional. 2. Exclusión de árbitro. Para adoptar la decisión de excluir a un árbitro requería la Cámara de Comercio adelantar un debido proceso en el que se garantizara el derecho de defensa del sancionado / **DEBIDO PROCESO ARBITRAL:** competencia para conocer recusaciones. A partir de la vigencia del Decreto ley 2651 de 1991, los impedimentos y recusaciones que se presenten en el arbitramento institucional serán resueltos por el director del centro de arbitraje no por el juez civil del circuito.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Ref: Expediente No. 7603

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 1999 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual concedió la solicitud de amparo constitucional formulada por la abogado Martha Lucia Dimey Galindo contra la Camara De Comercio de esa ciudad.

ANTECEDENTES

I: Reclamó la accionante la protección de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, al trabajo y al buen nombre personal y profesional, que afirma le fueron vulnerados por la entidad accionada, según los hechos que así se resumen:

a. El 9 de marzo de 1999, la Cámara de Comercio le informó a la accionante que había sido designada como árbitro para integrar el Tribunal de arbitramento que decidirá las diferencias surgidas entre Gustavo Rodríguez Díaz - Grodec S.C.A. Ingenieros Civiles y el Municipio de Ibagué-

Valorización Municipal, aceptando el cargo mediante comunicación del día 15 siguiente, no obstante que su esposo adelanta proceso judicial contra el municipio, en el que ella es apoderada, pues entendió que este hecho no era motivo de impedimento, ya que el nombramiento se produjo por acuerdo entre las partes.

b. El 18 de marzo de 1999, luego de enterarse de que el apoderado del municipio desconocía esta circunstancia, le comunicó al Centro de Conciliación y Arbitraje la situación mencionada, dejando a su consideración la declaración del impedimento, petición que nunca fue resuelta. Al día siguiente, el municipio presentó recusación con fundamento en tales hechos, frente a la cual la accionante manluvo su posición, enfatizando en que estos no eran sobrevinientes como lo exige el artículo 130 del Decreto 1818 de 1998. No obstante, reiteró que se acogía a la decisión del Centro.

c. La recusación fue resuelta favorablemente al municipio el 31 de marzo pasado, sin tener en cuenta que el Tribunal de arbitramento ni siquiera se había instalado.

d. El primero de julio del año que cursa, le fue comunicado a la accionante que la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, en reunión celebrada el 14 de abril anterior, la había excluido de la lista de árbitros y de conciliadores, "por incumplimiento de los deberes y requisitos establecidos en la ley o reglamento del Centro", debido a la recusación aludida, sin que se le hubiere ofrecido oportunidad para defenderse (fl. 54), motivo por el cual solicitó la revocatoria de la decisión, que fue ratificada según se le informó el 2 de septiembre que pasó.

2. A la solicitud se le dio trámite por auto de fecha septiembre 15 de 1999, enterándose al accionado, quien se opuso al amparo aduciendo que el trámite de exclusión no tiene carácter administrativo, pues la Cámara es una entidad sin ánimo de lucro de origen gremial. En todo caso, señaló las razones por las cuales resultaba viable la sanción que impuso.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Lucgo de establecer que las decisiones proferidas en el trámite de un proceso arbitral son jurisdiccionales, pues de esa naturaleza es la función que cumple la entidad accionada, según normas que refiere, señaló el Tribunal que la determinación de excluir a la accionante de la lista de árbitros también merece ese calificativo, pues se trata de un acto "inescritible" de aquél (fls. 118 y 119).

Sin embargo, tras dejar claro que no cuestionaba "si se daba o no la causal" de recusación (fl. 119), acometió el análisis de la competencia para resolver sobre ésta, concluyendo, con fundamento en el artículo 135 del Decreto 1818 de 1998, que ella corresponde al Juez Civil del Circuito, por lo que dedujo que la actuación estaba viciada por falta de jurisdicción.

A partir de esta afirmación, consideró que la sanción de exclusión quedaba sin piso legal, agregando que se había violado el debido proceso a la accionante, cuyas "intervenciones ... deberán calificarse por quien corresponda previa a la imposición de la sanción respectiva, si a ello hubiere lugar." (fl. 120). Finalmente, precisó que no se violaban los derechos al buen nombre ni al trabajo, porque no se le impidió el ejercicio profesional.

Como consecuencia de estos y otros argumentos, concedió el amparo decretando la nulidad de todo lo actuado en el proceso arbitral, a partir del auto a través del cual se resolvió la recusación, ordenando que, para esos efectos, se remitiera el expediente al funcionario competente. De la misma manera, ordenó incluir nuevamente en la lista de árbitros a la accionante.

LA IMPUGNACION

Ambas partes impugnaron la sentencia, solo que de manera parcial la accionante, replicándola también el municipio de Ibagué.

La abogada peticionaria adujo como argumentos, que la nulidad debió declararse a partir del escrito de recusación, protestando porque nada se dijo sobre la violación del debido proceso en el trámite de imposición de la sanción y porque se omitió ordenar su inclusión en la lista de conciliadores. Controvirió igualmente el hecho de que no se hubieren amparado los derechos al buen nombre y al trabajo, pues con la sanción, afirma, se cuestiona su profesionalismo y se menoscaban sus oportunidades laborales.

La Cámara de Comercio, por su parte, tras reiterar los argumentos que expuso al pronunciarse sobre la solicitud de tutela, manifestó que el Tribunal aplicó una norma derogada, pues el competente para decidir sobre los impedimentos y recusaciones es el director del centro de arbitraje. Así mismo, sostuvo que no existe vía de hecho porque la Cámara no es una entidad pública, y que, si en gracia de discusión se aceptara que la decisión de la Junta es un acto administrativo, la accionante debió acudir ante la Superintendencia de Industria y Comercio para agotar la vía gubernativa.

En cuanto al municipio, afirmó su apoderado que el fallo del Tribunal es una vía de hecho, pues no solo irrumpió en un proceso arbitral afectando gravemente su desarrollo, sino que también desconoce que la directora del centro sí tenía competencia para resolver la recusación.

CONSIDERACIONES

1. Es evidente - porque así aflora *ab initio* - que el Tribunal equivocó su juicio para despachar esta acción de tutela, cuyo único propósito es la protección de los derechos al debido proceso, al buen nombre y al trabajo de la accionante, supuestamente vulnerados con la decisión tomada por

la Cámara de Comercio de Ibagué, de excluirla, sin previa fórmula de juicio, de la lista de árbitros y conciliadores del Centro de Conciliación y Arbitraje.

El error de esa Corporación nació de una desafortunada aprehensión de los hechos, porque si bien es cierto en los fundamentos de la solicitud de amparo y en los documentos que le sirven de soporte, igualmente de la autoría de la recurrente, se cuestiona la determinación adoptada por la Directora de dicho Centro en el sentido de aceptar la causal de recusación propuesta contra la accionante en el trámite del proceso arbitral de Gustavo Rodríguez Díaz S.C.A. GRODCO contra el Municipio de Ibagué, inadvirtió el juzgador de primer grado que se trata de un argumento más de los varios que pretenden sustentar la afirmación de la peticionaria según la cual, con fundamento en esa recusación, no podía separársele de las listas aludidas. En otras palabras, los derechos fundamentales cuya protección demanda la accionante, no se afirman lesionados por habersele separado del conocimiento del proceso arbitral tanto así que ella misma y desde un comienzo manifestó acogerse al pronunciamiento del Centro (fl. 3), sino por las consecuencias que a nivel administrativo dedujo la Junta Directiva de la Cámara de Comercio.

Por eso, entonces, al haber decretado la nulidad de toda la actuación surtida en el proceso arbitral en cuestión, a partir del auto de fecha 31 de marzo de 1999, que resolvió la recusación (nral. 3.2. de la parte resolutiva de la sentencia), el Tribunal desbordó el ámbito de la tutela, afectando a quienes ni siquiera fueron parte en su tramitación, concretamente a las personas jurídicas que, ad libitum, se sometieron a la justicia de los árbitros en procura de una pronta solución del litigio que las enfrenta.

2. No puede pasar la Corte inadvertido, que ciertamente el Tribunal aplicó una norma modificada, pues a partir de la vigencia del Decreto ley 2651 de 1991, los impedimentos y recusaciones que se presenten en el arbitramento institucional, que es el que se adelanta entre las referidas personas jurídicas, "serán resueltos por el director del centro de arbitraje" (Resalta la Corte, art. 19), precepto que fue adoptado como legislación permanente por la ley 446 de 1998 (art. 162).

Si bien es cierto el artículo 135 del Decreto 1818 de 1998, señala que es al Juez Civil del Circuito a quien corresponde la definición de aquellos, reproduciendo de esa manera el artículo 15 del Decreto 2279 de 1989, es evidente que esa disposición no tiene el efecto de revivir una norma que, como esta, fue modificada por la regla de descongestión aludida (arts. 3 y 14 ley 153 de 1887), máxime si se tiene en cuenta que el mencionado estatuto de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, no tiene fuerza material de ley, sino que apenas es un decreto ejecutivo, cuyo único alcance es el de sistematizar y compendiar las normas vigentes sobre la materia, tal como se dispuso en el artículo 166 de la ley 446 de

1998, que concedió las facultades al Gobierno Nacional para que "compile las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encuentren vigentes en esta ley, en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción, ni contenido..." (resalta la Corte).

En efecto, siendo claro que la expedición y reforma de los códigos es función exclusiva del Congreso (nrnl. 2 art. 150 C.P.), quien no puede conceder facultades al Presidente de la República para tales efectos (Inc. 3 nrnl. 10 ib.), tiéñese que las que fueron otorgadas en virtud del artículo 166 mencionado, no pueden entenderse como útiles para ese propósito y, por ello, las normas expedidas a su amparo no tienen la fuerza que es inherente a los decretos leyes que el Gobierno dicta en uso de las facultades extraordinarias propiamente dichas. Por eso el estatuto aludido no puede derogar ninguna disposición jerárquicamente superior, y mucho menos revivir preceptos que, como el artículo 15 del Decreto Ley 2279 de 1989, fueron separados del ordenamiento jurídico patrio por normas que, siendo idóneas para ello, el Decreto 1818 de 1998 no puede desconocer, pues su única función es -valga la pena reiterarlo-, "compilar unas normas legales sin cambiar su redacción y contenido, todo con el único fin de facilitar la consulta de las disposiciones agrupadas. Tienen entonces únicamente una finalidad sistemática, pero no derogan ni crean nuevas normas legales. En tal sentido, esos decretos son actos administrativos al servicio de la consulta de las leyes, pero no constituyen una nueva disposición legal autónoma"¹.

Llama la Corte la atención en el sentido de que la ley 446 de 1998, en lo pertinente, refleja la experiencia dismanante del Decreto Ley 2651 de 1991, cuya señalada motivación fue la de "descongestionar los despachos judiciales", (tal como lo quiso el constituyente de 1991 (lit. c) art. trans. 5º C.P.). Y con ese específico objetivo se fortaleció la denominada justicia arbitral - también conocida como justicia alterna o alternativa -, no solo modificando el procedimiento sino también la competencia que hasta ese momento tenían los Jueces Civiles de Circuito para pronunciarse sobre algunos aspectos - entre ellos la decisión de las recusaciones -, de suerte que con la única excepción del recurso de anulación - en todo caso posterior al agotamiento de la competencia de los árbitros -, puede afirmarse sin hesitación alguna que éstos -en el arbitraje institucional-, cumplen hoy por hoy con la función de administrar justicia sin que en el desarrollo del proceso intervengan los Jueces ordinarios. A esta realidad, que no es nueva, pues, se repite, se vino evaluando desde el decreto de descongestión aludido, responden entonces los esquemas normativos utilizados por

el legislador para materializar en el ordenamiento jurídico la voluntad del constituyente, primero a través de una disposición transitoria o con eficacia limitada en el tiempo, más no por ello de menor grado - cuyo efecto fue, realmente, suspender la vigencia del precepto hasta entonces imperante -, y luego por medio de una ley (446/98) sin condicionamiento temporal alguno - a partir de cuya promulgación se produjo la derogatoria tácita de aquél (cesación extrínseca de la vigencia de la ley) -, cumpliendo así el derecho con una función que le es connatural, "pues si éste se basa en la voluntad colectiva, ésta tiene que hallarse también en situación de modificarlo (derogarlo)"². Al fin y al cabo "El derecho positivo no es más que un ensayo gradual de realización de las reglas del derecho ideal. Las leyes, por consiguiente, son la obra de un día, la expresión de necesidades que pasan; ellas desaparecerán más temprano que tarde para ser reemplazadas por otras. Nada es pues más natural y de suyo más necesario que la abrogación o el retiro de las leyes"³. "a fortiori", si se reconoce - parafraseando a don Andrés Bello - , que al legislador, cualquier que él sea, no puede exigirselo más que el beneficio de una legislación temporaria.

Y se habla de derogatoria tácita (art. 71 C.C.), puesto que la disposición - hoy permanente - del artículo 19 del Decreto 2651 de 1991, conforme a la cual "Los impedimentos y recusaciones serán resueltos por el director del centro de arbitraje", no puede conciliarse con las contenidas, a ese respecto, en los artículos 14 a 16 del Decreto 2279 de 1989 - concebido con arreglo a una política legislativa diferente -, que asignaban dicha función al Juez Civil del Circuito. Ella riñe, en efecto, con una norma que es especial, "a fuer" que posterior a aquella (art. 3 ley 153 de 1887), al mismo tiempo que conspira abiertamente con la diáfana teleología que inspiró al legislador del año 1991, refrendada en el año 1998 con la promulgación de la referida ley 446, hija del loable propósito de descongestionar la justicia ordinaria, igualmente apellidada estática o tradicional, aún urgida de la adopción de mecanismos y herramientas que, con análoga pretensión, contribuyan a que sea aún más eficiente y expedita, en pro de los justiciables y, en general, de la sociedad toda, según inexorable mandato constitucional vertido en los artículos 2 y 228 de la Carta Política.

Es claro, entonces, que si la derogatoria tácita se genera cuando "la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior" (inc. 3 art. 71 C.C.), al amparo de la situación fáctica descrita en el aparte que antecede, debe admitirse que la facultad que otorga te-

² Enrico-Kipp-Wolff. Tratado de Derecho Civil. T. I-II. Parte General. Bosh. Barcelona, Pág. 171.

³ Beudant, Robert. Cours de Droit Civil Français. T. I. Rousseau, Editeurs, París, Pág. 167. En el mismo sentido Karl Larenz. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel. Madrid. Pags. 138 y 139.

nían los Jueces Civiles del Circuito de conocer de las recusaciones formuladas contra los árbitros, hoy por hoy, merced a los conocidos efectos extintivos que fluyen de la figura o instituto de la derogatoria preceptiva, está radicada en cabeza del Director del Centro de Arbitraje, quien dentro del marco del arbitramento institucional (art. 116 Dec. 1818/98), juega un protagónico papel, específicamente en lo que concierne al trámite prearbitral. Al fin y al cabo derogar, como lo reseña el profesor español José Puig Brutau, "es privar de eficacia a una norma válida por medio de otra norma posterior"⁴, efecto que, en lo pertinente, se produjo respecto de los artículos 14 a 16 del Decreto 2279 de 1989, en virtud del artículo 19 del Decreto 2651 de 1991, hoy dueño del atributo de la estabilidad legislativa, gracias a los dictados de la ley 446 de 1998, ley esta, sin duda alguna, de mayor prosapia que el Decreto 1818 de 1998, en lo que a la estructura jerárquica se refiere.

Por su importancia, es útil resaltar que el Consejo de Estado, con motivo del examen de legalidad de otras disposiciones del referido Decreto 1818, entre ellas el artículo 138, declaró su nulidad mediante sentencia del 8 de abril de 1999, precisamente por haber reproducido una norma sin vigencia, de suerte que frente a iguales supuestos debe el intérprete adoptar el mismo sentido de argumentación.

En síntesis, el Tribunal no sólo desbordó el ámbito de su potestad decisoria, irremiscuriéndose en un proceso desde todo punto de vista ajeno al tema constitucional propuesto por la accionante (*thema decissum*), sino que también aplicó un precepto "insubsistente", como ha quedado señalado, razón por la cual se impone revocar la sentencia en punto tocante con la declaración de nulidad de la actuación arbitral, obligándose el análisis sobre el asunto que debió ocupar la atención del Tribunal, según se precisó en el introito de estas consideraciones.

3. Se ha manifestado en repetidas ocasiones que la acción de tutela es un mecanismo excepcional, a la par que subsidiario y residual de protección de los derechos fundamentales de raigambre constitucional. Lo es frente a las autoridades públicas, y también frente a los particulares, ya que el juez constitucional no es el llamado a definir las controversias que se presentan cotidianamente en una sociedad, para las cuales, de antiguo, se tienen previstos en las leyes procedimientos ordinarios que tramitan los Jueces competentes.

De ahí que la Constitución Política, consciente de que las autoridades públicas, en puridad, no eran las únicas que podían pretermitir derechos de estirpe constitucional, en forma excepcional habilitó la acción de amparo "contra particulares encargados de la prestación de un servicio pú-

⁴ Introducción al Derecho Civil. Bosch. Barcelona. pág., 177.

blica o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión" (inc. 5 art. 86 C.P.), atendidos los eventos que desarrolla el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, pero sólo como reconocimiento de la posibilidad de violación de los derechos fundamentales por parte de aquellos. Pero aún en tales hipótesis, por cierto taxativas, no se puede perder de vista que dicha acción es de naturaleza subsidiaria, resultando improcedente si existe otro medio de defensa judicial, a menos que se proponga como mecanismo transitorio (art. 6 Dec. 2591/91), conforme lo ha reiterado una y otra vez la jurisprudencia sobre la materia.

4. En este orden de ideas, corresponde entonces analizar la procedencia de la solicitud de protección constitucional frente a una entidad que, como la Cámara de Comercio accionada, es persona jurídica de derecho privado, que cumple algunas específicas y singulares funciones públicas (arts. 78 y 86 C. de Cio.), sin desmedro de su indiscutida y anunciada calidad.

Se sabe que los particulares, válida y legítimamente, pueden ser investidos *pro tempore* de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros (inc. 5 art. 116 C.P.), y que esa función es pública por mandato expreso del artículo 228 de la Carta, como desde vieja data se ha considerado en la esfera nacional e internacional. Desde esta perspectiva, aunque es claro que las Cámaras de Comercio rigurosamente no administran justicia, en el sentido de desatar un conflicto o controversia interpartes - resulta importante esta clarificación -, sirven a ese elevado propósito a través de sus Centros de Conciliación y Arbitraje, cuyo reglamento debe aludir, entre otros aspectos, a la manera de conformar las listas de árbitros, sus requisitos, causas de exclusión, trámite de inscripción, forma de hacer su designación, tarifas de honorarios y demás pormenores que contempla el artículo 93 de la Ley 23 de 1991.

Ahora bien, como entidades privadas facilitadoras de la estructura necesaria para que los árbitros administren justicia y para que correlativamente los interesados tengan acceso a ella, con mayor razón desde que la ley 23 de 1991 prohibió y reguló el denominado arbitramento institucional, esto es, "aquel en que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje" (art. 90, modificado por el art. 112 de la ley 446/98), cumplen un específico rol estrechamente vinculado - desde su concreta óptica -, a la función hermenéutica asignada a los árbitros, que trasciende los aspectos de simple organización del Centro propiamente dichos y que atañe, en sí mismo, a la preparación del proceso arbitral, específicamente dirigido a la integración del Tribunal, trámite que la propia ley, con el alcance consignado en el artículo 4º del Código Civil, denomina "prearbítral" y que va desde el proveimiento sobre la solicitud de convocatoria, pasando por la eventual designación de los árbitros, hasta la entrega de la actuación surtida una vez aquél se instala (arts. 91 y ss.).

ley 23/91, 15 Dec. 2651/91, 119 a 122 ley 446/98), labores todas inherentes y, por ende, conectadas con la función pública de que se viene hablando, las más de las veces de naturaleza administrativa, es cierto, pero no por ello ajena al ceñimiento y al respeto que reclama el debido proceso, cabalmente entendido, esto es, no solo circunscrito a la esfera judicial, stricto sensu. Tanto es así que la ley, con carácter imperativo, reguló el aducido trámite, como se precisó de tipo preparatorio del proceso arbitral (fase antecedente).

A este respecto expresó la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento: "En particular, la etapa pre-arbitral aunque sea conducida por los directores de los centros de arbitraje, es objeto de estricta regulación por parte de la ley, que como se ha visto proyecta en ella un conjunto de normas imperativas que no pueden dejar de ser aplicadas por aquellos. Esta fase inicial está compuesta por una serie de actos de carácter procesal, a los que se adicionan otros de naturaleza puramente material u operativa, necesarios unos y otros para la conformación ulterior del Tribunal". Y más adelante agregó: "No es posible negar la importancia jurídica y procesal de la etapa pre-arbitral, dado que si bien en ella no se decide la controversia, si se hace patente el ejercicio de una función pública que debe cumplirse conforme a un procedimiento legal vinculante tanto para el Centro como para las personas convocadas. Pese a que en esta etapa no se decide la controversia, la garantía del debido proceso y el derecho de defensa pueden resultar comprometidos cuando se violan los preceptos legales que la gobiernan" (resalta la Corte). Por eso, entonces, al igual que sucede con los Jueces adscritos regularmente a la administración de justicia del Estado, lo relativo a la organización y funcionamiento del arbitramento institucional es, *mutatis mutandis*, asunto de interés general que no deja de ser nienos relevante por el hecho de que sean los particulares, en concreto los árbitros, los encargados - dentro de ese marco - de prestar el servicio de justicia. Por ello mismo, lo que es preparatorio de éste, como acontece con el trámite prearbitral que se comenta, es necesariamente función pública y, por contra, posible de control constitucional.

De ahí que no le sirva de rodela a la Cámara accionada su alegado carácter gremial y de derecho privado -los que no se ponen en duda-, para sustraerse de la aplicación de la arraigada, a fuer que plausible garantía constitucional del debido proceso a las actuaciones que adelante en orden a excluir a un árbitro o a un conciliador, con mayor razón si se atiende de la arquetípica naturaleza sancionatoria que inviste la prenotada actuación que, en lo venidero, le impedirá desarrollar una gestión de suma importancia: la de administrar justicia, en guarda de lo establecido por el

citado artículo 116 de la Carta Política. Ese derecho, que se concreta en la regla según la cual "Nadie puede 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" (inc. 2 art. 29 C.P.), tiene plena vigencia en las relaciones entre particulares⁶, máxime si se trata de aplicar un reglamento con efectos sancionatorios, por parte de una entidad que, con arreglo a lo señalado en líneas precedentes, cumple una función pública vinculada a la de administrar justicia, merced a las peculiares facultades y prerrogativas conferidas por la propia ley, según se acota.

No se olvide, sólo para avalar la tipología de facultades otorgadas a un particular, concretamente a la Cámara de Comercio, que el legislador de la década que se apresta a explorar le confirió al Director del Centro de Arbitraje y Conciliación, vale decir a un particular, en lo atinente a la resolución de las recusaciones formuladas, la misma facultad que, en el pasado, tenía un Juez de la República, razón por la cual la naturaleza de la función que aquel debe adelantar no se modifica por la simple sustitución orgánica, de suerte que dicha tarea - así como otras similares -, debe adelantarse con respeto de la preciada garantía del debido proceso, tanto más si se trata de una facultad de inobjetable trascendencia material y funcional. Al fin y al cabo ella se refiere, nada menos, que al examen y decisión acerca de un instituto cuyo propósito es preservar la imparcialidad del juzgador.

Sobre el mismo particular precisó la Corte Constitucional, que "en cuanto se trate de adoptar decisión que implique la imposición de sanciones, tiene aplicación el artículo 29 de la Carta, que plasma el derecho al debido proceso, por lo cual normas generales previamente definidas y conocidas por los asociados deben indicar las conductas sancionables, o faltas, las sanciones correspondientes y las mínimas garantías para la defensa de quien sea sindicado" (resalta la Corte)⁷.

Resalta la Sala que no debe existir controversia sobre el carácter público de la función que, a este respecto, cumplen las Cámaras de Comercio, pues - centrados en las tareas propias del trámite prearbitral -, cabe recordar que esa asignación responde a la denominada descentralización por colaboración, que se caracteriza, en opinión del doctrinante Gabino Fraga, "por no constituir parte integrante de la organización administrativa, por realizarse mediante organismos privados que al ejercituar una función pública colaboran con aquella organización, constituyen, según la expresión de B. Geny, instituciones colocadas en los límites del derecho público y del derecho privado, que descargan a la Administración de una

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-022/93.

⁷ Sentencia T-343 del 23 de noviembre de 1995.

parte de sus tareas, sin atenuar de manera apreciable su energía y su autoridad sobre los administrados²⁸.

En este orden de cosas, concluye la Corte que la exclusión de un árbitro o de un conciliador de las listas de un centro organizado para los efectos señalados, por traducirse en una decisión unilateral llamada a generar trascendentales consecuencias de variado orden, debe estar precedida de un procedimiento - o de la observancia de precisas reglas -, que le permita a aquellos ejercer el derecho de defensa y, en general, ser escuchado, así como atendidas y valoradas sus pruebas y alegaciones, respetando siempre el principio de legalidad, así como las demás garantías que consagra el artículo 29 de la Constitución, el que se torna, en tal virtud, en precepto de insoslayable aplicación.

5. Por tanto, cuando la Junta Directiva de la entidad accionada decidió excluir a la accionante de la lista de árbitros y conciliadores del Centro (fls. 17 a 19), sin previa fórmula de juicio - que además no está ni contemplada ni mucho menos desarrollada en su reglamento (fls. 22 a 35) -, y sin garantizarle previamente el derecho de su defensa - con independencia de la decisión final que se hubiere adoptado -, vulneró de manera puntual el debido proceso, aquilatada garantía de linaje constitucional, al mismo tiempo que de inequívoco significado supranacional, dado el reconocimiento que, al unísono, los tratados y convenciones internacionales le otorgan.

Nótese, para la comprobación del anunculado aserto, que en la comunicación 026249 del primero de julio pasado (fl. 16), la Cámara de Comercio se limita a informar la decisión tomada inaudita parte, sin que pueda decirse que la actuación surtida para definir la recusación cumple con ese propósito, pues una cosa es el cumplimiento de las tareas propias del Centro de arbitraje en el trámite prearbital y dentro de un específico conflicto, y otra bien diferente la que dio lugar a la interposición de la acción de amparo. En el primer caso, la Directora del Centro, efectivamente, le dio traslado a la accionante del escrito de recusación, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 133 del Decreto 1818 de 1998, según se aprecia en la comunicación 024849 del 19 de marzo del corriente año (fl. 78), pero en la segunda hipótesis, la misma persona, invocando ahora la calidad de Secretaria de la Junta Directiva, se limitó a "anexar copia de la decisión" que tomó ese órgano, refiriendo brevemente cuál fue la razón que motivó la determinación (fl. 86).

Tampoco sirve como elemento justificativo la actuación posterior a la decisión adoptada, que solamente refleja el propósito de solucionar la

²⁸ Derecho Administrativo. Editorial Porrúa S.A. México, Pág. 234. En sentido similar puede consultarse a Eduardo García de Enterría y Tomás Román Fernández, Curso de Derecho Administrativo. T. I. Civiles. Madrid, 1993. Págs. 41 y 42.

controversia constitucional sin necesidad de acudir a la jurisdicción del Estado. Menos aún se puede invocar como argumento la posibilidad de presentar recursos en la vía gubernativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, los cuales, para los efectos de la acción de tutela, no tienen, como es obvio, naturaleza judicial. Además, el acto cuestionado no está sujeto al control de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues no está vinculado a la función de llevar el registro mercantil u otras afines que la ley le ha asignado (arts. 87 y 94 C. de C.) Más aún, la propia accionada reconoció en comunicado del 6 de julio anterior, que el agotamiento de la vía gubernativa no estaba formalmente consagrado (fl. 21).

De otro lado, resulta importante subrayar - dada la tipología, a la par que el marco referente a las funciones asignadas al Juez de constitucionalidad, de suyo diferentes a las del Juez natural-, que la Sala no cuestiona o controvierte si la sanción, en su momento impuesta, es viable o no y, por ende, si resulta ajustada a derecho, toda vez que ella es del resorte privativo de la entidad accionada, según lo contemplan sus reglamentos. Simplemente se reprocha que para adoptarla, la Cámara debió adelantar, *ex ante*, un debido proceso, a fin de salvaguardar la vigencia de tan acisolado principio, demostrado, como ha quedado, que es un particular calificado, no ayuno del prenotado control de constitucionalidad, en atención a la función pública en su momento conferida, *ministerio legis*, la que en tal virtud no puede ser desatendida y, menos aún, relativizada, so pena de desvirtuar el "rol" que desempeña en el trámite prearbital, como se sabe de factura legal.

A ello, exclusivamente, se circunscribe el juicio constitucional y, por eso mismo, la Corte confirmará la sentencia en cuanto concedió el amparo solicitado, sin entrar a analizar las razones que motivaron aquella determinación que, se insiste, son del ámbito propio de la Cámara de Comercio de Ibagué, en concreto de su Junta Directiva, al tenor de lo establecido en el artículo 19 in fine del reglamento del Centro (fl. 31). De ahí que resulte innecesario verificar si se violó el derecho al buen nombre o al trabajo, ya que desapareciendo el acto provocador de la supuesta amenaza o lesión por irregularidades en su trámite y expedición, como se anotó, queda sin fundamento todo alegato en torno a los efectos que pudiera tener en cuanto al crédito profesional y el desempeño laboral de la accionante, que ciertamente podrían, en determinadas circunstancias ligadas a hechos ajenos y no propios del árbitro, resultar afectados por gracia de la información que sobre la exclusión se hace al Ministerio de Justicia, al Tribunal Superior y a los demás Centros, según se prevé en la norma del reglamento aludida.

6. Fluye de todo lo expuesto, que el Tribunal desbordó su competencia con la declaración de nulidad de la actuación adelantada en el proceso arbitral, pronunciamiento que no consulta la pretensión de amparo constitucional elevada, ni el ordenamiento jurídico sobre la materia.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada en lo concerniente a esa determinación, pero, consecuente con lo expresado en líneas anteriores, se confirmará en cuanto concedió la tutela del derecho al debido proceso, para lo cual se dispondrá dejar sin efecto las decisiones de la Junta Directiva de la entidad accionada, que excluyeron a la abogada peticionaria de la lista de árbitros y conciliadores de su Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, así como la que mantuvo esa determinación, a consecuencia de lo cual se le incluirá nuevamente en los referidos listados, todo sin perjuicio, claro está, de las decisiones y providencias que ulterior y autónomamente pueda adoptar por la pretendida infracción al reglamento, eso sí, con ajustado respeto de la garantía constitucional al debido proceso.

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,

1. CONFIRMA los numerales 3.1, 3.4, 3.5, y 3.6 de la sentencia impugnada.
2. REVOCA el numeral 3.2, relativo a la nulidad de lo actuado en el proceso arbitral y, en su lugar, dispone como medida de protección del derecho tutelado, dejar sin efectos la decisión de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Ibagué, que excluyó a la accionante de la lista de árbitros y conciliadores de su Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, así como la que mantuvo esa determinación.
3. MODIFICA, para adicionar, el numeral 3.3., en el sentido de que también se incluirá a la accionante en la lista de conciliadores, otorgando, para tal efecto, el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

Notifíquese telegráficamente a los interesados y, en oportunidad, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO CONCURSAL: Prelación de créditos a personas de tercera edad. Pago de CDT por parte de entidades financieras intervenidas.

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

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Ref: Expediente No. T- 7621

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia del veintinueve (29) de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, dentro del proceso de tutela promovido por Cecilia Peláez de Navarrete contra la Financiera Bermúdez & Valenzuela S.A. Compañía de Financiamiento Comercial en Liquidación.

ANTECEDENTES

1.- Cecilia Peláez de Navarrete, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la Financiera arriba citada, para que mediante el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, vida, salud y mínimo vital, se ordene al liquidador de la Sociedad accionada que en el término de 48 horas, proceda a cancelarle el valor del Certificado de Depósito a Término Nominalivo Número 091716000, el cual asciende a la suma de \$29.094.247.96, junto con los intereses que se causen hasta el momento del pago.

2.- En apoyo de su petición expuso los hechos que se comprendían a continuación:

2.1. El fruto de los ahorros de toda la vida y de la venta de la Droguería Cervantes, los ha ido invirtiendo en Certificados de Depósito a Término en la Sucursal de Cali de la Financiera accionada, dineros de los cuales sólo retiraba para su sostenimiento de manera parcial los intereses, pues el capital y el saldo de éstos los reinvertía en otro CDT.

2.2. El dinero que retiraba por el concepto mencionado, lo depositaba en una cuenta de ahorros de Davivienda y en la medida de sus necesidades disponía de él.

2.3. El último Certificado de Depósito a Término que le expidió la Compañía Financiera accionada fue el Número 091716000, por un valor de \$29.094.247.96, cuyo vencimiento acaeció el 27 de julio, sin que hasta la fecha le hayan entregado valor alguno correspondiente a intereses o a capital; no obstante que dichos ahorros constituyen su único medio de subsistencia, pues es viuda y en la actualidad cuenta con 85 años de edad, lo que la incapacita para laborar o desarrollar alguna actividad lucrativa, además de tener un precario estado de salud, como consta en las constancias que adjunta.

3.- La financiera accionada al responder la tutela, luego de hacer un recuento del proceso de liquidación de esa entidad (fis. 26 al 29, c. 1), informó sobre el caso concreto, que la señora Pelaez presentó la reclamación de su dinero y de los intereses causados hasta el 30 de junio del presente año, fecha de la toma de posesión por la Superintendencia Bancaria, reclamación, que al igual que las de los demás acreedores, se encuentra en trámite para definir su aprobación, de lo cual se dará cuenta en la resolución de reconocimiento de acreencias.

De otra parte explica, que son muchos los ahorradores que en virtud de su edad y condiciones han solicitado un tratamiento preferencial, a lo cual no se ha accedido dado que la ley no faculta al liquidador para realizar algún tipo de excepciones, habiéndose otorgado un tratamiento igualitario a todos, otorgándoles preferencia sobre los demás acreedores de la liquidación, pero impidiendo cualquier preferencia o diferenciación entre ellos, bajo el claro entendido que a todos los ahorradores se les afectó por igual como consecuencia del proceso de liquidación, porque la mayoría eran personas naturales cuyas inversiones correspondían al concepto de ahorro y no de excedentes de liquidez.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal concedió el amparo deprecado, porque consideró que el mecanismo que tenía la accionante para reclamar sus ahorros, no resultaba eficaz, frente a sus condiciones de vida como son la edad que supera los 80 años y la imposibilidad absoluta de desarrollar una actividad de índole laboral que le permita solucionar y superar las consecuencias derivadas del incumplimiento de la accionada, o de acudir al auxilio familiar, porque quedó demostrado que sus hijas no están en posibilidades de sufragar las necesidades siquiera elementales que requiere la actora por sus condiciones de salud, como consecuencia de la intervención quirúrgica del corazón a que fue sometida, según lo registra los datos clínicos que obran a folios 9 y 10 del expediente emanados del servicio de cirugía cardiovascular de la Clínica del Valle de Lili.

Al respecto fueron sus argumentos:

"La prueba testimonial y documental allegada, acredita con plena evidencia, que la señora Cecilia Peláez Vda. De Navarrete, depende en su totalidad para subsistir, de los valores que entregó a la Financiera Bermúdez & Valenzuela Compañía de Financiamiento Comercial, hoy en liquidación, y que la no entrega de esos valores de manera oportuna ha creado una situación que aboca a la accionante a graves eventualidades, entre ellas la relativa a la elemental pitanza, y en segundo término por las necesidades inmediatas que requiere solventar en lo atinente a su salud, deteriorada además con las precarias condiciones de vida ha que ha quedado sometida al no poder atender en el próximo muy adyacente futuro, las necesidades más elementales de supervivencia, según se demuestra en esta tutela en la cual se ha logrado evidenciar las urgencias y contingencias que debe superar de la manera más inmediata para evitar un perjuicio irremediable".

LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad legal la accionada impugnó la anterior decisión, alegando que en este caso no procede la tutela pues la accionante no se encuentra en estado de indefensión frente a ella, habida cuenta que la misma presentó la reclamación correspondiente, la cual se encuentra en proceso de revisión de acuerdo al trámite contemplado por la ley.

Para finalizar dicé que si bien es cierto la señora Peláez merece una protección especial en virtud de su edad y condiciones de salud, ésta corresponde al Estado de conformidad con lo establecido por la Constitución Política, no siendo pertinente otorgarla mediante un pago privilegiado, por fuera del proceso liquidatorio, en perjuicio de los demás ahorradores que igualmente se encuentran afectados por la situación de liquidación de esa entidad financiera.

CONSIDERACIONES

1. La causa que originó la solicitud de tutela dimana de la falta de pago por parte del liquidador de la sociedad accionada, del Certificado de Depósito a Término Nominativo Número 091716000, que había constituido la accionante por un valor de \$29.094.247.96 y dle los respectivos intereses, no obstante que dichos dineros constituyen el único medio de subsistencia de la señora Peláez, quien es viuda, tiene 85 años de edad y un delicado estado de salud.

2. Con la presente acción se pretende que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, vida, salud y mínimo vital, se ordene al liquidador de la Sociedad accionada que en el término de 48 horas, proceda a cancelar a la accionante el valor del Certificado de Depósito a Término mencionado, junto con los intereses que se causen hasta el momento del pago.

3. Luego de practicar varias pruebas el Tribunal concedió el amparo deprecado, decisión frente a la cual la accionada alega que ella no puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela pues la señora Peláez no se encuentra en estado de indefensión frente a esa sociedad que es de carácter privado, pues de ningún modo se le ha impedido el ejercicio del mecanismo consagrado por la ley para reclamar sus derechos.

4. Como quiera que la accionante plantea la falta de legitimación por pasiva, la Corte se referirá en primer lugar a tal aspecto.

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

Con apoyo en dicho precepto, la Corte Constitucional al examinar si las entidades privadas que desarrollen las actividades mencionadas, podrían ser sujeto pasivo de una acción de tutela precisó:

"Adicionalmente el artículo 335 de la Constitución Política, se refiere a las actividades financieras, bursátil y aseguradora como de interés público. Esta norma armoniza con la previsión del artículo 189, numeral 24, a cuyo tenor 'corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa'. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público".

"Así entonces, la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste un interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (art. 1º. de la C. P.)".

En ese orden de ideas concluyó la autoridad mencionada en la misma sentencia, que los particulares que desarrollen actividades similares a la prestación de un servicio público que comprometan el interés general, son susceptibles de ser demandados por vía de tutela cuando con sus actuaciones vulneren o amenacen algún derecho constitucional de carácter fundamental, "porque entenderlo en otra forma llevaría a un desconocimiento del derecho a la igualdad frente a las entidades públicas que prestan determinado servicio en forma directa; y cuyas actuaciones se encuentran

sueltas al control legal a través de la acción de tutela, en tanto que las entidades particulares que desarrollan la misma actividad, estarían exentas de esta carga, generándose una evidente e injusta discriminación".

5. Examinado el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Financiera Bermúdez & Valenzuela S.A. Compañía de Financiamiento Comercial En Liquidación Obligatoria, se observa que su objeto social "consiste en captar en moneda legal recursos del público en depósitos a la vista o a término de conformidad con lo que al respecto establezca la ley, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito..." (fl. 21, c. 1).

De modo que, la legitimación pasiva de la accionada no deviene del estado de subordinación o indefensión en que se pueda encontrar el afectado respecto de ella en su condición de persona jurídica de naturaleza particular, sino de la actividad financiera que desarrolla por ser ésta reconocida como un servicio público.

6. Dilucidado lo anterior procede determinar si en el presente asunto se encuentra comprometido un derecho constitucional fundamental, requisito indispensable para que proceda la acción.

Para disipar ese interrogante, resulta conveniente rememorar, que con ocasión de la revisión de unos fallos que denegaron la solicitud de tutela con apoyo en una causa similar a la que ocupa la atención de la Sala, la Corte Constitucional puntualizó que de aparecer demostrado que el mínimo vital que requiere el afectado para garantizar una vida digna depende de la suma de dinero que haya entregado en depósito a alguna entidad financiera cuyos fondos hayan sido congelados en virtud de haber sido intervenida y hallarse en estado de liquidación, no cabría duda "que sus derechos fundamentales a la salud y a la vida prevalecerían y que en consecuencia, retener dichas sumas, aún por los motivos de interés general que truca el acto administrativo que ordenó la intervención de la accionada, occasionaría un perjuicio irremediable que vulneraría el núcleo esencial de los derechos para los cuales solicitan protección"².

7. Examinado el caso concreto se advierte, que la accionante es una persona de 85 años de edad (fl. 1), viuda (fl. 3), que tiene un delicado estado de salud en virtud del reemplazo de la válvula mitral que le fue practicado (fls. 8 al 10), y que deriva su sustento de los créditos que recibía del capital que entregó en depósito a la Sociedad accionada.

En torno de las personas que pertenecen a la tercera edad, se ha considerado que esa condición por sí sola es suficiente para justificar la concesión del amparo frente a derechos o situaciones que en principio estarían

² Cfr. Corte Constitucional sentencia T 735 de 1996.

sustraidos de esa prerrogativa, porque respecto de ellas existe una presunción de "debilidad manifiesta" derivada de la calidad de "ser anciano", situación que los hace acreedores de una protección especial por parte del Estado¹.

B. Así las cosas se impone la confirmación de la decisión del Tribunal, pues es claro que las condiciones de salud, de vejez y económicas en que se encuentra la señora Peláez, ameritan que se le otorgue un trato diferente al de los demás ahorreadores de la entidad financiera intervenida, pues es evidente que el medio ordinario que tiene a su disposición para recobrar el dinero que le permitirá llevar una vida digna no resulta eficaz frente a las condiciones anotadas, que requieren de protección inmediata, pues de no ser así se causaría un perjuicio irremediable.

No obstante únicamente se ordenará la devolución del capital invertido, pues dicha suma se considera suficiente para que la accionante atienda sus necesidades primordiales. Corisecuenteamente, para obtener el pago de los intereses, debe someterse al trámite ordinario de la liquidación.

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:

Primer: Modifíquese la sentencia de fecha y lugar de procedencia mencionada, en el aspecto anotado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: 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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

¹ Art. 18 de la C.P. *infine*.

EPS: Medicamentos no incluidos en el POS. Solo cuando estén seriamente comprometidos los derechos a la vida, la dignidad, la integridad o al libre desarrollo de la personalidad cabe anteponer la Constitución a los reglamentos. Las limitaciones o restricciones del POS por sí mismas no son causa de vulneración de los derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá. D.C., veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Ref.: Expediente N°. 7743

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 1999 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Riohacha, por medio de la cual concedió la solicitud de amparo constitucional formulada por Nuby Villoria de Robles, contra el Instituto de Seguros Sociales, E.P.S. - Seccional Guajira.

ANTECEDENTES

1. Demandó la accionante la protección de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, supuestamente vulnerados por el Instituto accionado, quien se ha negado a suministrarle los medicamentos que le fueran recetados por el Dr. Samuel Paternina Quintana, "necesarios e inescindibles frente al cáncer detectado (fl. 1).

Aduce la peticionaria que es beneficiaria del organismo accionado, habiéndosele autorizado por el especialista los medicamentos Acupril, Posture D y Eucalem (Oedronal), que no le entregan por no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

2. A la petición de tutela se le dio trámite por auto de fecha septiembre 27 pasado, corriéndose traslado de ella a la entidad accionada, quien aceptó la mayoría de los hechos pero adujo que los medicamentos formulados "pueden ser reemplazados por las drogas que se encuentran en el POS" (fl. 25).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de precisar que el derecho a la salud se encuentra íntimamente ligado al derecho a la vida, que la accionante "padece de cáncer de mama y que el tratamiento indicado es con el fin de prevenir la osteoporosis y disminuir el riesgo de fracturas", concluyó el Tribunal que no era procedente sustituir los medicamentos señalados por el especialista, los cuales deben suministrarse para no poner en riesgo la vida (fl. 55). Por tanto, concedió el amparo solicitado en cuanto a las drogas Posture-D y Eucalem.

LA IMPUGNACIÓN

Por intermedio de apoderado judicial que constituyó para el efecto, recurrió el Instituto la sentencia de tutela insistiendo en que "las drogas fueron formuladas fuera del P.O.S. cuando en él existe la equivalencia" (fl. 65), argumento al que agregó que no tiene por qué conocer las circunstancias económicas de sus afiliados.

Finalmente, solicita se precise quién deberá hacer el reembolso del costo de los medicamentos.

CONSIDERACIONES

1. Repetida jurisprudencia ha señalado que los derechos a la salud y a la seguridad social son programáticos y de naturaleza prestacional, que adquieren la calidad de fundamentales cuando, en determinadas circunstancias, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art. 1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16)¹¹.

Pero también se ha dicho que las empresas promotoras de salud sólo están obligadas a suministrar a sus afiliados y beneficiarios los medicamentos y procedimientos previstos en el Plan Obligatorio, sin que sus limitaciones o restricciones constituyan, por si mismas, causas de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales¹². So pretexto de la afectación de la salud, que es inherente a toda enfermedad, no se puede afirmar que las mencionadas entidades deben atender cualquier requerimiento médico, así no esté previsto en los ordenamientos jurídicos sobre la materia, razón por la cual, sólo cuando está seriamente comprometido uno de los derechos atrás mencionados, cabe anteponer la Constitución a dichos reglamentos para aplicarla en forma directa, pues "no puede olvidarse que en estos supuestos, se están utilizando recursos de la sociedad, impli-

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-428/92.

¹² Corte Constitucional, sanciones 501-819-819 de octubre 20/99 y T-757 de Dic. 4/98.

tados y normalmente escasos, con riesgo al equilibrio del sistema mismo de seguridad social en salud^{1).}

Para conceder la protección de los derechos fundamentales amenazados o lesionados por la rígida aplicación de las exclusiones contenidas en el Plan Obligatorio y, consecuentemente, poder ordenar a la EPS que entregue los medicamentos recetados o autorice la intervención prescrita por fuera de aquél, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional², a saber: a) Que la persona sea afiliada o beneficiaria del sistema y, si se trata del régimen contributivo, que se encuentre al día en el pago de sus aportes; b) Que el medicamento o tratamiento, sin ser experimentales, sean indispensables para superar la amenaza cierta al derecho a la vida o a la integridad personal o a la dignidad de la persona³, puestos en peligro por una enfermedad para la cual los expertos recomiendan aquellos, sin posibilidad de sustitución. Por tanto, si dentro del POS se prevén otras drogas o intervenciones que pueden conducir al mismo resultado (sucedáneas), la acción de tutela no tiene cabida, sin que la calidad de genérico o comercial del producto interese para los efectos de condicionar la procedencia; c) La persona debe acreditar que no se encuentra en capacidad de asumir el costo de financiación, y d) El médico tratante que recomienda el procedimiento o medicamento, debe estar adscrito a la EPS.

2. Descendiendo con estas premisas al caso que ocupa la atención de la Sala, fácilmente se concluye que la petición de amparo no podía prosperar, por las siguientes razones:

a. En primer lugar, aunque la señora Viloria sostiene que los medicamentos eran necesarios para el tratamiento de un cáncer, el propio médico que los prescribió, el Dr. Paternina, precisó en su declaración que "no son drogas para el cáncer de mama", sino para disminuir los riesgos de fracturas por osteoporosis y para la hipertensión (fls. 21 y 22).

b. En segundo lugar, de la respuesta dada por el Instituto accionado y de la declaración del médico tratante, se desprende que dos de los medicamentos prescritos pueden ser sustituidos con igual eficacia por otros que si se encuentran contemplados en el POS. Así, el Posture-D no es "la única opción porque hay una cantidad de productos similares" (fl. 20), y el acupril "se podría remplazar por una que sea miembro de la familia de los inhibidores de la enzima convertidora como el captopril 50 mgs dia o enapril 20 mgs dia" (fls. 20 y 21), el primero de los cuales de hecho se le recibió en agosto 26 pasado (fl. 22).

¹ Ibidem

² Corte Constitucional, sentencias T-560 y 561 de octubre 6/98

³ Corte Constitucional, sentencia T-757, dic. 4/98.

c. Y en cuanto al Eucalen, aunque no se refiere qué droga podría reemplazarlo, el médico precisó haberlo prescrito "para proteger la matriz ósea, ya que la paciente tiene la fotalasa alcalina muy alta, indicando esto mayor riesgo de osteoporosis ..." (fl. 20), lo que sugiere una medida de carácter preventivo que, como tal, descarta el peligro inminente de vulneración del derecho a la vida, rectamente entendido.

Si a ello se agrega que los medicamentos genéricos existentes en el mercado son efectivos y sobre ellos el ISS "tiene un buen control de calidad", como lo asevera el médico tratante (fl. 22), no podía entonces concederse la protección reclamada, menos aún si tampoco se acreditó que la accionante careciese de recursos para solventar los medicamentos.

3. En consecuencia, se revocará la sentencia del Tribunal y, en su lugar, se negará la protección reclamada.

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, REVOCA la sentencia de fecha y procedencia preanotadas, para en su lugar, NEGAR la solicitud de amparo constitucional formulada por la accionante.

Notifíquese telegráficamente a los interesados y, en oportunidad, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Sturnano, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: Recurso de apelación. La falta de sustentación del recurso de apelación tiene como consecuencia la denegación del recurso, no su declaratoria de deserción. Una decisión proferida en éste sentido, mediante auto de cumplirse, vulnera el derecho al debido proceso./Notificación por comisionado. Ni el artículo 90, ni el 97 del CDU estipulan que cuando la notificación se realice por intermedio de comisionado el término para la impugnación y sustentación del recurso empieza a correr a partir de la llegada a la sede del despacho comisorio

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Referencia: Expediente No. T. 7658

Decidese la Impugnación formulada contra la sentencia del doce (12) de octubre de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, dentro del proceso de tutela promovido por Aldemar Medina Quintero contra la doctora Carlina Mireya Varela Lorza, Magistrada del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y otros.

ANTECEDENTES

1.- Aldemar Medina Quintero, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra la funcionaria mencionada y los señores Ximena Morales Gamboa y Gustavo Arango Arbeláez, en su condición de Secretaría de la Sala mencionada y citador, respectivamente, para que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y a recibir información veraz e imparcial, se suspenda la aplicación de los efectos de la providencia de 20 de agosto de 1999 dictada dentro del proceso disciplinario radicado bajo el número 02074, el cual se inició en contra del accionante, por queja presentada por la señora Donny Osorio Franco.

2.- Del extenso y por demás confuso libelo [fis 270 a 291.c.1], se puede inferir que dos fueron los motivos que originaron la solicitud de tutela, a saber: el primero hace referencia a la información inexacta, que según el accionante se le suministró a él, vía telefónica, y, a sus emisarios, doctores Justiniano Torres y Colombia Medina Quintero, de manera personal, respecto de la llegada del despacho comisorio Nro. 0827 de 30 de junio de 1999, mediante el cual se le notificó de manera personal el proveído dictado el 29 de junio de ese mismo mes, que le impuso una sanción en el ejercicio del cargo como Juez Civil del Circuito de Sevilla (Valle), por el término de 90 días, información que era de singular importancia porque de ella dependía el poder ejercer de una manera efectiva su derecho de impugnación frente a la decisión mencionada; irregularidad que atribuye a los empleados accionados. El segundo, hace relación al auto del 20 de agosto de 1999, emitido por la Magistrada accionada, el cual es tildado por el accionante como una vía de hecho, pues desconoce lo establecido en los artículos 84 y 104 de la Ley 200 de 1995, conforme a los cuales la falta de sustentación del recurso de apelación trae como consecuencia la no concesión del recurso, decisión que debe ser notificada y que por ende haría expedita la interposición del recurso de queja al tenor del artículo 105 *eiusdem*.

Explica el recurrente que la funcionaria accionada declaró desierto, por un auto de cumplirse el recurso de apelación por no haber sido objeto de sustentación oportuna, efectuando así "una interpretación desquiciada y morbosa de la ley, cerrándome todo mecanismo de defensa judicial, hasta el punto de que el único que está a mi alcance es la acción de tutela. (...) puede afirmarse que la Señora Magistrada, omitió dar aplicación al Artículo 104 de la Ley 200 de 1995 en su parte tristíme (sic), porque no declaró la concesión del recurso sino otro ordenamiento no establecido en la misma (Declaratoria de desierto) mucho menos dispuso notificarme personalmente de la providencia, violándome en forma flagrante el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, derechos garantizados plenamente por el ordenamiento Constitucional vigente. No existe pues justificación jurídica para tal proceder pues el Artículo 84 y 104 de la Ley en cita contienen un mandato claro que el juez debe aplicar en su tenor literal. La interpretación de la norma que hizo la Señora Varela Lorza, resulta irracional, arbitraria y caprichosa, toda vez que 'donde no distingue el legislador no le es dable distinguir al intérprete', es decir que no se actuó en derecho al interpretar una norma que no se adroite interpretación".

3.- Enterada la doctora Varela de la acción impetrada en su contra, respondió, que luego de haberse notificado la providencia sancionatoria mediante comisionado, "el 5 de agosto de 1999 corriendo su ejecutoria en la Secretaría de la Sula los días 12, 13, 17, 18 y 19 y el cual pasó, nuevamente a despacho el 20 del mismo mes y año para efecto de la decisión adecuada, la cual atendiendo a que el recurso interpuesto vía fax el último

día hábil, para ello no fue sustentado debidamente, se declaró desierto en un auto de cumplirse porque no es de aquellos que conforme a lo preceptuado en el artículo 84 de la ley 200 de 1995 deba, ciertamente, notificarse en tanto en el mismo no se negó el recurso de apelación sino que, por el contrario, se declaró desierto por falta de sustentación" (fls 302, c. 1).

Para finalizar dice, que con posterioridad a lo anotado, su actuación se limitó a resolver lo pertinente a las peticiones de abrir investigación disciplinaria contra los empleados de la Secretaría por los hechos denunciados por el accionante, accediendo a lo pedido mediante auto de 1º. de septiembre del presente año.

A su turno, el citador accionado dio respuesta aceptando que la doctora Colombia Medina Quintero se presentó a la Secretaría de la Sala en varias oportunidades, sin recordar las fechas exactas, siendo atendida por él quien le suministraba la información que aparecía en los libros, en los que no constaba la llegada del comisario y que solamente hasta el 19 de agosto de 1999, en horas de la tarde, que revisó el expediente que estaba en trámite en la Secretaría, pudo darse cuenta que desde el 11 de agosto del año en curso se encontraba anexo al mismo debidamente diligenciado (fl 303, ib.).

Por su parte la doctora Ximena Montes Gamboa, acotó que ella no tuvo conocimiento que a la Secretaría a su cargo se hubiesen presentado los doctores Dora Colombia Medina Quintero o Justiniano Torres a solicitar información sobre la llegada del comisario mencionado, además de aducir que ese tipo de informaciones se suministran en forma personal al disciplinado o a su defensor que son los que constituyen parte dentro del trámite disciplinario, no estando autorizada esa Secretaría para dar ninguna información a personas ajenas al proceso, "mas cuando en forma personal se le notificó por intermedio de comisionado al disciplinado la sanción impuesta por la Sala" (Fls. 332 a 336, c. 1).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de elaborar un marco conceptual y jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela frente a las decisiones judiciales, además de hacer alusión a lo establecido en el caso concreto, el Tribunal denegó el amparo deprecado en contra de los empleados accionados, pues consideró que de las respuestas dadas por éstos no se vislumbraba que se hubiese suministrado información falsa o tendenciosa o se hubiera ocultado a las personas que la solicitaron en relación con el despacho comisario, máxime que siendo el accionante abogado y por mucho tiempo juez, "alguien que no puede alegar falta de conocimiento en esta materia se notificó personalmente de la sentencia que lo sancionaba, en agosto 5 de este año, es decir conoció la sentencia en su contra, y por lo tanto quedó enterado de cuándo vencía el término para impugnarla. Es que bien pudo, el día que

se notificó impugnar la decisión, y presentar la sustentación del recurso posteriormente, bien personalmente o a través de un apoderado.

"Así las cosas, no puede afirmarse que hubo vulneración al derecho de defensa, pues dadas la condiciones especiales del tutelante, enmarcadas por sus conocimientos en los aspectos procesales, no puede alegar su falta de prudencia al someterse a los meros informes que podían transmitirle terceros ajenos al proceso disciplinario, en aspectos tan importantes y de tanta trascendencia como el recibo del despacho comisario, que definía en la Secretaría de la Sala el término en que se iniciaba y vencia su derecho a recurrir".

Precisado lo anterior, pasó el Tribunal a examinar si el mencionado auto de 20 de agosto del año en curso que declaró desierto el recurso de apelación constituiría la vía de hecho que se alegaba, concluyendo, luego de hacer alusión a los principios rectores, debido proceso y reglamentación de los recursos del Código Disciplinario Único que si lo era, pues dicha normatividad consagra un precepto claro y expreso que contiene el efecto por la no sustentación de los recursos, el cual es su no concesión, no resultando por ende "acorde con el debido proceso no darle aplicación, máxime que la norma disciplinaria prevé la notificación del auto que niega la apelación (art. 84 C.D.U)".

Consecuentemente tuteló el derecho fundamental al debido proceso del accionante, dejando sin ningún efecto legal el auto mencionado y ordenando a la Magistrada accionada que en el término de 48 horas si fuientes a la notificación de esa providencia, proferiera el auto que en derecho corresponda.

LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad legal tanto el accionante como la Magistrada accionada impugnaron la anterior decisión.

El primero manifiesta que no está de acuerdo con la decisión adoptada por el Tribunal en relación a los empleados accionados, porque así se daría patente de corso para que suministren informaciones inexactas u oculten las mismas.

Agrega, que no es justo que no se hubiesen tenido en cuenta sus circunstancias fácticas, pues en virtud de la distancia, recargo de trabajo y aspectos de seguridad le era imposible estarle trasladando a la ciudad de Cali a indagar de manera personal sobre el asunto en cuestión.

A su turno, la Magistrada Accionada, luego de transcribir alguna jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las vías de hecho, alegó que la decisión de declarar desierto el recurso de apelación no lo era, pues para denegar su concesión el juez "debe contar con la existencia propia del recurso de apelación y éste solo surge a la vida jurídica, de acuerdo a lo

establecido en el artículo 104 de la Ley 200 de 1995 cuando se interpongan y sustenten "...desde la fecha en que se dictó la providencia, hasta el término de cinco días, contados a partir de la última notificación ..." (artículo 97 de la Ley 200 de 1995), lo que tanto quiere decir que resulta inescrutable el acto de manifestación expresa de la apelación como su propia sustentación pues que esta última resulta ser, en los términos dichos, requisito de procedibilidad del mismo, y sin la cual, consecuentemente, no puede hablarse de "apelación jurídicamente interpuesta".

CONSIDERACIONES

1. La causa que originó la solicitud de tutela ordinaria de lo decidido por la Magistrada accionada mediante auto del 20 de agosto del año en curso, mediante el cual se declaró desierto el recurso de apelación que interpuso el accionante contra la sentencia de 29 de junio de este mismo año, dictada dentro del proceso disciplinario radicado bajo el No. 02074, que le impuso una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo de Juez Civil del Circuito de Sevilla (Valle), por el término de noventa (90) días.
2. Con la presente acción se pretende que mediante el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, se suspenda la aplicación de los efectos de la providencia mencionada.
3. En virtud del artículo 29 de la Constitución Política el debido proceso se debe aplicar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Dicho mandato dispone que toda persona tiene derecho a ser juzgada conforme a leyes preexistentes al acto que se le impulsa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada Juicio, derecho que cobra mayor relevancia en las actuaciones de índole sancionatoria.

4. El Código Disciplinario Único contempla entre los principios que regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado los de imparcialidad y publicidad, que comportan el que sus autoridades actúen teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en propender por investigar la verdad de los hechos y sancionar a los responsables, pero garantizando los derechos de las personas sin discriminación alguna, derechos entre los cuales se destaca el de conocer y controvertir, por los medios legales, las decisiones adoptadas¹.

5. Analizado el caso concreto a la luz de los someros conceptos anotados, estima la Corte que la decisión del Tribunal debe mantenerse, porque lo cierto es que, como bien lo señaló el *a quo*, la consecuencia que

¹ Arts. 73, 77 y 79 de la Ley 200 de 1995.

establece la normatividad disciplinaria por la falta de sustentación del recurso de apelación es la denegación del recurso, mas no su declaratoria de deserción², distinción que tiene carácter trascendente porque dicha legislación señala de manera taxativa las providencias que deben ser objeto de notificación³, siendo una de ellas la que niega el recurso de apelación, notificación que también es de singular importancia porque élla abre la posibilidad de interponer el recurso de queja frente al auto que rechace el de apelación⁴.

De modo que, no existe duda que la Doctora Varela, al declarar desierto el recurso de apelación por falta de sustentación, mediante un auto de cumplirse (fl. 10, c.1), vulneró de manera flagrante el procedimiento disciplinario, de un lado, al adoptar una decisión que no consagra el mismo, y de otro, al no notificarla, no obstante que el principio de publicidad que rige la actuación disciplinaria, impone a las autoridades dar a conocer sus decisiones mediante las notificaciones que las normas vigentes establezcan, desconociendo así, además, el derecho que tiene el disciplinado de impugnarlas, cuando hubiere lugar a ello⁵.

En modo alguno resultan de recibo los argumentos expuestos por la Magistrada accionada en el escrito de impugnación, porque la interpretación que ella efectúa del artículo 104, es evidentemente ilegal, desde luego que el legislador no impuso la carga de impugnar y sustentar en un solo acto, sino para cuando la notificación se haya efectuado en estrados, como de manera clara lo indica el artículo 97, *eiusdem*, que reza:

"..Los recursos se podrán interponer y deberán sustentarse desde la fecha en que se dictó la providencia hasta el término de cinco (5) días, contados a partir de la última notificación. Si ésta se hizo en estrados la impugnación y sustentación sólo procede en el mismo acto".

Irrazonabilidad que refulge, porque las normas de hermenéutica imperan que cuando el sentido de la ley es claro, no se debe desatender su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu, amén de que los preceptos procedimentales son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento.

De modo que, como ya se había anticipado, debe ser objeto de confirmación el amparo deprecado.

6. Pasando a analizar la impugnación propuesta por el accionante, quien no se encuentra conforme con la decisión adoptada en relación con los empleados accionados, de entrada estima la Corte que dicha decisión

² Art. 104.

³ Art. 84.

⁴ Art. 105.

⁵ Literal d del art. 73 y numeral 1º. del art. 79.

también debe ser objeto de confirmación, pues ni el artículo 90 que trata de la notificación por funcionario comisionado, ni el mencionado artículo 97 que regula lo referente al término para interponer y sustentar los recursos, estipula que cuando dicho acto se realice por intermedio de comisionado el término para la impugnación y sustentación del recurso empieza a correr a partir de la llegada a la sede del comitente del despacho comisorio.

Por tanto, si la secretaria o el citador accionados suministraron alguna información inexacta, ella no tendría la connotación suficiente para atentar o vulnerar los derechos del accionante, pues a él se le notificó en forma personal el fallo que lo sancionaba (fl. 6), debiendo tener conocimiento que a partir del día siguiente le empezaba a correr el término que le concedía la ley para impugnar y sustentar el recurso, porque como se indicó, el régimen disciplinario no contempla un término diferente para el evento en que la notificación se realice por intermedio de comisionado. Además, la conducta de los empleados mencionados debe ser objeto de investigación en su escenario natural, es decir dentro de un proceso disciplinario, como ya lo dispuso la Magistrada accionada mediante auto del 1º. de septiembre del año en curso (fl. 13, c. 1).

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:

Primer: CONFIRMAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada.

Segundo: 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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

CRÉDITO HIPOTECARIO: La acción de tutela es improcedente para obtener que conforme las decisiones de inexequibilidad de algunas normas del régimen del sistema UPAC se revisen liquidaciones judiciales de crédito en firme.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 7676

Decídese la impugnación formulada por Juan Fernando Ocampo Vivas contra el fallo del 8 de octubre de 1999, proferido por el Tribunal Superior - Sala Civil - del Distrito Judicial de Buga, en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra el Juzgado 1º Civil del Circuito de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. El accionante aduce vulneración del derecho al debido proceso, para su restablecimiento pide que se ordene al accionado reliquidar el crédito, con base en el IPC y no en la DTF, por el cual fue ejecutado, y para que la diferencia le sea entregada o abonada a la deuda, con el fin de que, por lo menos, quede a paz y salvo.

Narra que el Banco Central Hipotecario le hizo un préstamo en UPAC para vivienda, con garantía hipotecaria, por el cual posteriormente se le ejecutó y se le remató el inmueble en el Juzgado accionado.

Precisa que en ese proceso, mientras la liquidación del crédito se efectuó en UPAC, sometido a la fluctuación de las altas tasas de interés que lindan con la especulación financiera, el avalúo del inmueble se hizo en pesos, con notorio desequilibrio en su contra porque además de perder el bien quedó debiendo una suma igual al crédito inicial, lesionándose de esta manera su derecho al debido proceso, siendo que este sistema de crédito fue recientemente declarado constitucional. Acude a este mecanismo de la tutela porque la sentencia ejecutiva del accionado se encuentra en firme.

3. El despacho accionado informó que al ejecutado se le notificó el auto de mandamiento de pago y no propuso excepciones, por lo que se dictó sentencia ordenando el avalúo y remate del inmueble, se liquidó el crédito con base en la certificación del UPAC, que no fue objetado por las partes, y luego se adjudicó en la subasta el bien al ejecutante.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El fallador, con apoyo en jurisprudencia constitucional y de esta Corporación, recuerda que la tutela no procede contra providencias judiciales, salvo en caso de una vía de hecho, para luego estimar que la actuación del accionado fue ajustada a derecho y que al juez de tutela le está vedado inmiscuirse en el trámite de un proceso cuando las partes nada objetaron en el mismo. Además, la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas sobre el sistema UPAC fue posterior a la fecha del remate del bien.

Sin embargo, tal como lo expuso la Corte Constitucional, si el accionante no llega a un acuerdo con el banco, tiene otros medios judiciales diferentes a la prescripción para obtener la reliquidación del crédito y la devolución de lo que en exceso haya cancelado.

Así, el tribunal termina negando la protección constitucional solicitada.

LA IMPUGNACIÓN

Impugna el accionante insistiendo en su inconformidad sobre la liquidación hecha por el accionado en el proceso ejecutivo en mientes, por haberse efectuado con base en un sistema de crédito que fue declarado inexequible, lo que patrocina el enriquecimiento ilícito del sistema financiero y es contrario a los propósitos constitucionales.

CONSIDERACIONES

1. Si se tiene presente que la tutela únicamente puede actuar contra providencias o actuaciones judiciales en aquellos restringidos eventos en que el administrador de Justicia incurra en una vía de hecho, vale decir, en una verdadera y grosera iniquidad desquitadora de los derechos fundamentales, sin que el afectado tenga a su disposición otra forma de resguardo judicial¹, allora bien pronto que esta acción es ineficaz, dado que no se estructuran en el caso concreto los requisitos propios de un vicio de esas proporciones.

2. Y se afirma esto último por cuanto las liquidaciones del crédito objetivamente analizadas, evacuadas en juicio donde se encontraba

¹ Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1992, sobre inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991; T-079 y T-173 de 1993 y C-037 de 1996, que revisó la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996, entre muchas.

apersonado el ejecutado, quien no las protestó por entonces, no ofrecen a primera vista la arbitrariedad o el desafuero que es menester para que la tutela se abra paso. Tanto es así que esta acción se monta es por la inexequibilidad sobreviniente de algunas normas sobre el régimen del sistema UPAC, particularmente con las sentencias C-383 y C-700 de 1999, en la última de las cuales, al referirse a la reliquidación de las deudas conforme a lo decidido en la sentencia C-383 del 27 de mayo anterior, se dijo entre otras cosas que "...los deudores afectados por haberse visto obligados a pagar más de lo que debían, gozan de las acciones judiciales pertinentes para obtener la revisión de sus contratos, la reliquidación de sus créditos y la devolución de que hayan cancelado en exceso."

De ahí que cualquier discusión al rededor de la liquidación del crédito en el proceso revisado escapa al fuero de la tutela, y serán los escenarios comunes los que, por consiguiente, sirvan para ventilar los asuntos aquí debatidos.

3. De ahí que no sea menester entrar en mayores disquisiciones para encontrar 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.

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jurarullón, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

EPS: 1. Aportes. Si el afiliado es un funcionario público al que se hacen los descuentos pertinentes por nómina, la garantía de pago está asegurada. La suspensión de la atención médica por mora en el pago de aportes no es de recibo. **2. Tratamiento no incluido en el POS.** Perdió vigencia con la promulgación de la Ley 508 de 1999 artículo 37 la jurisprudencia que venia rigiendo el punto de que las normas legales referentes a exclusión de servicios de salud por fuera del POS no eran aplicables cuando se hallara comprometido algún derecho fundamental. / **TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR CON RETARDO:** Rehabilitación. Si el retardo de menor no es educable y su vida no corre peligro, la decisión de suspender el tratamiento de rehabilitación no vulnera los derechos fundamentales alegados.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente No. 7690

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia de 11 de octubre del año en curso, proferida por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual se concedió la acción de tutela interpuesta por Elver Naranjo, en representación de su menor hijo Andrés Camilo Naranjo Esteban, contra el Instituto del Seguro Social, EPS.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio, el accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad física y a la seguridad social de su menor hijo, supuestamente vulnerados por la entidad accionada.

En concreto pide, se ordene a la Empresa Promotora de Salud mencionada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo respec-

tivo, autorice el tratamiento integral de terapias y rehabilitación de Andrés Camilo, en la Fundación para el niño diferente.

2. La petición referenciada la funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1 Andrés Camilo Naranjo Esteban, quien cuenta con 8 años y 8 meses de edad, es persona discapacitada pues padece de una "paquiriria" o "militinización" tardía de las coriorias cerebrales, es decir, nació con una parálisis cerebral que le ocasionó un retardo psicofísico y psicomotor.

2.2 Se halla afiliado a la EPS accionada y su menor hijo tiene derecho a los servicios de salud prestados por dicha entidad, en calidad de beneficiario suyo.

2.3 Por prescripción de los especialistas médicos (siquiatra, neuropsiquiatra y fisioterapeuta) adscritos a la Clínica del Niño Jorge Bejarano del ISS, Andrés Camilo ingresó a la Fundación para el niño diferente, para recibir un tratamiento integral de terapias.

Dicho procedimiento duró hasta el 30 de junio de 1999, fecha en que, sin explicación que pudiera "entenderse", la Jefatura de contratación de la EPS del ISS, le suspendió el tratamiento no obstante la franca mejoría experimentada por su hijo, con lo cual su salud ha empezado a deteriorarse.

2.4 El 21 de julio del mismo año la EPS sometió, a los niños que tenían en tratamiento, a una revaloración por parte del equipo de salud mental, para determinar quienes continuarían o no con la rehabilitación.

Como consecuencia de tal estudio, su hijo fue excluido del programa, determinación que fuera comunicada por el Jefe del departamento de contratación de la EPS, a la Fundación para el niño diferente.

2.5 Enterado de dicha decisión, solicitó a la citada entidad le diera información sobre los criterios con base en los cuales se efectuó la valoración de su hijo, obteniendo como respuesta la indicación de los factores de evaluación y la remisión de una copia de su historia clínica. Empero, al dejar de suministrársele la valoración relativa a Andrés Camilo, demandó de la Gerencia de la Clínica, una explicación al respecto, la que le fue dada por un doctor Hernández de la Oficina de Calidad, en el sentido de que no fue dicha Institución la que decidió suspender el tratamiento de rehabilitación de su hijo, pues los profesionales de la medicina que efectuaron la valoración de los niños, se limitaron a enviar los resultados al jefe de la EPS, doctor Vélez; además, que dado el diagnóstico de Andrés Camilo ("Pte. con PC su pronóstico es parcial, entrenable, mu (sic) parcial, educable"), debía continuar con la rehabilitación y, por ende, tendría una reunión con el doctor Vélez, luego de lo cual debería volver allí.

2.6 Acudió nuevamente a la oficina del mencionado doctor, quien le informó que no fue posible la reunión con el doctor Vélez, por lo que le

remitió el oficio DC-CDNBJ-461 de 7 de septiembre de 1999, solicitándole que Andrés Camilo y otros niños continuaran con el tratamiento.

Hasta el momento no ha recibido de la EPS la autorización para la reanudación de las terapias a su hijo, las que le fueron suspendidas sin justificación válida alguna, en detrimento de su salud.

3. En relación con tales hechos, la entidad accionada informó, a petición del *a quo*, lo siguiente:

El accionante aparece con vinculación registrada el 28 de agosto de 1995, figurando como beneficiario suyo Andrés Camilo Naranjo Esleban y como empleador la Fiscalía General de la Nación; en la relación de novedades de la Gerencia Nacional de Recaudo, se encontró que no se cancelaron aportes a nombre del accionante, durante los meses de enero de 1996, septiembre de 1997, octubre de 1998, enero y mayo de 1999; la relación del ISS con el cotizante es contractual-reglamentaria y, por ende, para tener derecho a la prestación de los servicios médico-asistenciales, debe demostrar la cancelación de los aportes como lo ordena la legislación vigente; en el evento en que no demuestre dichos pagos, la afiliación se encontraría suspendida careciendo, por tanto, del derecho a la prestación de los servicios de salud para su beneficiario (arts. 204 y 57 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 806 de 1998, respectivamente); el hecho de haberse prestado los servicios médico asistenciales a pesar de la inconsistencia en el pago de los aportes ya mencionados, no conlleva para la entidad, la obligación de continuar prestándolos, ya que tal error no genera derechos y, de consiguiente, el Juez de tutela no puede desconocer el art. 230 de la Constitución Nacional, alusivo a que "...los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al Imperio de la ley"; el menor Andrés Camilo, no está recibiendo el tratamiento integral porque se consideró por los especialistas del ISS y la IPS contratada, que el paciente con retardo mental moderado severo parcialmente entrenable, "no es educable", razón que ameritó la suspensión del tratamiento, sin que implique la no prestación de los servicios de salud, toda vez que se le seguirán atendiendo sus contingencias en la red propia, esto es, los Centros de Atención Ambulatoria - C.A.C. ISS y la Clínica del Niño; el art. 48 de la norma superior establece que la seguridad social debe prestarse en los términos que establezca la ley, para este caso la Ley 100 de 1993, la que establece el Plan Obligatorio de Salud (art. 162), norma a la que está sujeta la EPS del ISS, siempre que se cumpla con el pago oportuno de los aportes y se llene el requisito de semanas cotizadas cuando se trata de enfermedades catastróficas. Es más, la Resolución No. 5261 de 5 de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, incluye entre las exclusiones del POS, las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, Instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos de aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas (art. 18).

Con sustento en lo anterior, solicita la denegatoria de la tutela.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras relacionar los antecedentes del asunto y precisar lo concerniente con la finalidad ontológica de la acción de tutela, así como el marco jurídico de los derechos aducidos como conculeados en el libelo incoatorio de esta acción, descendió el a quo al caso objeto de su decisión señalando que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no se pueden aducir razones de índole legal, ni de trámites presupuestales o financieros para negar la prestación de los servicios médico-asistenciales, cuando estén de por medio los derechos fundamentales del individuo, en especial los de la vida y la integridad personal, los que adquieren mayor relevancia en el caso de los menores, pues de acuerdo con el art. 44 de la Carta Política, prevalecen sobre los de los demás.

En la situación bajo análisis, ajuade, la entidad accionada aduce dos razones para no seguir prestando el tratamiento requerido por el menor Andrés Camilo Naranjo, a saber: la suspensión de la afiliación del padre de éste, al estar en mora en el pago de los aportes mencionados por aquél; y tratarse de la reclamación de un derecho legal que no afecta el fundamental de la vida, amén de estar excluida su prestación por la ley 100 de 1993.

Tales razones, sin embargo, no resultan válidas, de un lado, porque como ya se viera, no son aceptables excusas de orden legal o financiero para negar la protección del derecho a la salud en conexidad con el de la vida, máxime cuando como en este caso, se trata de un menor; y, de otro, porque la falta de pago de los aportes aducida por el ISS, fue desvirtuada por el padre del menor, al aportar las copias de las respectivas autoliquidaciones.

Si bien es cierto que al dejar de prestársele el tratamiento integral al menor, no se atenta contra su derecho a la vida, no lo es menos que el mismo comprende una serie de terapias que deben realizarse en un centro especial, a efectos de "suplir" las deficiencias físicas y mentales que actualmente presenta, las que indudablemente redundan en mejoramiento de su calidad de vida.

Con soporte en dichos razonamientos dispuso el amparo implorado, ordenando a la EPS accionada que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, autorizara e iniciara el tratamiento integral de terapias y rehabilitación del menor Andrés Camilo, en la Fundación para el Niño Diferente.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Sostiene la entidad accionada, en resumen, que la acción incoada es improcedente para amparar derechos de rango legal, según lo dispone el

art. 2º del Decreto 306 de 1992. Así mismo, que el fallo impugnado no explica de dónde se deduce, para el ISS, la obligación constitucional y legal de prestar una atención excluida del POS, sin contravincir el art. 48 de la norma superior y las normas legales y la jurisprudencia constitucional que cita para demostrar la improcedencia de la tutela.

En fin, con pie en sus argumentaciones, solicita la denegatoria del amparo y, en subsidio, se adicione el fallo impugnado en el sentido de ordenar al Fondo de Solidaridad y Garantía "Fosyga", el reintegro de los gastos causados por el cumplimiento de dicha providencia.

CONSIDERACIONES

1. 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, en el propósito de garantizar que los servicios médico-asistenciales cobren de manera efectiva y en igualdad de oportunidades, a todos los usuarios de la seguridad social (art. 48 *ibidem*). 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 otros u otros derechos fundamentales y en virtud de la función de primer orden que cumple en beneficio del ser humano.

Ahora bien, la gestión 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 previsión 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 previsión...", radicando en ella las pertinentes obligaciones que son propias de este servicio público.

2. Las preindicadas prerrogativas cobran mayor relevancia cuando el afectado es un menor, pues de acuerdo con el artículo 44 de la norma superior, prevalecen sobre los derechos de los demás.

3. Describiendo al caso de cuyo estudio se ocupa la Corte, se advierte que la negativa de la entidad accionada a continuar suministrando el tratamiento médico-asistencial que venía prestando al menor Andrés Camilo Naranjo Esteban, se centra básicamente en dos aspectos:

3.1 La suspensión de la afiliación de su progenitor a la EPS accionada, en virtud de la falta de pago de los aportes correspondientes a los meses de enero de 1996, septiembre de 1997, octubre de 1998, enero y mayo de 1999.

3.2 Hallarse dicho tratamiento por fuera del POS, según las prescripciones del art. 18 de la Resolución No. 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud.

4. En relación con el primero de tales argumentos, es de verse que la misma EPS pone de manifiesto la posibilidad de que el sistema de registro de los datos atinentes al pago de los aportes allí llevado, puede presentar inconsistencias, pretendiendo con ese motivo trasladar al accionante la carga de la prueba respecto de la cancelación de las cotizaciones cuya falta de finiquito aduce, entre ellas las de enero y mayo del presente año.

Dada esa probabilidad, que contribuye a reforzar el petitorio mediante la presentación de los comprobantes de autoliquidaciones comprendidas entre los meses de marzo y septiembre de 1999 (con lo que se evidencia que el aporte de mayo, anulado por el ISS como debido, se cumplió), así de la relación de descuentos efectuados por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Santa Fe de Bogotá, respecto de dichos aportes (fls. 35-55, c-1), no puede aceptarse la apuntada justificación de la EPS, para negar el tratamiento requerido por el menor Andrés Camilo, tanto más cuanto que siendo el petitorio funcionario público y debiendo hacerse los descuentos pertinentes por nómina, la garantía del pago está asegurada.

5. Ahora bien, en lo concerniente con la afirmación de que el tratamiento se suspendió porque el retardo mental padecido por el menor no es "educable" y su vida no corre peligro, efectuada por la entidad accionada como consecuencia del informe que sobre el asunto le solicitara el *a quo*, ha de tenerse por cierta pues este se presume rendido bajo juramento (art. 19, inciso 3, Decreto 2591 de 1991).

Siendo ello así, como en verdad lo es, el amparo demandado no puede dispensarse, de un lado, porque la vida del menor no corre peligro; de otro porque el art. 15, literal m) de la Resolución No. 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, determina como exclusiones del POS "...las 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 médico de la enfermedad y sus secuelas" (cursiva fuera del texto); y, en fin, porque la jurisprudencia constitucional que venía rigiendo en punto de que las normas legales referentes a la exclusión de servicios de salud por fuera del POS, no eran aplicables cuando se hallara comprometido algún derecho fundamental, perdió su vigencia con la promulgación de la Ley 508 de 1999, en la medida en que dispone en su artículo 37:

"...Con el objeto de evitar la desviación de recursos de la seguridad social y conductas de fraude, para efecto del trámite de reclamación de las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud de los afiliados, se establece que éstas se prestarán en el territorio nacional "conforme la tecnología apropiada disponible en el país" según se dispone en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta el principio previsto en virtud del cual la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes públicos y ocasionalmente de los particulares. Las EPS deben prestar el Plan Obligatorio de Salud dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

"En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación de servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza, en Colombia o excepcionalmente en el exterior, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible, no se trate de tratamientos experimentales, que en ningún caso serán procedentes, y se ajusten a las situaciones y procedimientos que para el efecto reglamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

"...Parágrafo. El afiliado que requiera o adelante trámite para tratamientos, procedimientos o medicamentos por fuera del POS deberá demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias. Es deber de las autoridades judiciales y administrativas velar porque esta disposición se cumpla como requisito para el ejercicio de los derechos, disponiendo las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar..."

En relación con tal normatividad, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia de 20 de octubre de 1999, en términos que en lo pertinente se extractan:

"...Para el otorgamiento de prestaciones en el país o en el exterior por fuera del P. O. S. según las normas legales vigentes, se imponen algunos parámetros que resulta necesario introducir por la propia naturaleza del sistema para evitar así, la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y viabilidad del sistema, y garantizar los principios constitucionales de la seguridad, el del Estado social de derecho y de la prevalencia del interés general. Parámetros estos que como se anotó en precedencia, ya habían sido señalados e invocados por esta Corte a través de sus diversas Salas de Revisión y de la misma Sala Plena al unificar su jurisprudencia en materia del derecho a la salud (a partir de la sentencia SU-480/97), pero que ahora deben ser aclarados y precisados a partir de la expedición de la nueva normatividad legal:

"a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

"...i) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costo de la Unidad Per Cápita.

"g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

"h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.

"i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no solo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad....".

4. Fluye como corolario de lo discernido que el fallo impugnado no se ajusta a derecho y, por consiguiente, habrá de revocarse denegando el amparo invocado.

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, contenido y procedencia puntuizados en la motivación que antecede y, en su lugar, DENIEGA la tutela instaurada por Elver Naranjo contra el Instituto De Los Seguros Sociales.

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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simanca, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballessteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: Restitución internacional. Las decisiones adoptadas por el juez sobre la custodia del menor no son definitivas pues no se ha proferido sentencia. El accionante cuenta con recursos para hacer valer las providencias que sobre el mismo punto profirió un juzgador extranjero.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros.

Ref.: Expediente No. 7725.

Se resuelve sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., el 12 de octubre de 1999, que negó la tutela promovida por el señor Carlos Enrique Bustamante quien actúa por intermedio de apoderado judicial, contra el Juzgado Séptimo de Familia de Santa Fe de Bogotá.

ANTECEDENTES

1.- En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado el señor Carlos Enrique Bustamante representado por apoderado judicial, interpone acción de tutela contra el Juzgado Séptimo De Familia De Santa Fe De Bogotá, por considerar que el accionado vulnera su derecho fundamental al debido proceso por adelantar un proceso de custodia y cuidado personal de su menor hija Melissa Marie Bustamante Argote, pese a tener noticia de la sustracción ilegal de la misma por parte de su progenitora y del trámite de restitución internacional que se adelanta ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, razón por la que debe abstenerse de decidir sobre los derechos de la custodia y cuidado de la menor Melissa Marie Bustamante Argote, hasta que se establezca en ese último trámite, su retorno al domicilio habitual en los Estados Unidos de América de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 173 de 1994.

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 por intermedio de apoderado judicial, solicitó el 26 de octubre de 1998 a la Subdirección de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la restitución internacional de su menor hija, nacida en Estados Unidos e ilegalmente traída a Colombia por su madre.
- b) Precisa que la mencionada entidad remitió la solicitud a la Regional Bogotá, y ésta la envió al Centro Zonal de Usaquén en donde se dio apertura a las diligencias administrativas, mediante notificación de la providencia a la señora Cecil Jacqueline Argote Ruiz.
- c) Indica que con la demanda de restitución internacional de la menor se pretende localizarla, restituirla a su domicilio habitual, evitar su traslado a otro país diferente de Estados Unidos y ordenar a la demandada el pago de los gastos ocasionados por el trámite, pues desobedeció una orden de custodia otorgada por la Corte del Condado de Dade, Florida, E.E.U.U.
- d) Expresa que el 27 de agosto de 1998 la madre de la menor instauró demanda de custodia y cuidado personal de ella, que por reparo correspondió al Juzgado 7º de Familia de esta ciudad, y afirma que en el libelo se ocultaron maliciosamente los hechos relacionados con la custodia y las visitas reguladas por las autoridades Norteamericanas; luego de ser admitida la demanda, la Defensora de Familia de Usaquén ordenó remitir todo lo actuado en el trámite de restitución y el Juzgado se declaró sin jurisdicción para conocerlo.
- e) Afirma que ante la negativa de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 173 de 1994, solicitó la nulidad del proceso, la cual fue denegada y que al declararse el juzgado accionado sin jurisdicción para adelantar el trámite administrativo de restitución, debe a su juicio, abstenerse de decidir sobre el objeto del litigio o suspender el trámite del proceso de custodia.
- f) Se observa en el expediente que el juzgado accionado mediante auto del 23 de febrero de 1999, negó la solicitud de nulidad con base en los artículos 693 a 695 del C.P.C. Sostiene el titular del despacho que el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a los efectos de las sentencias extranjeras establece que: " las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia. "; a su turno el artículo 694 ibidem establece los requisitos para que la sentencia o el laudo extranjero surta efectos en el país, determinando en su numeral 7º que debe cumplir con el exequatur.

· Añade que de conformidad con las disposiciones citadas no puede darle el despacho valor a la sentencia de disolución del matrimonio que fuera proferida por la Corte del Condado de Dade Florida, a la que hace referencia el recurrente, de una parte porque no se cumplieron a cabalidad con todos y cada uno de los requisitos de forma y de fondo que exige la ley para que la misma se entienda ejecutoriada y concretamente, no se cumplió con el requisito del *exequatur*, requisito sin el cual dicha sentencia no puede surtir efecto alguno en este país y de otra parte, aún en el hipotético caso de que la referida sentencia extranjera hubiera cumplido con tal requisito tampoco podría abstenerse el juzgado de conocer del proceso de custodia y cuidado personal de la menor por ser de aquellos que no hace tránsito a cosa juzgada por cuanto las circunstancias que dieron lugar a que la tenencia se radicara en cabeza de uno u otro progenitor pueden variar (folios 214 y ss. del cuaderno del Juzgado).

3.- Concluye el accionante que ante la determinación del juzgado de declararse competente para conocer del proceso de custodia y sin jurisdicción para conocer de la restitución de la menor, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación y al ser adverso el primero y denegada el segundo, recurrió en queja; considerando el Tribunal bien denegada la concesión de la apelación por ser un proceso de única instancia, que agotó los mecanismos de defensa y que sin embargo, quedó expuesto a que "dicho despacho judicial decida sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia de la menor, a pesar de que aún no se ha tomado ninguna decisión sobre la solicitud de restitución internacional de la mencionada menor".

RESPUESTA DEL ACCIONADO

El accionado en oficio dirigido al Tribunal allega copias auténticas en tres cuadernos para que obren dentro de la acción de tutela de Carlos Enrique Bustamante Mejía.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal niega el amparo, por considerar que de acuerdo con el artículo 16 de la ley 173 de 1994, no se observa que se haya atribuido al Juez de Familia competencia para conocer de la restitución internacional de menores, toda vez que se trata de un trámite administrativo, independiente de los procesos judiciales que resuelvan sobre custodia y cuidado personal, guarda y visitas, trámite aquél que debe ser adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad que debe determinar si es procedente o no la restitución del menor, decisión que no implica prejuicamiento sobre la determinación que se adopte en aspectos sustanciales como la custodia y la guarda, pues éstos fueron regulados por la Convención de la Haya y por lo tanto se refieren a la legislación interna sobre el particular.

Precisa el *a quo* que conforme con el artículo 16 de la Ley 173 de 1994, cuando el funcionario judicial tiene noticia del desplazamiento ilícito de un menor no puede "resolver sobre el fondo del derecho de guarda" (dentro del cual está comprendido el relacionado con la custodia y cuidado personal, en los términos de la citada Convención), lo cual significa que puede adelantarse el proceso correspondiente, aunque no se podrá dictar sentencia hasta tanto no se defina lo relacionado con la restitución internacional, cuestión que, de acuerdo con los términos del libelo, tiene claro el accionante.

Concluye el Tribunal que la presunta violación del derecho al debido proceso en este asunto no se ha producido, pues de acuerdo con la actuación remitida en copias, el despacho judicial demandado no ha profetido aún sentencia, esto es, no ha resuelto de fondo sobre el asunto debatido, razón por la cual mal podría estar vulnerado derecho alguno del interesado y menos estar contraviniendo lo previsto en el artículo 16 de la Ley 173 de 1994 en este caso.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugna la decisión del Tribunal, pues considera equivocada la apreciación del Juzgado accionado y del Tribunal al considerar que las decisiones judiciales adoptadas por la Corte del Condado de Dade, Florida E.E.U.U., exigen su sometimiento al *exequatur*, por lo que reitera la obligación del Juez 7º de Familia de acatar las decisiones allí adoptadas frente a la citada menor y reconocer a esas decisiones los efectos legales de la Convención de la Haya.

Advierte sobre el desatino del Tribunal al legitimar unas decisiones adoptadas por el Juzgado con posterioridad al momento en que fue informado del traslado o retención ilícita de la menor ya que debió tener en cuenta no solo las actuaciones del Juzgado accionado para decidir sobre el derecho de guarda, sino también la naturaleza y características propias del proceso judicial impulsado por la madre de la menor ya que por ser un proceso verbal sumario no admite el recurso de apelación lo que se traduce en que las decisiones allí tomadas son inimpugnables.

Concluye que el Juzgado accionado, una vez se enteró de la iniciación del trámite de restitución internacional, ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, terminó por perder jurisdicción para conocer de ese asunto por mandato mismo de la Ley, violando el derecho al debido proceso y que resulta extraño que el Tribunal niegue una petición de tutela que buscaba únicamente exigir al Juez de Familia cumplir la Ley, pues las solicitudes se contraían a ordenarle abstenerse de decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia, hasta que se determine la restitución de la menor y suspender toda actuación relacionada con el proceso de custodia y cuidado personal de la misma.

CONSIDERACIONES

1.- 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.

2.- El debido proceso como principio constitucional fundamental de la organización del Estado, busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, y procura el respeto a las formas propias de cada juicio, las que deben observarse en todos los procedimientos judiciales o administrativos, siendo procedente su protección mediante este mecanismo excepcional, si se incurte por parte de los funcionarios correspondientes en vías de hecho, es decir, en actuaciones abusivas, voluntaristas o arbitrarias y apartadas de la Ley, y que el accionante, no cuente con oportunidades dentro del escenario natural, para la defensa de sus intereses presuntamente conculcados.

3.- En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, el accionante sostiene que el juzgado contra el cual dirige su queja vulneró su derecho fundamental al debido proceso al adelantar un proceso de custodia de la menor Melissa María Bustamante Argote, toda vez que según su criterio carece de jurisdicción según el artículo 16 de la Ley 173 de 1994 y solicita que en sede de tutela se le ordene al accionado que se abstenga de decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia, hasta que se determine la restitución de la menor y suspenda toda actuación relacionada con el referido proceso.

4.- Sin embargo, de los hechos planteados no se sigue la afirmada violación al derecho fundamental cuyo amparo se solicita, ya que como con acierto lo hizo ver el Tribunal en el fallo impugnado, las decisiones hasta ahora adoptadas por el funcionario judicial accionado dentro del aludido proceso de tenencia y cuidado personal no son definitivas pues el juez accionado no ha proferido sentencia y en consecuencia mal puede aducirse la vulneración del derecho invocado sin haber un pronunciamiento de fondo que resuelva el asunto debatido y lo que pretende el actor en esta tutela, razón suficiente para negar la acción impetrada.

Sumado a lo expuesto debe añadirse que los hechos ponen de presente que en el proceso referido el accionante, por conducto de apoderado, ha contado y cuenta con las posibilidades y recursos previstos en la ley para

la defensa de sus intereses, lo que necesariamente se traduce en la inexistencia de la alegada vulneración del derecho al debido proceso, sin que, como reiteradamente se ha indicado, pueda el juez de tutela inmiscuirse en las decisiones que en el trámite ordinario adopten o puedan adoptar los funcionarios judiciales competentes y hacer pronunciamientos que desbordan el restringido campo de la acción de tutela como lo pretende el accionante.

Por las razones expuestas se confirmará el fallo impugnado.

DECISION:

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 impugnado.

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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Stmancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

CESANTIA: Falta de disponibilidad presupuestal. La tutela es improcedente para obtener el pago de cesantías parciales. No se ve afectación al mínimo vital ya que la accionante al percibir un salario por su vinculación laboral puede atender sus necesidades básicas. Si el no pago se respalda en falta de disponibilidad presupuestal no se está ante una actuación arbitraria de la entidad accionada.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros

Ref: Expediente No. 7738

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 14 de octubre de 1999, que concedió la tutela promovida por Yaneth Alejandrina Martínez Mondragón contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Fondo de Prestaciones del Magisterio, la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y la Fiduciaria La Previsora.

ANTECEDENTES

1- En escrito dirigido al Tribunal antes mencionado, Yaneth Alejandrina Martínez interpone acción de tutela contra las entidades citadas, por considerar que han vulnerado sus derechos fundamentales de igualdad ante la ley, al trabajo y de igualdad de oportunidades para los trabajadores, por la demora en el pago de sus cesantías parciales solicitadas desde abril de 1998. En consecuencia solicita ordenar a las accionadas le reconozcan y paguen dicha prestación.

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

a) Manifiesta la actora que es funcionaria de la Secretaría de Educación del Distrito en el cargo de Maestra en el Centro Educativo San José, sometida al régimen de cesantías retroactivas.

b) Señala que desde el 27 de abril de 1998, mediante escrito radicado con el número 9800931, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el retiro y pago de las cesantías parciales a que tiene derecho, para lo cual acreditó el cumplimiento de los requisitos legales, tales como la suscripción de un contrato para efectuar reparaciones locativas en su casa de habitación y los demás exigidos en la ley.

c) Afirma que después de transcurrido un año y cinco meses de haber presentado la solicitud, no se le ha reconocido ni pagado su cesantía, lo que le ha causado directos perjuicios pues los dineros a que tiene derecho los comprometió con el contratista de la obra, quien le reclama intereses que no está en capacidad de sufragar, como tampoco la resolución del contrato.

d) Indica que ha requerido a la Fiduciaria La Previsora, entidad que maneja los recursos del fondo, para que le efectúe el pago, entidad que le responde que su solicitud se encuentra en turno pero que por falta de presupuesto no se le ha cancelado.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

El Ministerio de Hacienda, Fiduciaria La Previsora y el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio dieron respuesta a la acción de tutela. El primero solicita que se le desvincule como demandado en la tutela e indica al Tribunal que no está dentro de las funciones de ese Ministerio la cancelación de cesantías parciales o definitivas de ningún órgano de la administración pública nacional, por lo cual la solicitud de la actora no ha tenido ningún trámite ante esa entidad, y por otra parte, el artículo 345 de la C.P. prohíbe hacer erogaciones con cargo al Tesoro que no estén contempladas de manera expresa en el presupuesto de rentas y gastos. Agrega que le compete al Ministerio de Educación Nacional distribuir la partida destinada a cubrir el rubro de las cesantías de los docentes y posteriormente el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones del Magisterio determina la distribución de esos recursos y que la entidad encargada de administrarlos es la Fiduciaria La Previsora.

La Fiduciaria a su vez señala que como administradora de los recursos imparte el visto bueno a las liquidaciones y proyectos de actos administrativos realizados por las diferentes oficinas regionales, el que se encuentra supeditado a que exista disponibilidad presupuestal y al orden de presentación de las solicitudes a fin de no vulnerar los derechos de los demás trabajadores y agrega que atienden con prontitud los trámites relativos a las cesantías definitivas o las pensiones, porque se cuenta con disponibilidad de fondos, pero que las cesantías parciales son la excepción por estar condicionada su aprobación a la disponibilidad presupuestal que exista y por el gran volumen de solicitudes que se presentan en cada vigencia presupuestal, aclarando que con el presupuesto asignado para

este rubro, en 1999 se evacuaron en estricto orden las solicitudes recibidas por la Fiduciaria hasta el 10 de junio de 1998, por lo que la de la actora, recibida el 1^{er} de julio siguiente, se encuentra en turno de atención y pendiente de disponibilidad presupuestal.

El Fondo de Prestaciones del Magisterio a su vez informa al Tribunal que el expediente de la accionante se encuentra en La Previsora desde el 1^{er} de julio de 1999 para la aprobación y el visto bueno, luego de lo cual se expedirá el acto administrativo correspondiente.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal aunque señala que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales escapa a la competencia del juez constitucional, considera que no se le puede dar un trato diferente a la actora dado que los hechos señalados en esta acción demuestran que existe una desigualdad para con las personas que solicitan esta prestación, quienes tienen que esperar largos períodos de tiempo para que exista presupuesto que permita cancelarles las cesantías parciales. En consecuencia tutela el derecho a la igualdad de la accionante y ordena al Ministerio de Hacienda para que en las 48 horas siguientes a la notificación del fallo proceda, si no lo ha hecho, a situar los fondos indispensables para el pago de la prestación reclamada por la actora, y si no existiere apropiación presupuestal suficiente, deberá realizar, dentro del mismo lapso, los trámites respectivos a fin de efectuar la adición presupuestal pertinente. Igualmente ordena a la Fiduciaria La Previsora y al Fondo de Prestaciones del Magisterio que dentro de los 5 días siguientes a aquél en que el Ministerio de Hacienda provea los fondos, procedan a efectuar los trámites para el pago de las cesantías reclamadas, teniendo en cuenta el turno que le corresponde a la solicitud.

LA IMPLEGNACIÓN

La Fiduciaria La Previsora en el escrito de impugnación señala que no existe prueba en el expediente de la vulneración del derecho a la igualdad de la actora pues no se demostró que se hubieran efectuado pagos de cesantías parciales con destino a reparaciones locativas, de solicitudes recibidas con posterioridad al 1^{er}. de julio de 1999, cuando se recibió la de la accionante y por el contrario, el fallo impugnado vulnera los derechos de los demás educadores afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales sin que sea dable al juez de tutela dar esta clase de órdenes, dado que el visto bueno que tiene que dar la Fiduciaria, previo al reconocimiento y pago, está supeditado no solamente a la disponibilidad presupuestal sino al turno de atención. Añade que tampoco puede el juez constitucional ordenar pagos que no estén reconocidos y ordenada su cancelación mediante un acto administrativo.

El Ministerio de Hacienda ratifica lo manifestado al responder la tutela, pero señala que de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, esta acción es improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa y la laboral.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio manifiesta que una vez la Fiduciaria les remita el expediente respectivo con su aprobación, procederá a expedir el pertinente acto administrativo.

CONSIDERACIONES

1.- Como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo residual de carácter excepcional, subsidiario, preferente y sumario, que permite a toda persona, sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, si de conformidad con las circunstancias concretas de cada caso, 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.

2.- En el caso que ocupa la atención de la Corte la accionante considera vulnerados sus derechos invocados por la demora en la liquidación y pago de sus cesantías parciales, solicitud radicada desde el 27 de abril de 1998, y en consecuencia solicita que se ordene a las entidades accionadas le reconozcan y paguen la prestación debida.

3.- Acerca de la cancelación de prestaciones laborales, reitera la Sala que "la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa al ámbito propio de la acción de tutela" (Corte Const. Sent. T-001 de 21 de enero de 1997) y que, por lo tanto, su operancia respecto de obligaciones de tal naturaleza es excepcional, y solo "...es posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las medidas penitenciales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad o en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso" (Corte Const. Sent. T-212 de 14 de mayo de 1996 y T-608 de 13 de noviembre de 1996), condiciones que no se cumplen en el caso en estudio, porque al estar la actora vinculada como Maestra en la Secretaría de Educación del Distrito, se entiende que percibe un salario con el que atiende sus necesidades.

4.- En el expediente se acreditó que la actora efectivamente radicó su solicitud de pago de cesantías parciales, pero no aparece demostrado que los accionados la hubiesen discriminado en relación con otros docentes ubicados en situación similar, de donde se colige que no hay vulneración del derecho a la igualdad.

5.- Además de lo anterior, observa la Sala que el no pago de la prestación solicitada se debe a la falta de disponibilidad presupuestal, como

informaron las crímenes accionadas, y no a una actuación arbitraria, lo que descarta de plano la prosperidad del amparo constitucional, teniendo en cuenta que es una acción subsidiaria y excepcional que solamente procede en aquellos casos en que de no ser por esta acción, el actor quedaría en estado de *Indefensión* producto de "... situaciones de hecho, creadas por actos u omisiones que impliquen 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..." .(Corte Const. Sent. T 611 de 1998).

5.- De lo expuesto se concluye que el fallo impugnado deberá revocarse y en aplicación del artículo 7º, del Decreto 306 de 1992, quedarán sin efecto la providencia y las actuaciones surtidas en cumplimiento del mismo, para lo cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala Civil- dispondrá lo conducente.

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:

Primerº: REVOCAR el fallo de 14 de octubre de 1999 proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá dentro de la acción de tutela promovida por Yaneth Alejandrina Martínez Mondragón.

Segundo: Dejar sin efecto la providencia y las actuaciones surtidas en cumplimiento del mismo.

Notifíquese esta decisión a la accionante mediante telegrama; a los accionados mediante oficio al que se anexará copia auténtica de este provisto.

Remítase copia auténtica de este fallo al Tribunal de instancia para lo de su cargo.

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

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechuria Serranucas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO DE SUCESIÓN: Intervención de terceros. Frente a solicitudes de intervención y suspensión de la partición formuladas por terceros que hayan planteado controversias que digan relación, entre otros derechos, con el de suceder, al juez lo único que le corresponde es resolverlas (artículo 618 Código de Procedimiento Civil). Vulnera el derecho al debido proceso, el funcionario que se limita a producir una providencia en la que expresa que se abstiene de hacerlo, para en su lugar, y *motu proprio* optar por diferir la decisión a una futura oportunidad, pretextando ausencia de requisitos formales en la solicitud, por cierto en un principio indeterminados.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D.C. veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

Ref. Expediente Nro. 7729

Se decide la impugnación formulada por la accionante de tutela contra la sentencia del 14 de octubre anterior, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta capital, mediante la cual denegó el amparo constitucional deprecado por Martha Patricia Buitrago De Prieto, en pro de los derechos al debido proceso, la defensa, la vida, honra y bienes del menor José Bonel Buitrago, que estimó conculcados por actuación de la Juez Trece de Familia de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. En el referido despacho judicial cursa el proceso de sucesión intestada del causante José Bonel Alzate Valencia, en el que fueron reconocidos Rosario Areila De Alzate como cónyuge supérstite, y los herederos Yolanda, José Bonel y Sergio Alzate Areila.
2. Ante el juzgado 22 de la misma sede y especialidad, la accionante en tutela promovió mediante demanda la investigación de la paternidad

extramatrimonial de su hijo José Bonel Buitrago Contreras, en relación con el mencionado causante, la que fue admitida mediante auto del 22 de septiembre de 1998, notificado a uno de los herederos y al curador de los indeterminados.

3. Con este antecedente la señora Buitrago De Prieto, representada por mandataria especialmente constituida, el dia 16 de Febrero del presente año elevó solicitud al conociente de la causa mortuaria para que suspendiera la partición, con arreglo a lo dispuesto en el art. 618 del C.P.C.

4. A la anterior petición, la Juez accionada respondió por medio de auto del 1º de marzo siguiente, en los siguientes términos:

"Previo a resolver sobre solicitud de la suspensión de la partición, deberá darle cumplimiento al art. 605, Inc. 2º del C.P.C."

5. Mediante nuevo escrito del 23 de marzo posterior, insistió la memorialista en su pedimento, haciéndole ver a la jueza en esta oportunidad, que a los autos había aportado certificación de la existencia del proceso de filiación, copias auténticas de la demanda, del auto admisorio y de su notificación por estado, y allegando certificación sobre la notificación de esa providencia, lo que fue resuelto mediante providencia del 6 de Abril de este año, en la que se dijo:

"Se le advierte a la memorialista que debe esforzarse a lo dispuesto en auto de fecha marzo 01 del presente año, Inc. 1º".

6. Interpuso entonces la petente recurso de reposición contra ese auto, con el objeto de lograr que se decretara la suspensión reclamada, presentando para ello, entre otras razones, que el proceso de filiación se hallaba en la etapa de notificaciones a los demandados, habiéndose logrado hasta ese momento la del heredero José Bonel Alzate García, con lo que formalmente era del caso entender que ya había proceso, dada la circunstancia de conformar la pluralidad de sujetos integrantes del extremo pasivo un litisoconsorcio voluntario, planteamiento que advirtió que hacia en un esfuerzo de intuición de las razones que pudo tener el Juzgado para entender que no se daban los requisitos formales del artículo 605, inciso segundo del C.P.C., a los que indeterminadamente aludió en sus autos, por lo que le reclamó al Despacho la necesaria precisión a fin de conocer y satisfacer asimismo sus exigencias. Además, puso de presente que conforme a lo establecido en esa norma, en armonía con la del artículo 618 ibidem, ellas estaban satisfechas para lograr solución favorable a su pedido.

7. Mediante auto del 25 de mayo de 1999 se resolvió el recurso horizontal, adversamente al recurrente. Para esto lo que en escena sostuvo el Juzgado fue que de los requisitos exigidos por el artículo 605 del C.P.C., al que remite el 618 ibidem, faltaba el referente a la copia de las actas de notificación personal del auto admisorio a todos los componentes del

litisoconsorcio demandado, puesto que, en su entender "no es cierto, como lo quiere hacer ver la impugnante que, con la notificación a uno sólo de los tantos demandados, se entiende trabada la relación procesal, pues ésta se presenta cuando la totalidad del extremo pasivo ha sido debidamente notificado de la admisión de la demanda...".

En punto del recurso subsidiario de apelación lo denegó "por cuanto el auto recurrido no se encuentra dentro de los susceptibles de tal recurso", y agregó "Nótese que, el Despacho no ha resuelto aún la petición de suspensión de la partición, puesto que lo que se ha dispuesto en autos es que, la parte interesada en el decreto de suspensión reúna los requisitos que la ley exige para acceder a su petición (Ver auto marzo 1/99 folio 124)".

8. Contra este proveido, y en cuanto denegó la concesión de la apelación subsidiaria, con resultados nuevamente negativos, la memorialista interpuso reposición como paso previo para recurrir en queja, habiéndose ordenado la expedición de copias con destino al Tribunal para la tramitación de este recurso.

9. El mismo día 25 de mayo, fecha en la que se expidió la providencia resñada en el punto 7, el Juzgado decretó la partición, decisión que la accionante en tutela, sin alcanzar éxito, pidió que se dejara sin valor y efecto; en esta oportunidad se le dijo que no se le oía por no ser parte. Apeló entonces y no se le concedió el recurso por no tratarse de providencia susceptible de ese medio de impugnación.

10. El 9 de agosto de este año, la Juez accionada dictó auto en el que dispuso esperar a la resolución del recurso de queja para continuar la tramitación de la mortuoria, que por virtud de reposición del apoderado de los interesados fue revocado el 27 de septiembre siguiente, y el mismo día se prolió sentencia aprobatoria de la partición.

LA DEMANDA

En ella esencialmente se le atribuye a la funcionaria accionada la violación de los derechos de defensa y del debido proceso, al haber dictado la sentencia aprobatoria de la partición sin estar resuelta la solicitud de suspensión, como la misma funcionaria lo anotó en el auto del 25 de mayo de 1999, que transcribe en lo pertinente, y sin que tenga a su alcance recurso alguno para combatirla.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Guiado el Tribunal por la consideración especial de la naturaleza excepcional de la procedencia de la tutela respecto de providencias judiciales, aludió al concepto de la vía de hecho, para señalar que con ese carácter, reiterada jurisprudencia la hace procedente en ese supuesto, a condición de que no exista otro mecanismo de defensa judicial.

Con apoyo en lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencias de las que hace cita, expresó que esa figura no se daba en el asunto de mérito, porque la Juez accionada no procedió arbitraria ni caprichosamente cuando dictó la sentencia, habida cuenta de que "devino de la obligación legal de proferirla, sin que existiera obstáculo legal valedero para diferirla..." a lo que agregó que la accionante no propiamente cuestiona su contenido, sino la trascendencia negativa de ella respecto de las pretensiones de heredar al causante, aspecto sobre el cual reflexiona diciendo que es asunto que escapa del alcance de las posibilidades del juez y de la tutela, por no poderse "desconocer la normatividad procesal vigente so pretexto de proteger derechos de un tercero que no ha cumplido los requisitos exigidos para hacerse acreedor al beneficio procesal de la suspensión de la partición..." (lo resaltado es de la Corte), asíén de que la aprobación de la partición no cierra definitivamente la posibilidad de heredar.

En punto de los pronunciamientos del Juzgado acerca de las solicitudes de suspensión, en el sentido de diferirla, dijo el Tribunal que obedecieron a razonable interpretación de la ley expuesta en el auto del 25 de mayo, lo que descarta la configuración de la vía de hecho; y a manera de advertencia que consideró necesaria, consignó que "no obstante no haber resuelto de fondo la solicitud de suspensión de la partición, ello, y el proferimiento de la sentencia, no representan una vía de hecho, en la medida que el proceso no podía suspenderse de facto, sin causa legal ni decreto judicial, si el interesado en ello no allegó los documentos que el juez en su labor interpretativa consideró necesarios para acceder al pedimento."

LA IMPUGNACIÓN

Discrepa la impugnante de la afirmación según la cual la aprobación de la partición no cierra definitivamente la posibilidad de recoger la herencia, porque si esto es cierto también lo es que el ejercicio de las acciones correspondientes en la práctica convertirían ese derecho en ilusorio. Asimismo se aparta por considerar equivocadas las interpretaciones que les dieron tanto la accionada como el Tribunal a-quo, a los artículos 605 y 618 del C.P.C., para afirmar este último, contrariamente a la realidad, que no existe vía de hecho, cuando en su concepto sí se da.

Refiere que con el proceder de la Juez, consistente en diferir la decisión de suspensión en lugar de decretarla o negarla, como era su deber, se impidió que la providencia "...gozase de los recursos de ley", de manera que "...en tanto a una parte se le cercenaba una posibilidad de recurrir, a la otra se le abrían amplios caminos de ventaja..."

Tilda de injusta la afirmación de la inexistencia de impedimento para dictar la sentencia derivada a su turno de la del decreto de suspensión, porque la realidad procesal era que esa decisión aunque no existía sí estaba pendiente de resolver.

SE CONSIDERA

1. Se advierte al rompe, como lo anotó el *a quo*, que el derecho fundamental que se perfila como fuente de la violación de los demás cuyo amparo se demanda, es el del *devido proceso*, y que su transgresión se denuncia como consecuencia de la expedición de providencias judiciales.

2. Las anteriores precisiones obligan a efectuar previamente un breve examen a manera de aproximación al contenido de ese derecho, y de la cuestión atinente a la procedencia de la tutela respecto de aquellos actos jurisdiccionales.

2.1 Respecto del primero, la Corte Constitucional ha dicho que

"El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y exige, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con anterioridad por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia" (Sentencia No. T-001/93 del 12 de enero de 1993).

Y en otro pronunciamiento sobre el mismo tema afirmó que,

"En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el prólogo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

"Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias" (Sentencia No. C-214/94 del 28 de abril de 1994).

En razón de lo anterior, el correcto entendimiento del concepto del debido proceso, implica reconocer que éste se asienta esencialmente en el hecho de que todo juicio debe fundarse en las leyes preexistentes, y con observancia de las formas propias de cada litigio judicial.

2.2. En cuanto a la segunda cuestión, la jurisprudencia de la misma Corporación ha dicho:

"Es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales. En efecto, si bien es cierto que en la Sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, esta Corporación declaró inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, también lo es que en tal fallo se permitió reaccionar ante determinadas providencias, ya sea para evitar perjuicios irremediables y defender los derechos fundamentales de las personas, o ya sea porque determinadas actuaciones judiciales pueden configurar vías de hecho que vulneran derechos fundamentales. Así, en el citado fallo, la Corte precisó que no "riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales".

¿Cuando se configura entonces una actuación o vía de hecho imputable a un funcionario judicial? Esta Corporación ha delimitado el alcance de la vía de hecho judicial y ha señalado que ésta existe "cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona". En efecto, en tales circunstancias, el funcionario judicial antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia. En realidad son vías de hecho, frente a las cuales procede la tutela, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos procesales señalados por la Constitución, a saber que se esté vulnerando o amenazando un derecho fundamental, y la persona no cuente con otro medio de defensa judicial adecuado. Así, al respecto ha dicho esta Corporación:

"No es la apariencia de una decisión, sino su contenido, lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez. Hay que distinguir entre providencias judiciales y las vías de hecho. Las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico. Las segundas son apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas. De suerte que la violación de la Constitución Política por parte de la autoridad judicial puede ser atacada mediante la acción de tutela, siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Carta y no exista otro medio de defensa judicial para la adecuada protección del derecho fundamental lesionado."

Estas vías de hecho judiciales son impugnables por la vía de la tutela por cuanto, en general, vulneran el debido proceso (CP art. 29) y el acceso a

la justicia CP art. 229). En efecto, el derecho al debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales (art. 29 C.P.) y es desarrollo del derecho de toda persona natural o jurídica para acceder a la administración de justicia (art. 229 C. P); esta forma de acceso incluye la oportunidad de recibir tratamiento justo por parte de los jueces y magistrados, lo cual implica la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y la oportunidad de defenderse, es decir, que la justicia valore las pruebas y los razonamientos pertinentes. Así, la Corte ha dicho que "la vía de hecho judicial, en la forma y en el fondo, equivale a la más patente violación del derecho a la jurisdicción". (Sentencia T-572-94)

3. Descondiendo al caso de mérito, para la Sala es incuestionable que cuando la Juez accionada dictó la sentencia aprobatoria de la partición, lo hizo por fuera de la legalidad, en detrimento de legítimos intereses de la accionante, quien no disponía de medio de defensa judicial a su alcance y por ello se configuró la vía de hecho que reclama la protección constitucional reclamada.

El anterior aserto se soporta en estas razones:

3.1 Prescribe el artículo 1.387 del Código Civil que, "antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios", norma positiva para cuyo desarrollo la ley procesal civil, a su turno, consagró el precepto del artículo 618 que dispone lo siguiente:

"El juez decretará la suspensión de la partición por las razones y en las circunstancias señaladas en los artículos 1.387 y 1.388 del Código Civil.

Las solicitudes de suspensión sólo podrán formularse antes de que se dicte la sentencia que apruebe la partición o la adjudicación, y con ellas deberá presentarse el certificado a que se refiere el inciso segundo del artículo 605; el auto que las resuelva es apelable en el efecto suspensivo. [...]."

3.2 La conjunción de los dos preceptos permite afirmar que, en la señalada oportunidad, tienen legitimación para concurrir a un proceso de sucesión en curso, con el exclusivo propósito de pedir la suspensión de la partición, todos aquellos que hayan planteado controversias que digan relación, entre otros derechos, con el de suceder.

Pero correlativamente a esa legitimación que la ley procesal les reconoce a los terceros, les impone a estos unas cargas, y al juez unas indubiables pautas de acción, que son las que para este específico caso representan las "formas propias" a las que se hace referencia cuando se alude al concepto del debido proceso.

Las cargas del tercero interesado se concretan a los aspectos de oportunidad y forma de la petición: antes de que se dicte sentencia aprobatoria

de la partición o adjudicación, y mediante escrito al que se anexen las pruebas documentales a las que por remisión del artículo 618 del C.P.C., hace referencia el inciso segundo del artículo 605 ibidem.

Frente a un pedimento de esta naturaleza, en cumplimiento del deber de estricta observancia de las formas propias del juzgamiento, lo que al Juez corresponde no es otra cosa más que resolver la solicitud, y esto significa que tiene ante sí una de dos alternativas: o bien decretar la suspensión en el caso de que aquellas cargas estén satisfechas, o denegarla en el evento contrario, motivando siempre su determinación.

3.3 En este orden de ideas, es claro que se aparta de las formas propias del juzgamiento e incurre en arbitrariedad el funcionario judicial que obligado por la ley a resolver, entendiendo ese término en el sentido que se ha precisado anteriormente, se limita a producir una providencia en la que expresa que se abstiene de hacerlo, para en su lugar, y *motu proprio*, como en el sub lite sucedió, optar por diferir la decisión a una futura oportunidad, pretextando ausencia de requisitos formales en la solicitud, por cierto en un principio indeterminados.

La arbitrariedad que el aludido procedimiento de suyo encierra, no puede desvanecerse, como lo cree el *a quo*, por mediar la circunstancia de que la jueza hubiere hecho, a instancias de la interesada, una exposición razonable de su criterio interpretativo de la ley, puesto que con independencia del acierto o desacierto que en ellos pueda advertirse, lo cierto es que aquélla proviene esencialmente del hecho de no contar la modalidad de actuación escogida por la Juez, (ni conceder ni denegar la petición, sino diferirla) con respaldo en el estatuto procesal civil, ya que de acuerdo con ese ordenamiento, y particularmente con el artículo 618, aquélla no se contempla como alternativa de solución. Además de lo anterior, hay que ver que, cual lo ponen en evidencia estos autos, también se manifiesta (la arbitrariedad) en el hecho no menos trascendente, como indiscutible, de que por esa vía se privó a la accionante del derecho de recurrir y, de contera, contrariamente a lo previsto por el legislador, se permitió que se llegara a la expedición de la sentencia sin estar resuelta, efectivamente, la petición oportunamente presentada, lanzando así por la borda el derecho sustancial. Por esto es que no se comparte la posición del *a quo*, para quien la actuación judicial consistente en el proscribimiento de aquella providencia, simplemente le significó el cumplimiento de un deber legal.

4. Lo anterior es suficiente para estimar que se dio la vía de hecho que amerita la protección constitucional deprecada en guarda del debido proceso, porque también es insalvable considerar que contra el atropello consumado, la recurrente carecía de defensa judicial eficaz, como que contra la sentencia que se dictó ni siquiera existía la posibilidad de interponer apelación (art. 611-2 C.P.C.).

5. En razón de lo anterior se debe revocar la sentencia para en su lugar disponer la protección del derecho al debido proceso del que es titular el accionante, lo que se materializará con la orden al juzgado 13 de Familia de esta ciudad, de dejar sin efecto la sentencia aprobatoria de partición, para lo cual, en el término de veinticuatro horas deberá adoptar las medidas correspondientes, entre ellas librará las comunicaciones de rigor para dejar sin vigencia los ordenamientos en ella adoptados, debiendo proceder a resolver en debida forma la solicitud pendiente de suspensión de la partición.

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:

Primer. REVOCAR la sentencia de origen, fecha y contenido especificados.

Segundo. CONCEDER la tutela reclamada en guarda del derecho al debido proceso, en favor del menor José Bonel Buitrago, por la actuación de la jueza trece de Familia de Santafé de Bogotá, de la que da cuenta la motivación de este fallo.

Tercero. ORDENAR a la jueza accionada que deje sin efecto la indicada sentencia, para lo cual, en el término de cuarenta y ocho horas, deberá disponer las diligencias pertinentes a su cabal cumplimiento, y que luego proceda a resolver en debida forma la solicitud de suspensión de la partición.

Cópíese, notifíquese, ofíciense a la jueza accionada y telegráficamente entérese a la accionante. En oportunidad remítase a la corte constitucional para su eventual revisión.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simánicas, Carlos Ignacio Jurarillo Jurarillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

SALARIO: Mora en el pago a mujer embarazada. Es viable mediante tutela ordenar el pago de una acreencia laboral a favor de la mujer embarazada. / **SEGURIDAD SOCIAL EPS:** Afiliación. No es procedente ordenar mediante tutela la afiliación del accionante cuando hay incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la relación que lo vincula con la entidad accionada.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá. D. C., primero (1º) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Referencia: Expediente No. T 7888

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia de 3 de noviembre de 1999, estimatoria parcial del amparo, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil Familia, dentro de la acción de tutela incoada por Neibys Mercado Conrado frente al Alcalde y el Secretario de Hacienda del municipio de Malambo.

ANTECEDENTES

1. Manifiesta la accionante que a pesar de habersele comunicado que por "orden de servicios" entraba a ocupar el cargo de Auxiliar de Administrativo en la Escuela María Auxiliadora de Malambo, realmente se desempeña "como Docente/Muestra de apoyo pedagógico" en la misma institución, por lo que "dicha forma de vinculación es solo un ropaje o disfraz para omitir el reconocimiento del conjunto de prestaciones legales a que tendría derecho".

Desde el mes de abril del cursante año, agrega, la administración municipal no le cancela los salarios no obstante encontrarse laborando en forma continua y constante, como tampoco la ha afiliado a ninguna entidad de seguridad social, pese a los ruegos que en uno y otro caso se han elevado, ignorándose por completo el notorio y delicado estado en que se encuentra.

En efecto, en la actualidad tiene siete meses de embarazo y el proceso de gestación se ha visto descuidado al no tener recursos para costear todo el procedimiento médico preventivo de seguimiento. Además, como mujer trabajadora tiene derecho a llevar el proceso de embarazo de manera digna y segura, y a brindarle al que está por nacer un estado pre y postnatal igualmente digno y seguro, lo cual se encuentra amenazado por la actitud de la administración de Malambo al negarle a percibir el salario que le corresponde y sin ningún tipo de seguridad social, conminándola así a soportar una situación emocional y sicológica de zozobra que puede afectar el desarrollo final del proceso de embarazo y la situación de la criatura.

2.- Por lo anterior solicita, se proteja los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad y a la seguridad social, ordenando a los denunciados procedan a "cancelar...las 7 mesadas atrasadas (...), correspondientes a su salario básico mensual" y a "realizar la vinculación...a una entidad prestadora de servicios de salud", disponiendo igualmente que "adopten todas las medidas administrativas y legales tendientes a garantizar...todos sus derechos legales en su condición de mujer trabajadora gestante y a garantizar el alumbramiento de su hijo en condiciones dignas y seguras".

3.- A pesar de alegar que la accionante no ha demostrado su estado de embarazo y que su vinculación con la administración lo es mediante un "contrato de prestación de servicios", evento en el que no se "genera relación laboral ni prestaciones sociales", el Alcalde Municipal manifiesta que por tal motivo "es ella la que debe efectuar las diligencias ante la oficina de recursos humanos para que se afilie a una entidad prestadora del servicio de seguridad social". Reconoce, en todo caso, que el despacho "adelantará las actuaciones administrativas necesarias para cancelar ya sea en forma parcial los meses adeudados".

Por su parte, el Director del Presupuesto del municipio acepta que a la señora Neibys Mercado Conrado, en su calidad de supernumeraria "se le adeudan los meses de Abril en adelante", como así sucede con las demás personas que en las mismas condiciones fueron vinculadas, por cuanto en los actuales momentos el municipio no cuenta con los recursos económicos para atender estas obligaciones. Considera que hacer cumplir estos compromisos en sede de tutela, "obligaría entregar el Municipio a la Nación...o a la permanencia en los cárceles de sus funcionarios encargados del manejo fiscal", además se desconocería el principio de igualdad frente a los otros acreedores.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1.- El Tribunal concedió parcialmente la tutela invocada, en cuanto ordenó únicamente a los denunciados procedieran, en el término de 48 horas, "a iniciar los trámites administrativos tendientes a pagar la men-

sualdad correspondiente al mes de Octubre de 1999, referente a la Orden de Servicios que mantiene con la Administración Municipal, lo que debe efectuarse en un término no mayor de diez (10) días". Así mismo, fueron comunicados "para que en tanto se mantenga la vinculación contractual, paguen a Neibys Mercado Conrado, de forma oportuna, atendiendo su especial situación de embarazo".

2.- Luego de no poner en duda que el derecho a la salud y a la seguridad social son derechos fundamentales, por estar en íntima conexión con el derecho a la vida, el sentenciador señaló que a pesar de contar la accionante con las acciones laborales para obtener el pago de seis meses anteriores a octubre de 1999, la tutela era procedente excepcionalmente y de manera restringida, en la forma como lo decidió, por encontrarse afectado su "mínimo vital", en consideración a la especial situación en la que se encuentra.

En cuanto a su afiliación a una entidad de seguridad social, el Tribunal tridió que el municipio no estaba obligado a hacerlo directamente, por cuanto su vinculación se produjo a través de una "Orden de Servicios, lo que implica que no existe relación laboral ni prestaciones sociales a cargo del ente municipal", tal como se consagra en el artículo 32 de la ley 80 de 1993. Por tal motivo, la interesada debe efectuar las diligencias ante la Oficina de Recursos Humanos de la Alcaldía, a fin de obtener su afiliación, sin que su conducta omisiva pueda ser suplida por la administración.

LA IMPLEGNACIÓN

1.- Inconforme con la decisión compendiada, el Secretario de Hacienda del municipio de Malambo la impugnó, por considerar, según sentencias de la Corte Constitucional citadas, que la tutela no es procedente para obtener el pago de acreencias laborales y el caso excepcional a que en ellas se alude, la protección del mínimo vital, no se presenta, por cuanto la "accionante devenga mucho más del salario mínimo".

2.- Agrega que independientemente de la decisión, mediante órdenes de pago se le están cancelado a la denunciante los meses de abril y mayo de 1999, a razón de \$106.000.oo, cada uno.

CONSIDERACIONES

1.- Como se sabe, la acción de tutela es un mecanismo excepcional instituido para dejar a salvo los derechos fundamentales de los asociados, cuando quiera que los mismos resultan amenazados o vulnerados por las conductas ilegítimas de los agentes del Estado, o de los particulares en los casos expresamente previstos en la ley, siempre que el agraviado no tenga a su alcance otro mecanismo idóneo de defensa judicial para conjurar la causa de la lesión o amenaza, o que teniéndolo carezca de la posibilidad de intervenir con la suficiente presteza para el mantenimiento del orden jurídico.

2.- Por regla general, el cumplimiento de prestaciones económicas, incluidas las derivadas de relaciones de carácter laboral, no son pasibles a la acción de tutela, porque el ordenamiento tiene previstos medios para su cobro, siempre y cuando se esté frente a la existencia de un derecho cierto e indiscutido.

Empero, la existencia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial no pueden dar al traste con la tutela, en los eventos en que, como se ha sostenido, valorados en un caso concreto, no resultan idóneos para el restablecimiento de los derechos concursados, como cuando de permitirse mantener las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, al punto que la protección inmediata por parte del Estado se hace impostergable.

En ese sentido, la doctrina constitucional ha señalado en forma constante que la "aptitud... de los medios ordinarios se ve ostensiblemente disminuida y aún anulada frente al propósito constitucional de la defensa clara de los derechos fundamentales, cuando la falta de cumplimiento de elementales deberes del patrón -como el oportuno pago del salario- llega a afectar el mínimo vital de los trabajadores y sus familias, en particular los niños... La subsistencia de las personas no admite la espera de un largo proceso laboral y si a ello se agrega la carencia absoluta de recursos de quien tiene en el trabajo la única fuente de ellos, la intervención del juez constitucional se hace indispensable y es oportuna para realizar los fines esenciales del Estado social de derecho"¹.

Ahora, si igualmente se ha reconocido la procedencia de la tutela para el pago de mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso mensual², Inclusive cuando la entidad obligada al pago revoca unilateralmente su reconocimiento³, con mayor razón puede resultar viable para ordenar el pago de una acreencia laboral en favor de la mujer embarazada. Esto porque la Constitución Política (artículo 43), obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de gestación, además porque al llamado grupo de los nascituros se les ha reconocido el espectro de privilegios que el ordenamiento superior reserva para los niños (artículo 44)⁴, que como se sabe se presume se encuentran en estado de debilidad manifiesta y de indefensión.

3.- En el caso concreto, como la parte denunciada no desvirtuó la presunción que gravita en favor de la accionante, especialmente del que

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-615 de 1999.

² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-608 de 1996.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 1996.

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-223 de 1998.

está por nacer, acerca de la necesidad imperiosa de desplazar los mecanismos ordinarios de defensa judicial con miras al inmediato y eficiente amparo de los derechos en juego, la sentencia impugnada debe ser confirmada, porque los hechos en que descansa la presunción de acierto, como es el embarazo de la señora Neibys Mercado Conrado, no ofrece duda alguna (folios 20-25).

3.1.- Además, frente a lo dicho y a la aceptación expresa que se hace en el escrito de impugnación sobre que el "estado de embarazo de la trabajadora es una situación especial en la mujer", no es de recibo el argumento relacionado con que para el cobro de la prestación económica adeudada, lo cual no se pone en tela de juicio, debe acudirse a los mecanismos ordinarios de defensa judicial previstos en la ley.

Tampoco debe serlo el relativo a que el mínimo vital no se encuentra en entredicho, a partir de sostenerse que la "accionante devenga mucho más del salario mínimo", porque la falta de pago de lo correspondiente a los meses servidos, implica que ni siquiera se encuentra recibiendo el equivalente a un salario mínimo mensual. Eso, por supuesto, no puede convertirse en un factor de comparación, sino lo que debe ponderarse son las necesidades reales de la persona. En este caso, la Sala considera que la suma periódica adeudada, \$406.000.00, apenas alcanza asegurar el mínimo vital de la accionante y del hijo que está por nacer, en consideración a que no recibe ningún otro tipo de prestación social.

3.2.- De otra parte, como aquí no se discute el monto de lo adeudado, la procedencia de la tutela para el cobro es innegable. Mas, como la incertidumbre se cierne es sobre la naturaleza jurídica de donde emana la prestación, es decir, si de una relación laboral propiamente dicha, ora de un contrato de prestación de servicios, el fallo no podía obligar al ente denunciado a asiliar a la denunciante a una entidad de seguridad social, punto que al ser objeto de controversia no podría definirse en un trámite breve y sumario como la tutela. Esto sin perjuicio de la obligación que tiene el Estado de asegurar a la población colombiana, mediante los sistemas nacional de salud y de seguridad social, la asistencia necesaria, especialmente tratándose de una mujer en estado de gestación.

3.3.- Finalmente, la situación económica por la que atraviesa la parte denunciada, no es óbice para la prosperidad parcial del mecanismo de defensa constitucional, por cuanto lo que está en juego son los derechos fundamentales de la madre y del nasciturus, los cuales deben prevalecer sobre cualquier otra consideración.

4.- Así las cosas, la sentencia impugnada debe ser confirmada, sólo que debe ser adicionada para involucrar las mesadas adeudadas anteriores a octubre de 1999, pues la situación de hecho existente en el punto no admite ninguna diferenciación.

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, y la ADICIONA en el sentido de involucrar en la decisión las mesadas adeudadas y que se causaron con anterioridad a octubre de 1999.

Para el cumplimiento de lo anterior, librese el oficio correspondiente y acompañese copia de esta determinación.

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 (en comisión de servicios), Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simanca, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno

DEBIDO PROCESO CIVIL. Intervención con poder general. La persona que sin ser abogado es designado representante por medio de un poder general está facultado para intervenir en procesos donde por ley se faculta la actuación en causa propia. La negativa del juez a permitir su participación desconoce el derecho de defensa del representado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Referencia: Expediente No. 7804

Decidese la impugnación formulada contra la sentencia del 20 de octubre de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia, dentro de la acción de tutela promovida por Lucia Parra Rojas contra el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Manizales.

ANTECEDENTES

1. La referida accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, por considerar que el Juzgado accionado los vulneró con ocasión de los siguientes hechos:

- a) María Liliana Muñoz Parra, hija de la peticionaria, le otorgó poder general mediante escritura pública No. 1243 del 19 de marzo de 1999, otorgada en la Notaría Cuarta de Manizales.
- b) La poderdante fue llamada a proceso ejecutivo por María Esmeralda Valencia Carmona, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Manizales, quien le notificó el mandamiento de pago a Lucia Parra Rojas como su representante.
- c) Con fundamento en las facultades emanadas del poder general recibido de la demandada, la apoderada general formuló la excepción de fondo de "pago total de la obligación" y aportó las pruebas correspondientes.

d) El Juzgado accionado, mediante providencia del 23 de agosto de 1999, dispuso no dar trámite a la excepción de fondo propuesta por la accionante, por carecer de derecho de postulación para representar a la demandada, es decir, que la jueza no tuvo en cuenta el poder general apartado que incluía representación judicial para toda clase de procesos.

e) El 2 de septiembre siguiente se profirió la sentencia en el proceso, la cual ordenó seguir adelante la ejecución y luego se produjo la liquidación de costas en el mismo.

f) Por los anteriores hechos, se alega, fueron vulnerados los derechos al debido proceso y de defensa, en la medida en que no se tuvo en cuenta el poder general acompañado, decisión que impidió que fuera estudiada la excepción de fondo de pago total de la obligación, propuesta oportunamente por la apoderada general de la demandada.

g) En sentir de la accionante, si el Juzgado consideró que no tenía la representación de la ejecutada, debió entonces emplazarla.

2. Enterado el Juzgado accionado de la solicitud de amparo constitucional, remitió copia de la actuación adelantada en el proceso ejecutivo de mínima cuantía.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras referirse, con apoyo jurisprudencial, a los derechos fundamentales cuya vulneración se alega, así como a la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a las actuaciones judiciales, no encontró el Tribunal, luego de hacer un juicioso análisis de las normas relativas al derecho de postulación y reconocimiento de personería aplicables al caso, que la jueza accionada incurriera en vías de hecho que permitieran acceder a la protección solicitada, motivo por el cual la negó.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el señalado fallo, la accionante lo impugnó insistiendo en que de conformidad con el numeral 17 de la cláusula primera del poder general a ella otorgado, la ejecutada le confirió la representación judicial, cuyo texto, a su entender, es suficientemente claro y expreso, por lo que no admite interpretación alguna.

Manifestó que si el poder la habilita para intervenir en cualquier proceso judicial, con mayor razón puede hacerlo en uno ejecutivo de mínima cuantía, en el que no se necesita de abogado. Insistió también en que si no se tuvo en cuenta el poder, debió emplazarse a la ejecutada, en lugar de dictar sentencia ordenando seguir adelante la ejecución.

CONSIDERACIONES

1. A partir de la sentencia C-543 de 1992 proferida por la Corte Constitucional, reiteradamente se ha dicho que la tutela es improcedente para

controvertir las decisiones judiciales, pues al interior de los procesos las partes cuentan con recursos del mismo linaje para defender los derechos fundamentales constitucionales que pudieran serles conculcados. Empero, la misma jurisprudencia constitucional ha reconocido la viabilidad del amparo, cuando la providencia califica como una vía de hecho, bien porque se soporta en una disposición a simple vista inaplicable, o porque responde a un despótico razonamiento probatorio, o porque el Juez rompe las reglas del procedimiento establecido (C. Const. Sent. T-008 de enero 22 de 1998).

Existe, entonces, una vía de hecho, cuando la decisión judicial rebasa todos los límites de la legalidad, vale decir, cuando carece de un fundamento serio, objetivo y razonable, responsive a la sola voluntad, capricho o arbitrio del funcionario que la expidió. Si, por ende, de la actuación judicial no se vislumbra esa falta calificada, la tutela no puede abrirse paso. Lo contrario implicaría convertirla en una instancia más, con desconocimiento del principio de la seguridad jurídica contemplado en el artículo 2º de la Constitución Política, necesario para la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, allende de los conceptos de autonomía e independencia que caracterizan a la administración de justicia (artículos 228 y 229 ibidem).

2. En el caso que ocupa la atención de la Corte, es cierto que de conformidad con el artículo 229 de la Carta, las personas deben concurrir a los procesos por intermedio de abogado. Pero la misma norma habilitó al legislador para establecer los eventos en que podía acudirse sin esa representación, disposición que reproduce el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil y que le da soporte a los artículos 28 a 31 del Decreto Ley 196 de 1971, que consagran las excepciones al derecho de postulación.

Dentro de ellas, se posibilitó litigar "en causa propia sin ser abogado inscrito", en los procesos de mínima cuantía (num. 2 art. 28 ib.), lo mismo que en causa ajena en los que sean de menor cuantía "que se ventilen en municipios que no sean cabecera de circuito y en donde no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscritos" (num. 2 art. 29 ib.).

Para la Corte, la interpretación de estas normas no puede hacerse de tal manera que, dadas las circunstancias específicas del caso, se termine negando el acceso a la administración de justicia, el debido proceso y el derecho de defensa, pues la teleología de esas disposiciones no es otra que facilitar a las personas la defensa directa de sus derechos, cuando su cuantía no amerite la contratación de un profesional del derecho. En el mismo sentido cabe recordar, que el debido proceso implica que toda persona tiene derecho a ser oída, sin que pueda emitirse juicio en su ausencia, salvo los casos de contumacia (art. 29 C. Pol.). De ahí, entonces, que no pueda avalarse el entendimiento de un precepto cuando termina por negar el núcleo esencial de derechos fundamentales tan claros como los referidos.

3. En este orden de ideas, no podía la Juez accionada pasar por alto que el poder general conferido por María Liliana Muñoz Parra en favor de Lucía Parra Rojas, según consta en la escritura pública No. 1243 del 19 de marzo de 1999, otorgado en la Notaría Cuardia de Manizales, es anterior al proceso ejecutivo en el que se pretendió hacer valer por esta última, a quien se confirió la representación judicial de aquella "en toda clase de juicios, actuaciones o diligencias como demandante o demandada" (resalta la Corte, numeral 17 cláusula 1^a, fl. 15 vto.).

Si bien es cierto la señora Parra no es abogada y, por ende, no puede postular en nombre ajeno, no lo es menos que los actos ejecutados por el representante se entienden realizados por el representado. Tal efecto es de la esencia de la representación. Dicho de otra manera, en virtud de esa representación judicial, quien pretendió actuar fue la ejecutada misma, sólo que a través de un representante, en proceso en el que, por regla general, no es necesario comparecer por conducto de abogado.

A ello se agrega que si en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial (art. 228 ib.) y en ellas, además, se presume que los particulares obran de buena fe (art. 83 C. Pol.), no se podía soslayar que en el proceso de ejecución la aquí accionante estaba planteando en favor de su representada una excepción con prescindencia de su viabilidad jurídica, merecía ser discutida, en la medida en que confronta el derecho crediticio cuya satisfacción se dispuso, motivo por el cual el Juez debía procurar una decisión que permitiera arribar a una sentencia en la que se resolviera, en el sentido que legalmente fuere procedente, sobre el fondo de la cuestión litigiosa, antes que privilegiar una providencia simplemente formal, cimentada - de la misma manera -, en una interpretación del señalado carácter que, por exegética, no está acorde con la teleología que inspira la resenada excepción, válida en los procesos de mínima cuantía, como el que detiene la atención de la Sala.

4. En consecuencia, por las particulares características que presenta este caso, no debió negarse audiencia a la accionante para defender los intereses de María Liliana Muñoz, en el proceso ejecutivo que en su contra adelanta María Esmeralda Valencia. Al obrar de esa manera, se le privó de toda defensa y, en general, de la posibilidad de discutir el derecho material litigado, razón por la cual deberá revocarse la sentencia impugnada para abrirle paso a la protección que se solicitó, sin que ello signifique - y conviene dejarlo en bien claro para evitar distorsiones o generalizaciones -, que la que la Corte avale la posibilidad de que cualquier persona pueda asumir la defensa judicial de derechos ajenos, pues es incontrovertible que al proceso se debe concurrir a través de abogado debidamente constituido para el efecto, salvo los eventos especiales y taxativos que estableció el legislador extraordinario. Simplemente se afirma que en esta específica hipótesis y por las condiciones que se han dejado referidas, no podía pasar por alto el juzgador que al aplicar

rigurosamente la ley en comento, dejaba a la parte demandada sin posibilidad alguna de defensa, principio éste de incuestionable importancia en el ejercicio de la función de administrar Justicia.

En este sentido, se tutelarán los derechos invocados y se ordenará que la Juez accionada le dé trámite al escrito de excepciones presentado por la accionante.

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 Icy, REVOCA el fallo de fecha y procedencia preanotadas y, en su lugar, dispone:

1. Tutelar los derechos al debido proceso y de defensa de la señora Lucía Parra Rojas.
2. En consecuencia, se deja sin efecto el auto de fecha agosto 19 de 1999, proferido en el proceso ejecutivo de mínima cuantía que adelanta María Esticlida Valencia Carmona contra María Liliana Muñoz Parra ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Manizales, a quien se ordena que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, le dé trámite al escrito de excepciones presentado por la señora Lucía Parra Rojas en representación de la referida ejeculada.
3. Notifíquese telegráficamente a las partes interesadas, lo aquí resuelto.

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

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Antonio Castillo Rugeles (en comisión de servicio), Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancaas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La presente providencia no la suscribe el Magistrado doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles por cuanto no participó en su discusión y aprobación por encontrarse en comisión de servicios.

Liria María Torres González, Secretaria.

TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR CON RETARDO: Rehabilitación. Al no estar incluidos en el POS los tratamientos de rehabilitación, tal requerimiento del menor debe ser satisfecho, en primer término por la familia y subsidiariamente, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D. C., scis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 7812

Decidese la impugnación formulada por la EPS del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca y Bogotá, contra el fallo del 21 de octubre 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 María Fernanda Nuñez Suárez contra el impugnante.

ANTecedentes

1. La accionante aduce vulneración de los derechos a la vida, integridad física, salud y seguridad social de su menor hijo Danny Fernando Nuñez Suárez; pide que se ordene a la accionada autorizar el tratamiento integral de terapias y rehabilitación del niño, quien sufre retraso mental, en la Fundación para el Niño Diferente.

2. Dice que su hijo, de cuatro años de edad, es discapacitado por sufrir de "Lisencefalía" y el consecuente retraso psicomotor, por lo cual la EPS accionada lo remitió a la Fundación para el Niño Diferente hasta el 30 de junio del presente año, cuando sin explicación alguna esa entidad decidió suspenderle el tratamiento integral de rehabilitación que recibía, por lo que su salud ha empezado a deteriorarse.

Añade que el 11 de agosto siguiente el equipo de salud mental de la Clínica del Niño de la accionada, evaluó al menor para determinar su

continuidad con la rehabilitación e informó a la Fundación citada su exclusión, sin que se le indicaran los criterios para la valoración.

3. El accionado al replicar la tutela afirma que los especialistas de la Clínica del Niño, junto con los de la Fundación para el Niño Diferente, en una evaluación semestral determinaron no aprobar la continuación del tratamiento al menor hijo de la accionante, porque tiene retardo mental severo categoría "B", con pronóstico de no ser entrenable ni educable, aunque no se le desprotege en cuanto a la salud.

Considera que el derecho a la seguridad social, según el art. 48 de la Constitución, se presta en los términos legales, y como la Resolución 5261 de 1994 en el art. 18, literal m) excluye del Plan Obligatorio de Salud "las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos de aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas", no puede cubrir la educación pedida por la actora, que es responsabilidad del Estado y de la familia, pero no de las EPS.

También dice que debe negarse la tutela por cuanto lo que se está solicitando es el amparo de derechos de rango legal.

EL FALLO DEL TRIBUNAL.

El fallador, luego de referirse a la fundamentalidad de los derechos invocados, precisa que si bien no se está atentando contra la existencia del menor, es indiscutible que al suspenderse el tratamiento integral de terapias y rehabilitación, con fundamento en normas de rango inferior, se vulnera su derecho a mejorar su nivel de vida digna; a más de que resulta extraño que en el diagnóstico del niño Danny Fernando se diga que tiene "retardo mental moderado severo categoría B" y en otro documento se anota que tal padecimiento es "parcialmente educable y parcialmente entrenable", circunstancia indicativa de que el mismo puede ser objeto de educación y entrenamiento parcial para mejorar su calidad de vida.

Por tales motivos, concede la tutela y ordena al accionado que en el término de 48 horas posteriores a la notificación del fallo, autorice el tratamiento integral de terapias y rehabilitación del menor hijo de la accionante, en la Fundación para el Niño Diferente.

LA IMPUGNACIÓN

El Instituto accionado insiste en que no está obligado a prestar el servicio requerido, debido a que las EPS no tienen a su cargo los programas educativos y pedagógicos para niños especiales, puesto que a eso no se refiere el servicio de salud y como tal no está dentro del ámbito de la seguridad social, siendo responsabilidad del Estado. También reitera que

la tutela debe negarse porque se está reclamando por un derecho de rango legal que no afecta la vida.

CONSIDERACIONES

1. Debe recordarse que 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, 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 imposible no tiene otro medio tan eficaz como esta acción.

Amparo que se ha otorgado 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.

2. Sin embargo, en este caso surge la improsperidad de la petición constitucional por cuanto no se halla demostrado que la EPS accionada le hubiese negado los servicios de salud al menor hijo de la accionante dentro de los parámetros fijados en el plan obligatorio de salud, por manera que no puede predicarse mengua a los derechos a la vida y a la salud del mismo.

Desde luego que, cual lo afirma la EPS, lo pretendido aquí es la protección del derecho a la educación, pues los servicios reclamados apuntan a que se le preste al menor las terapias para su rehabilitación integral en un establecimiento especial, esto es, para su educación o adaptación de acuerdo con las limitaciones mentales, lo que permite descartar la arbitrariedad en la conducta de la accionada consistente en negarse a dispensarle tales servicios en este caso concreto, puesto que eso no es del resorte del derecho a la seguridad social porque como ya lo dijo la Sala a propósito de una acción de tutela similar², aunque es indiscutible que en cabeza del menor 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,

¹ Entre otras, sentencias de tutela del 4 de mayo/94 (exp. 1215), 15 de nov/96 (exp. 3480), 24 de enero/97 (exp. 3698 y 3705), 2 de may/97 (exp. 4030), 4 mar/98 (exp. 4789), 14 de julio (exp. 5147) y 9 de octubre de 1998 (exp. 5425).

² Fallo del 8 de febrero de 1999 (exp. 3779).

"...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."²

3. Y como también se dijo en esa ocasión, ese derecho a la rehabilitación y educación integral del menor con limitaciones, 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.

Si la accionante no contare con los medios para proporcionarle a su hijo la educación integral requerida, puede acudir 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 actora la ayuda en la forma correspondiente, si está dentro de sus competencias y se le solicite.

No debe perderse de vista que la Constitución es bastante pródiga 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 manifiesta (art. 13), dado que instituyó como obligaciones especiales del Estado, las de adelantar políticas "...de previsión, rehabilitación e integración social para los discapacitados 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 edad³.

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

Dentro de la normatividad sobre esos tópicos cabe resaltar 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 autorealizarse, 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. De manera que por las razones anteriores, cabe revocar el fallo impugnado para en lugar denegar la tutela deprecada.

V. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo de fecha y procedencia anotadas, y en su lugar, DENIEGA el amparo constitucional solicitado.

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

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles (en comisión), Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simanca, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Cómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

EPS: cobertura geográfica. La simple eventualidad de que el derecho a la salud o a la vida se vulneren por el incumplimiento en la prestación del servicio de la EPS en el lugar de la sede domiciliaria y laboral del accionante, no provoca la necesidad de una medida de protección a cuyo propósito se endereza la acción de tutela.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santafé de Bogotá, D.C., siete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Becharr Simancas

Ref.: Expediente No. 7849

Se decide la impugnación formulada por el accionante contra el fallo del 25 de octubre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dentro de la acción de tutela promovida por Jairo Arturo Lotero Idarriaga, contra Cajanal E.P.S.

ANTÉCEDENTES

1. Actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, el accionante reclama por la presunta violación por parte de la demandada, de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, y en concreto solicita que se le ordene prestarle el "servicio público esencial de la seguridad social ... bajo los principios de eficiencia e integridad que rigen tal servicio", así como que "sea prestado en esta localidad, por lo menos en lo que a atención de primer nivel se refiere".

2. La demanda se basa en los hechos que así se resumen: El accionante es empleado judicial desde hace 21 años, y siempre ha estado "afiliado a CAJANAL" en razón de lo cual cumplidamente le descuentan el "aporte obligatorio para la seguridad social", y la Administración Judicial también cumple con el aporte que le corresponde.

Los hijos menores de edad del accionante están afiliados como beneficiarios al sistema de seguridad social a dicha EPS, y "la institución prestadora de Servicios de Salud a la que estaban inscritos tanto mis

hijos como yo es la E.S.E. Hospital Gabriel Peláez Montoya de esta población".

"Desde hace aproximadamente un mes dicha IPS no presta a los afiliados ni a los beneficiarios de los vinculados a Cajanal E.P.S. ninguno de los servicios, excepto la atención de urgencias, disque porque esta última empresa no pagaba a la E.S.E. el valor de los servicios por ella prestados". El 17 de septiembre/99, el gerente de dicha IPS dio por terminado el contrato con Cajanal EPS.

Los servicios de odontología y de atención médica y suministro de drogas que estaban recibiendo sus hijos fueron suspendidos.

El 23 de septiembre y dado que es hipertenso, el demandante acudió a consulta médica y se le informó que debía pagarla, lo mismo que el suministro de drogas, "ya que a partir de septiembre 20 del año en curso se habían cancelado los servicios con Cajanal EPS".

El titular del despacho en el cual labora el accionante se comunicó por teléfono con el Jefe de la División Salud de Cajanal quien le informó que el Hospital no podía dar por terminado un convenio inexistente, "toda vez que lo que Cajanal pagaba a dicha IPS eran unas órdenes de servicio y me recomendó que para cualquier patología acudieramos a la ciudad de Medellín, olvidando que esta población queda distante de aquella aproximadamente a ciento treinta (130) kilómetros y que los gastos de transporte y otros que origine tal desplazamiento lo debemos asumir nosotros".

Tal omisión de la EPS que "viene desde hace aproximadamente 20 días sin solución por esa entidad, "viola ostensiblemente el principio de eficiencia que inspira el servicio público de la seguridad social, toda vez que al prestarse en esta localidad únicamente servicios de urgencias no se presta el servicio en forma adecuada, oportuna y eficiente"

3. El Tribunal requirió a la accionada para que rindiera informe, lo cual hizo admitiendo los hechos, que justifica debido al cambio de naturaleza jurídica de la entidad, que le ha causado problemas presupuestales. Que la decisión unilateral de la IPS referida, de "cerrar los servicios de salud para todos los usuarios de Cajanal EPS", les imposibilita que esa EPS "garantice al tutelante (sic) y su núcleo familiar los servicios de salud en el municipio de Jardín". Y ofrece como alternativa "a fin de evitar un perjuicio irremediable al tutelante (sic) y demás usuarios de Cajanal EPS", que acudan a la dirección que señala de Medellín, "para adelantar los trámites pertinentes en cada caso; pues si bien nuestra obligación específica consiste en garantizar la salud a los usuarios, también lo es que si existe imposibilidad de cubrir los servicios en los municipios, se hace imprescindible que el usuario se desplace al sitio en el que existe la RED DE SERVICIOS y se le pueda garantizar su Seguridad Social en Salud". Y en concreto al demandante le plantea la opción de prestarle los servicios de salud en todos los niveles de atención en el municipio de Andes "a

través de (sic) de la IPS MASSALUD que hace parte de la red de Servicios Capitados de nuestra EPS".

FALLO DEL TRIBUNAL.

Concedió el amparo deprecado al encontrar demostrados los fundamentos de hecho de la demanda, y estimar que la opción ofrecida de ser atendido en el Municipio de Andes "es la más viable para solucionar el asunto", teniendo en cuenta su cercanía con el Municipio de Jardín.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, el accionante lo impugna porque la EPS demandada se obligó a prestar el servicio en la ciudad en que viven y laboran, y porque el desplazamiento a la otra ciudad les acarrea problemas en sus empleos y les impone gastos que tendrían que sufragar de sus propios ingresos. Con ese fallo, argumenta, se premia la negligencia y el desgobierno administrativo de la accionada. Finalmente, cuenta que en asunto similar la Sala Agraria del mismo Tribunal ordenó a la demandada que los servicios se prestaran en la misma población.

CONSIDERACIONES

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en los términos que establezca la ley. La ley 100 de 1993 consagró al respecto dos sistemas de seguridad social en salud, uno contributivo, con base en los aportes de los afiliados, y otro subsidiado. En este caso el demandante se encuentra vinculado al régimen contributivo, mediante los aportes que del 4% de su sueldo se le descuentan directamente por nómina, con destino a la EPS Cajanal.

Como la seguridad social en salud, en el régimen contributivo, se presta por conducto de las empresas respectivas de acuerdo con la ley, el incumplimiento de sus deberes, genéricamente considerados, esto es, la posibilidad de incumplir sus obligaciones contractuales, se refiere a aspectos de estricto rango legal que no pueden ser protegidos mediante la acción de tutela. Por ello la seguridad social por sí sola no constituye un derecho fundamental. La jurisprudencia le ha reconocido ese carácter cuando se encuentran comprometidos los derechos a la vida, la salud, la subsistencia, etc., ante violaciones o amenazas concretas.

El establecimiento de un régimen de esa naturaleza crea libre competencia entre tales empresas promotoras de salud, en orden a brindar a los usuarios del sistema las mejores opciones y la mayor calidad en los servicios, de tal suerte que quienes no encuentren satisfacción para sus necesidades de cobertura geográfica, como sucede en este caso y lo reconoce la accionada; o por deficiencias en la organización de la EPS respec-

tiva, como lo repara el interesado, pueden procurar el cambio de afiliación a otras entidades que si les ofrezcan garantías en cuanto a oportunidad, eficiencia, etc., agotando los requisitos de ley previstos para ello.

El demandante se duele de la suspensión de los servicios médicos en la ciudad en que vive y trabaja, pero no señala un evento concreto en que dada esa circunstancia, se le afecte a él o a sus hijos, de tal manera que exista un riesgo actual e inminente de grave afección para su salud. Dicho de otra manera, la simple eventualidad de que el derecho a la salud o a la vida, o a la misma seguridad social pudieran llegar a ser vulnerados por el incumplimiento alegado, de las obligaciones que tiene la EPS accionada, en cuanto a la prestación del servicio en el lugar de la sede domiciliaria y laboral del accionante, no provocan la necesidad de una medida de protección a cuyo propósito exclusivo se endereza la acción de tutela.

Por lo demás, en este caso es de ver que la accionada no se ha negado a facilitar el servicio de salud, sino que circunstancias sobrevinientes han hecho que no se pueda garantizar la prestación de ese servicio en la ciudad en que originalmente se venía prestando, debido a que la IPS, por razones que no son del caso analizar en sede de tutela y tratarse de una institución que no ha sido parte en este asunto, se abstiene de prestar servicios a los afiliados a Cajanal, salvo la atención de urgencias, según lo admite el propio demandante, aspecto que pone de manifiesto que éste no se encuentra ante un evento de gravedad manifiesta que justifique una protección específica.

La tutela impuesta por el *a quo* resulta superflua pues no remedia una situación determinada ante riesgo inminente o violación ostensible de un derecho fundamental, ya que se refiere de modo abstracto a una alternativa a que por la propia dinámica de la relación sustancial que subyace entre los afiliados y la EPS, se debe llegar sin necesidad de declaración o imposición por parte del juez constitucional.

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 del 25 de octubre de 1999, proferido en este asunto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, para en su lugar negar la tutela solicitada.

Notifíquese telegráficamente a las partes, mediante oficio, anexando copia de este fallo; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Ofíciuese como corresponda.

Jorge Ardonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechuria Simurcas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno,

DEBIDO PROCESO POLICIVO: *statu quo.* Vulnera el debido proceso el inspector de policía que se abstiene de continuar el trámite policial sin que aparezca una justificación legal de la ocupación. El adquirente de un bien, por ese solo hecho, no está autorizado para desplazar sin más al poseedor de la cosa. Antes que retroceder el funcionario debe proseguir la actuación para establecer en la diligencia misma qué tanta veracidad le cabe a la querella instaurada.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Manuel Ardila Velásquez*

Ref. Expediente No. 7858

Decidese la impugnación formulada por Irma Tinoco Beltrán contra el fallo de 25 de octubre de 1998, proferido por el Tribunal Superior -Sala Civil- del Distrito Judicial de Ibagué en el trámite de la tutela promovida por la impugnante contra el Alcalde Municipal de Honda (Tolima).

ANTECEDENTES

1.- Relata la accionante que, al ser despojada de la posesión del bien descrito en su petición, promovió querella de lanzamiento por ocupación de hecho. Empero, el aludido Alcalde creyó equivocadamente que los querellados justificaron la posesión, y se abstuvo, en aplicación del artículo 13 del decreto 992 de 1980, de continuar el trámite policial, decisión que mantuvo al resolver la reposición interpuesta. Con ello se le vulneró el derecho al debido proceso, como quiera que la exhibición de un mero título de propiedad no demostraba la legitimidad de la posesión o tenencia por parte de quienes se la arrebataron, integrantes de la Junta Comunitaria de Vivienda La Cabaña; por ende, no había lugar a semejante abstención.

2.- El Tribunal encontró que tal decisión no vulneraba derecho fundamental alguno, pues tuvo estribo en la escritura pública de compra que

adujeron los querellados; así como en el certificado acerca del proceso ordinario que la Junta Comunitaria precitada instauró contra la querellante en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda, ante cuya existencia es inválida cualquier actuación de carácter policial.

3.- La impugnante insiste en que la documentación dicha no justifica legalmente la posesión de los ocupantes, que es a lo que se refiere el artículo 13 del decreto 992 de 1930.

CONSIDERACIONES

Aunque la misión de la tutela, en linea de principio, no es la de despojar a las autoridades -en este caso de policía- de la función legal que les es propia, excepcionalmente sí puede ser invocada para remediar ciertas situaciones que, de espalda al orden jurídico, lesionan o amenazan un derecho fundamental, cuando, de otra parte, no se cuente con otro mecanismo judicial de protección.

Tal procedencia excepcional la justifican casos como el que ahora decide la Sala. A la verdad, la inteligencia que el accionado dio al artículo 13 del decreto 992 de 1930, conforme al cual, como se dijo, se abstuvo de continuar el trámite de la querella, no es la más afortunada, al punto que hizo actuar la norma donde no había sitio para ella.

Y es así porque de lejos se columbra que la verdadera hermenéutica del legislador fue la de propender por que las autoridades de policía no desbordasen el fin que le es propio -cuál es el del mantenimiento del *sic statu quo*-, ocupándose de litigios que ameritan la intervención del juez para que éste, en un escenario procesal amplio, zanje las controversias jurídicas que implique la disputa de la posesión y la tenencia. Para decirlo con total afán de síntesis, los funcionarios de policía conocen de las situaciones de hecho, y al juez se reservan las jurídicas.

El artículo 13 del decreto 992 de 1930 no es sino el trasunto de lo acabado de expresar. Si los querellados, en efecto, llegasen a justificar la detención del bien, ello significaría que no se trata ya de situaciones meramente fácticas y que, antes bien, de por medio existe una disputa que llama la intervención del juez para que defina quién tiene mejor derecho a la posesión del bien. Aquella justificación, pues, constituye un vacillar para la autoridad de policía, la que, por lo mismo, cejará en su intervención, pues entonces ha de comprender que la específica situación por la que había sido llamada va más allá del simple mantenimiento del *sic statu quo*.

Naturalmente que la "justificación" dicha debe tener un sustento jurídico. No en vano reza la disposición comentada que lo allí preceptuado se ofrece cuando se justifique "legalmente". Ocurre así cuando el ocupante actual demuestre, por ejemplo, que allí se encuentra no por su simple

capricho, ni por el dictado de la arbitrariedad, sino en virtud de un lazo jurídico que de cualquier modo denote que se trata de una ocupación consentida o tolerada por el promotor de la querella, o la justifica una orden de autoridad competente. De ahí que el antecedente inmediato del citado decreto, dijese, muy seguramente a título de ejemplo, que el evento en análisis se configuraba cuando el ocupante aduzca contrato de tenencia de tierra (artículo 15 de la ley 57 de 1905). En casos así, de toda obviedad es que los contendientes deban acudir a la vía jurisdiccional: allí hay un lazo jurídico por resolver. Que lo hagan los jueces.

Infiérese, entonces, que cuando las cosas no se presentan de tal modo, vale decir, que el ocupante no puede aducir nada distinto a su querer antojadizo o que, como en la ocurrencia de autos, aduce documentación que resulta extraña al querellante, de momento no hay una justificación "legal" de la ocupación, y, subsecuentemente, ello solo no es óbice bastante para que la autoridad policial, sin más averiguación, detenga su paso. Antes que retroceder, es de su incumbencia proseguir la actuación para ver de establecer, en la diligencia misma, qué tanta veracidad le cabe a la querella instaurada. Itérase, en caso semejante, por lo pronto no ha habido una justificación "legal" de la tenencia; bien puede suceder entonces que a ella hubiese llegado el ocupante por las vías de facto que arguye la querella: que lo determinen las autoridades de policía.

No se remite a duda que es esta segunda eventualidad la que dibuja la actuación policial aludida en la tutela, habida cuenta que la querellada apenas si adujo un título escriturario por virtud del cual dice haber adquirido el inmueble disputado. Y es patente que si tal título, por provenir de un tercero, ningún enlace acredita con la querellante, nada dice con relación a la posesión que ésta afirma le fue arrebatada. En consecuencia, aún pende la definición del *statu quo*, preciso punto por el cual fue exhortada la intervención policial. De lo contrario, sería tanto como prohijar la tesis de que el adquirente de un bien, por ese solo hecho, esté autorizado para desplazar sin más al poseedor de la cosa, cuestión que a no dudarlo lucaría arbitraria.

Bien vale puntualizar aquí, que no se trata de un simple diferendo interpretativo de la norma, tema en el cual claramente no puede incursionar el Juez constitucional a través de la tutela. Lo que acontece es que la exégesis del accionado resultó desnaturalizando la ideología normativa, y trajo como corolario que a la querellante se le cerrara abruptamente el paso a un trámite expedito que la ley reserva para el resguardo del *statu quo*, el mismo que ella afirma fue quebrantado. Le asiste derecho, pues, para que la exacta situación que ha puesto de presente, cuando menos sea examinada por la autoridad de policía, derecho que no se le puede coartar de entrada, salvo el caso - que no es el de ahora- de que los ocupantes justifiquen "legalmente" la delanturación del bien. De este modo, a la querellante se le ha vulnerado, sin ningún género de duda, el debido proceso.

Cumple añadir todavía que el proceso civil en curso, que para el tribunal empece la intervención policial, en este caso concreto señala por el contrario, que son los propios querellados quienes, pretendiendo la reivindicación de la misma heredad, afirman en el libelo incoativo que la posesión la detentaba la querellante. Elemento de juicio este que, por consiguiente, tampoco pudo dejar acreditado, de entrada, como lo exige el mencionado artículo 13, una justificación "legal" de la tenencia o posesión.

Así que el amparo solicitado por la accionante ha de concederse, previa revocación del fallo del tribunal. Se dispondrá, entonces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, el accionado adelante todo lo pertinente a fin de que agote el trámite del lanzamiento por ocupación de hecho, adoptando la decisión acorde con las pruebas de que se valieren las partes involucradas en el asunto.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria; administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca el fallo de fecha y procedencia anotadas, y en su lugar, dispone:

1.- Conceder la tutela del derecho al debido proceso a la accionante Irma Tinoco Beltrán frente al Alcalde Municipal de Honda (Tolima).

2.- En consecuencia, ordénase a dicha autoridad que en el término de cuarenta y ocho (48) horas tome las medidas pertinentes para reanudar el trámite de lanzamiento por ocupación de hecho objeto de tutela, en procura de que agote el trámite y adopte la decisión que probatoriamente sea del caso.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados, remítase copia de este fallo a la autoridad accionada y, cumplido lo anterior, envíense las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechuria Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Ferrurido Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

DEBIDO PROCESO CONCURSAL: Procedencia frente a persona natural no comerciante. La ley 222 de 1995 no regula únicamente los eventos de deudores comerciantes, como los únicos sujetos procesales que pueden solicitar el trámite concordatario. La discriminación solo tiene efectos para determinar la competencia.

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

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Referencia: Expediente No. 7961

Decide la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por el accionante contra el fallo del 9 de noviembre de 1999, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, dentro de la Acción de Tutela promovida por Mariano Alfonso Ramos Giraldo contra la Juez Catorce Civil del Circuito de Cali.

ANTROCEDENTES

El señor Mariano Alfonso Ramos Giraldo, por conducto de apoderado judicial, solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, la protección de sus derechos al debido proceso y acceso a la justicia, reconocidos por la Constitución Política, los cuales considera vulnerados por la funcionaria accionada con ocasión de los hechos que narró y se comprendían así:

1. Es mayor de edad, tiene su domicilio en la ciudad de Cali y ejerce actividades particulares como persona natural. No está inscrito como comerciante en ninguna Cámara de Comercio del país.
2. Afectado por la grave situación financiera que atraviesa el país, se vio en la necesidad de solicitar a los jueces competentes que se le admitiese "... en los trámites de un concordato para llegar a un acuerdo con sus acreedores", petición de la cual correspondió conocer, por reparto, a la

juez accionada, quien en proveído del 27 de julio del año que cursa "...resolvió negar la apertura del trámite concursal solicitado, por considerar que la Ley 222 de 1995, no consagró la figura del concordato para las personas naturales no comerciantes".

3. Recurrida en reposición dicha decisión, manifestándole que en el sistema uniforme consagrado por la Ley 222 de 1995, el concordato se extendió a todas las personas naturales y jurídicas, comerciantes o no, en apoyo de lo cual se acompañó el concepto rendido por el Dr. Alvaro Isaza Upegui, abogado comercialista de la ciudad de Medellín que participó activamente en la comisión redactora de la normatividad referida, la juez accionada mantuvo su decisión, ratificando la motivación inicialmente expuesta para negarse a dar trámite a la solicitud de concordato que hubo de presentar el actor.

4. El voluntarioso proceder de dicha funcionaria ha violado flagrantemente los derechos fundamentales cuyo amparo solicita, "... quedando como única instancia jurídica residual para la protección de sus derechos, la vía constitucional de la acción de tutela".

Con fundamento en lo expuesto y previa explicación de la forma como la decisión de la funcionaria accionada quebranta los derechos fundamentales premencionados, solicitó ordenarle "... que en el término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a admitir la solicitud del concordato de la persona natural del señor Martiano Alfonso Ramos Giraldo".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de compendiar la argumentación fáctica expuesta en el libelo de tutela y lo manifestado por la accionada en relación con la conducta que se le imputa, se refiere el tribunal a la naturaleza de la acción instaurada, relevando que resulta expedita "... para afrontar con eficacia y prontitud el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales sólo cuando el interesado se vea inerme frente a quien se los vulnera, precisamente por ausencia de otros mecanismos legales de defensa".

Precisa a renglón seguido que la acción se dirige contra las providencias del 27 de julio y 6 de septiembre de 1999, proferidas por la juez accionada, mediante las cuales negó la apertura del trámite concursal solicitado y resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra tal decisión.

Enfatiza la improcedencia de la tutela para discutir providencias judiciales, salvo que constituyan verdaderas vías de hecho y fija el ámbito del derecho constitucional fundamental al debido proceso para ocuparse de la situación planteada por el actor, advirtiendo que su procurador judicial no comparte el criterio esbozado por la juez accionada para fundamentar la decisión mencionada, calificando sus apreciaciones como arbitrarias y caprichosas, circunstancia que a su juicio devela el enfrentamiento de

"...dos tesis radicalmente opuestas. Una ofrecida por la jueza de conocimiento, conforme a la cual la persona natural no comerciante no cuenta con tal posibilidad dentro de la reglamentación contenida en la Ley 222 de 1995. Y otra expuesta por el accionante explicando cómo al no comerciante también lo ampara el beneficio del concordato", criterios que considera suficientemente sustentados por cada uno de sus defensores.

Bajo tal perspectiva estima que al no tratarse de una "...determinación simplista ni carente de argumentos", no estructura una vía de hecho. Observa que no es fruto de una conducta caprichosa de la accionada, ni tiene visos de arbitrariedad, ya que se apoya en una interpretación razonada de los artículos 89, 90 y 96 de la ley 222 de 1995, apuntalada en argumentos tan atendibles como los del actor. Añade que si el art. 94 de la ley 222 de 1995 especifica que el concordato tiene por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito, "...atendiendo el concepto de empresa que ofrece el artículo 25 C.C., no parece posible que una persona natural no comerciante pudiese tener la calidad de empresario para los efectos de la primera disposición".

Remata expresando que la tesis argumentativa de la accionada, independientemente de poderse compartir o no, "...no pasa de ser efecto inmediato de la autonomía interpretativa que maneja el juez al tomar sus decisiones", que escapa a la revisión del juez constitucional quien no puede dar al caso una inteligencia, supuestamente mejor, porque ello conllevaría aceptar que "...el juez constitucional es titular de una instancia revisora y obligada de las decisiones de los jueces ordinarios, lo cual vendría a descorrobar la autonomía e independencia que le son propias a éstos".

Fundado en las consideraciones precedentes, negó el amparo deprecado.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo decidido, el accionante impugnó el fallo del tribunal sin manifestar los motivos de su disentimiento con lo allí resuelto.

CONSIDERACIONES

1. Como resulta de lo manifestado por el accionante, el menoscabo de los derechos cuya tutela reclama, se deriva de las determinaciones tomadas por la funcionaria judicial accionada en los provisos del 27 de julio y 6 de septiembre de 1999, mediante los cuales negó la apertura del proceso concursal que le solicitara y desestimó el recurso de reposición interpuesto contra dicha providencia.

2. Para arribar a tal decisión, argumentó la jueza accionada en su proviso del 27 de julio de 1999, que si bien el art. 89 de la ley 222 de 1995,

al determinar "... el sujeto pasivo de cualesquiera de los dos trámites concursales que contiene", no especifica que el deudor deba tener la calidad de comerciante, al interpretar la ley el juzgador debe fijar su recto sentido y alcance para hacerla actuar en situaciones que el legislador entendió reglamentar, mediante una integración sistemática de las normas que consulten la equidad y la justicia.

Siguiendo tal derrotero expresa que tratándose de una ley especial que hace parte del Código de Comercio, de índole mercantil por cuanto no regla exclusivamente el tema concursal, "... solo puede cobijar la actividad de los comerciantes". Añade que las personas naturales que no ostentan tal calidad, tienen a su alcance otros instrumentos de protección de sus intereses, como la acumulación, la conciliación judicial o extrajudicial y procesos ordinarios para la revisión de actos jurídicos.

Bajo tal concepción considera improcedente pretender someter a su imperio tanto al deudor comerciante como al civil, porque ello desnaturализaría su carácter mercantil. Además, observa, "... la especificidad de la misma, hace que de conformidad con la ley 153 de 1887, se aplique a casos especiales y no generales".

Al resolver el recurso de reposición formulado contra el proveído anterior, puso de manifiesto la inconveniencia de emplear el criterio histórico de interpretación de la ley propuesto por el recurrente, para fijar el sentido y alcance de la normatividad premencionada, abogando por una interpretación edificada en los pilares enunciados en la providencia recurrida.

Refuta la apreciación del recurrente alusiva a que la atribución de la competencia de los procedimientos concursales de personas naturales, a los Jueces Especializados, o en su defecto a los Jueces del Circuito -art. 90-, comprende a las personas naturales que no ejercen el comercio, porque esta es una competencia residual, acotando que la competencia para el conocimiento de los procesos concursales de las personas naturales a las cuales se refiere el citado precepto, "...no son todas las personas de la sociedad, sino las expresamente señaladas por el artículo 96 de la misma codificación". Para determinar cuáles son, menciona que en el citado texto legal se consagran unos requisitos sustanciales que deben concurrir en el deudor que solicita la apertura de un concordato, entre ellos, estar cumpliendo sus obligaciones en cuanto al registro mercantil y la contabilidad de sus negocios.

Seguidamente conjuga dicha previsión normativa con lo estatuido por el art. 26 del C. de Com., en cuanto asigna como objeto del registro mercantil, entre otros, llevar la matrícula de los comerciantes. Con el art. 28-7 ejusdem, que consagra el deber de inscribir, en dicho registro, los libros de contabilidad. Finalmente, con el art. 19 del mismo estatuto, que obliga al comerciante a matricularse en el registro mercantil y a inscribir en él sus libros de contabilidad, para concluir que al exigir el art. 96 de la ley

222 de 1995 que el deudor se halle en las condiciones supracitadas, "... le está exigiendo la obligación de ser comerciante".

Añade que el criterio de unificación de los procedimientos concursales preconizado por el recurrente, se encerva por las prescripciones del art. 14 de la ley 153 de 1.887 y concluye exponiendo que "... al no estar reproduciida en la ley 222/95 el concurso de acreedores y el concordato preventivo para las personas naturales no comerciantes, debe afirmarse categóricamente que el deudor a que atude los numerales 1 y 2 del artículo 89 de la ley 222/95 es al deudor comerciante. Afirmar lo contrario, es caer en una interpretación exegética y pretender que el juez deje de lado la facultad de interpretación originada en una ley ambigua, para comportarse como un esclavo del articulado de la misma".

3. Antes de entrar en vigencia la ley 222 de 1995, por la cual se modificó el libro II del Código de Comercio, se expidió un nuevo régimen de procesos concursales y se dictaron otras disposiciones, las legislaciones civil y comercial consagraban distintos procedimientos concursales para el deudor civil y comerciante, así: para el primero, existían el concordato de deudor civil y el concurso de acreedores, reglados en el Título XXVIII del C. de P.C.. Para el segundo, el concordato preventivo potestativo, el obligatorio y la quiebra, regulados en el decreto 350 de 1.989 y el Título II del Libro Sexto del C. de Comercio, además de la liquidación forzosa administrativa, para las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Con su expedición, se consagró un único procedimiento concursal, que puede estar ordenado bien al concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, o a un concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman su patrimonio (art. 89). Su articulado se refiere, en términos generales, al deudor, persona natural o jurídica, sin distinguir si es comerciante, diferencia que sólo juega papel preponderante en la determinación del funcionario competente para aprehender su conocimiento, ya que asigna a la Superintendencia de Sociedades, en forma privativa, la atribución para conocer de los procesos concursales "... de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación", y a los jueces civiles especializados, o en su defecto, a los jueces civiles del circuito, el conocimiento de "... los procedimientos concursales de las personas naturales", así como el concordato y la liquidación obligatoria de las personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales (arts. 90 y 213).

Excluye del régimen concursal allí establecido a "... las sociedades sujetas al régimen de liquidación forzosa administrativa, así como todas aquellas que tengan un régimen especial de recuperación o liquidación" (art. 210).

4. Como resulta de las previsiones normativas enunciadas, el estatuto que las consagra unifica los procedimientos concursales disgregados en la legislación civil y mercantil, que expresamente deroga, en un proceso único, a cuyos beneficios se puede acoger el deudor en el cual concurran los supuestos de concursalidad que allí se consignan, con independencia de su condición de comerciante o no comerciante, pues esta distinción, como se anticipó, sólo tiene relevancia para efectos de determinar la competencia, más no para calificar al sujeto del proceso concursal, de cuyos beneficios no excluye, en forma expresa, al deudor civil.

La unificación del trámite concursal que viene considerándose, constituyó uno de los principios filosóficos en los cuales se inspiró la reforma introducida, en esta materia, por la ley 222, e igualmente se erige en pauta orientadora en la labor interpretativa de la misma. Así se consignó en la exposición de motivos que se anexó al proyecto de ley presentado al Congreso por el Gobierno Nacional, documento en la cual manifestaron sus impulsores que "recogiendo la normatividad prevista para el concordato preventivo y potestativo, el obligatorio, la quiebra y el concurso de acreedores", se "... buscan eliminar las diferencias en el tratamiento de los distintos tipos de deudores, y desde luego significa un avance que permite corregir algunas inequidades (sic) que se presentan al tener dualidades de regímenes".

Al esquematizar el ámbito y alcance de la reforma proyectada fueron explícitos en señalar que en este campo se unificaban "... el régimen civil y el mercantil puesto que se establece un régimen único de concursos que se aplica tanto a quien tiene la calidad de comerciante como a quien carece de ella" (Gaceta del Congreso, No. 381, págs. 47 y 48).

4. Ahora bien, el fundamento basilar de la resolución adoptada por la juez accionada, estriba en que el procedimiento concursal al cual pretende acogerse el accionante, en su condición de persona natural no comerciante, sólo está instituido para quienes ejercen el comercio, pues a su juicio y por las razones que tuvo a bien exponer: "... el deudor a que atude los numerales 1 y 2 del artículo 89 de la ley 222/95 es al deudor comerciante".

Esta interpretación de la normatividad que regula el trámite negado, prima facie resulta desasida de su contexto general, de su espíritu y de la intención del legislador, e infundadamente se apunta en una distinción entre el deudor comerciante y el que no lo es, que como ya se expuso, no fue considerada por el legislador para instituir como sujeto único del régimen concursal reglamentado al deudor comerciante y por contra, al no haber sido consagrada por aquel, no puede ser establecida por el intérprete.

Por otra parte, con tal entendimiento se priva al deudor no comerciante que se halla en situación de concursalidad, de la herramienta legalmente establecida para sortear las dificultades económicas que encara,

quien adicionalmente no puede acogerse al régimen consagrado en el Código de Procedimiento Civil en su Título XXVIII para el deudor civil, por haber sido derogado, condiciones en las cuales es claro que en lugar de eliminar el desequilibrio resultante de los diversos regímenes concursales existentes, que se trató de allanar con la unificación implementada en la ley 222, se la erige en fuente de iniquidad, contrariando el inocultable propósito buscado con su expedición.

Si adicionalmente se tiene en cuenta que el afectado no cuenta con otro mecanismo judicial para obtener la enmienda del desvío judicial que viene considerándose, pues ya agotó infructuosamente el único instrumento puesto a su alcance para lograr tal cometido, circunstancia merced a la cual se encuentre inerme frente a la autoridad que le veda su derecho de acceder a la administración de justicia y al debido proceso, al negarse injustificadamente a tramitar un procedimiento judicial legalmente autorizado, debe concluirse que concurren las condiciones para catalogar como vía de hecho la decisión judicial controvertida, tornándose expedito el amparo constitucional reclamado.

En armonía con lo expuesto, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se concederá la tutela pedida.

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, REVOCA la sentencia objeto de impugnación.

En su lugar,

DISPONE:

1º. TUTELAR los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso del señor Mariano Alfonso Ramos Giraldo.

En consecuencia, se ordena a la Juez Catorce Civil Del Circuito De Call, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que reciba de esta determinación, resuelva la solicitud de apertura de trámite concursal impetrada por Mariano Alfonso Ramos Giraldo, como legalmente corresponda.

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, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

SERVICIO PÚBLICO: En inmuebles arrendados. La obligación que se impone a la empresa de suspender el servicio ante la falta de pago por el término que se fijen en el reglamento es una regla de equilibrio contractual con un claro espíritu de protección de terceros interesados en que el pago de los servicios se haga puntualmente, como el propietario del inmueble, a quien la misma ley coloca como deudor solidario (artículo 130 Ley 142 de 1994), que, por consiguiente, también tiene derecho a que el servicio se suspenda a los usuarios del predio para que no se acumulen deudas indefinidas que lo comprometan patrimonialmente, e inclusive puedan conllevar a la pérdida del mismo bien. La tutela, cuando la entidad no cumple con este requerimiento, procede como mecanismo transitorio para obtener la reinstalación del servicio en el inmueble una vez cancelados los 3 primeros períodos en mora.

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

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila Velásquez

Ref.: Expediente No. 8029

Decidese la impugnación formulada por Jorge Fabio Arbelaez Carvajal contra el fallo del 25 de noviembre de 1999, proferido por el Tribunal Superior, Sala Civil-Familia-Agraria, del Distrito Judicial de Cundinamarca, en el trámite de la tutela promovida por el impugnante contra la Empresa de Energía de Cundinamarca S. A., ESP.

ANTECEDENTES

1. El accionante aduce vulneración de los derechos a la igualdad, el debido proceso y el trabajo.
2. Funda la infracción en que como secuestre dentro del proceso de sucesión de Joaquín Santiago Bartriga Orozco, cursante en el Juzgado de

Familia de La Mesa, recibió un inmueble situado en calle 9 No. 4-85 y cra. 5a. No. 8-64 de Apulo, que dio en arrendamiento a Jorge Enrique Parra Villalobos, quien a pesar de obligarse a cancelar el servicio de energía no lo hizo durante varios meses.

Dijo que según el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, la accionada debió suspender el servicio "sin exceder de tres períodos de facturación". pero en forma negligente dejó de hacerlo, y por eso, ahora que él está rendiendo cuentas definitivas de su gestión desea finiquitar el asunto para que no se perjudique más a los herederos y no tenga que responder con dineros de su propio peculio.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, para negar el amparo, dice que lo ordenado por el artículo 140 de la ley 142 de 1994 no es imperativo, sino una facultad de la respectiva empresa de servicios públicos, y la no suspensión no implica violación a derecho fundamental alguno, además de que conforme al artículo 130 de la misma ley el propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos.

Añade que el secuestro, quien responde hasta por la culpa leve, debió vigilar el desarrollo del contrato, e incluso pedir a la empresa la suspensión del servicio según el artículo 138, o ejercer las acciones judiciales por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario.

LA IMPUGNACIÓN

Anota el accionante en su descontento que no debe responder por la deshonestidad del arrendatario, ya que ello iría contra su remuneración mínima vital y móvil, y el principio de favorabilidad, consagrados en el artículo 53 de la Constitución. Considera que el espíritu del artículo 140 de la ley 142 de 1994 si es de carácter impositivo, precisamente para no hacerle más gravosa la situación a terceras personas y romper la solidaridad con el propietario del inmueble.

CONSIDERACIONES

1. Como ya ha tenido oportunidad de precisarlo varias veces esta Corporación¹, la acción de tutela, por regla general, no procede para cuestiones referentes a la instalación, suspensión y reinstalación de servicios públicos, dado que, por un lado, comúnmente los derechos allí involucrados son derivados de una relación contractual, que no de rango fundamental, y por el otro, frente a tales materias existen mecanismos de defensa en la

¹ Entre otros, fallos del 6 de octubre de 1998 (exp. 5439), 16 de febrero (exp. 5840), 24 de marzo (exp. 6012) y 10 de agosto de 1999 (exp. 6810).

vía gubernativa y a través de las acciones judiciales pertinentes; lo que asimismo se aplica a los eventuales reclamos por cuentas o facturaciones.

Regla general que no se opone a la procedencia de esta herramienta en las eventualidades en que la conducta de las empresas de servicios públicos amenacen o quebranten un derecho fundamental de manera ilegítima o arbitraria, y el afectado corre el peligro de sufrir un daño irreparable en tan caros atributos, pues que en tales situaciones resulta viable la acción como mecanismo transitorio, esto es, mientras el interesado acude a instaurar las acciones judiciales correspondientes, dentro de los términos legales.

2. Dicho lo anterior, en este caso concreto se evidencia la vulneración del derecho fundamental del debido proceso a la parte accionante, puesto que conforme al artículo 140 de la Ley 142 de 1994 las empresas de servicios públicos deben proceder a la suspensión del servicio ante la falta de pago por el término que ellas mismas fijen "...sin exceder en todo caso de tres (3) períodos de facturación..." (inc. 2), disposición esta que, al contrario de lo indicado en el fallo impugnado, si es imperativa por cuanto su texto itera claramente, como también lo dice el inciso primero, que la interrupción debe realizarse "en todo caso", vale decir, siempre que la mora en el pago llegue a las tres (3) facturaciones.

Y es así porque se trata de una regla de equilibrio contractual con un claro espíritu de protección de terceros interesados en que el pago de los servicios se haga puntualmente, como el propietario del inmueble, a quien la misma ley coloca como deudor solidario (art. 130 L. 142 de 1994), que por consiguiente, también tiene derecho a que el servicio se suspenda a los usuarios del predio para que no se acumulen deudas indefinidas que lo comprometen patrimonialmente, e inclusive pueden conllevar a la pérdida del mismo bien.

Por supuesto que no haber procedido así la compañía accionada con relación al inmueble administrado por el actor, en su condición de secuestre, cuando el respectivo arrendatario dejó de pagar por más de tres (3) períodos el servicio de energía, traduce un proceder omisivo que no es, ni con mucho, de poca monta, porque se trata de un desgreño administrativo que sobre afectar a la electrificadora misma, lesiona, y no es esto lo menos grave, a terceros, desde luego que al no suspender el suministro, hace germinar la apariencia de una normalidad en el pago del mismo, perturbando así los derechos de éstos; incurrió, pues, en un absoluto y arbitrario desconocimiento del régimen legal aplicable a su actividad, con evidente desmedro para el propietario o administrador del inmueble, a quienes con tales omisiones abusivas se les violaron las garantías fundamentales del debido proceso, pues no se realizó en su favor la actuación administrativa ordenada por el legislador.

3. Ahora bien, el informe que aparece en la actuación de primera instancia (fls. 39 y ss. c. 1) no se puede tener en cuenta por cuanto fue rendido por un abogado que no figura ni como apoderado ni como funcionario de la empresa accionada, además de que aun teniendo por cierta la suspensión del servicio hecha a los dos contadores con que cuenta el inmueble, según las copias informales entonces allegadas, no tienen la virtualidad de considerar la conducta de la accionada ajustada a la norma antes comentada, porque de todas maneras ante la persistencia del incumplimiento en los pagos, también persistió la desidia de la compañía por no suspender nuevamente el servicio y evitar que se reconnectionara de manera irregular, esto es, sin la puesta al dia en los pagos.

4. Dedúcese, entonces, que el fallo censurado debe ser revocado para en su lugar conceder la tutela como mecanismo transitorio, en aras de proteger el derecho al debido proceso en este caso concreto, debiéndose ordenar a la empresa accionada que ejecute la reinstalación del servicio a su cargo con el único pago de los tres (3) primeros períodos facturados en que se incurrió en mora de pagar; medida de protección que permanecerá vigente tan sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir la correspondiente acción contencioso administrativa que el accionante, o los interesados en la propiedad o posesión del inmueble de marras, deben iniciar dentro del término de cuatro (4) meses a partir de la ejecutoria de este fallo. Si vencido este término no se promueve el respectivo proceso, cesarán los efectos de la tutela (art. 8 Dec. 2591 de 1991).

DECISIÓN

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

1. TUTELAR de manera transitoria el derecho al debido proceso al accionante José Fabio Arbelaez Carvajal, secuestre del inmueble situado en calle 9 No. 4-85 y cra. 5a. No. 8-64 de Apulo, así como a los interesados en la propiedad o posesión del mismo predio, frente a la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A., ESP.

2. En consecuencia, se ordena a dicha accionada que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la petición que se le formule sobre el particular, con el sólo pago de la deuda de las tres (3) primeras facturaciones de la correspondiente mora por el servicio de energía prestado al bien antes referido, los gastos de reconnection y recargo de esos períodos, proceda a la reinstalación de dicho servicio.

Esta orden permanecerá vigente durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir la correspondiente acción con-

tencioso administrativa que el accionante, o los interesados en la propiedad o posesión del inmueble de marras, deben iniciar dentro del periodo de cuatro (4) meses a partir de la ejecutoria de este fallo. Si vencido este plazo no se promueve el respectivo proceso, cesarán los efectos de la tutela (art. 8 Dec. 2591 de 1991).

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

Jorge Antonio Castillo Rugeles, Manuel Ardila Velásquez, Nicolás Bechara Simancas, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, José Fernando Ramírez Gómez, Jorge Santos Ballesteros, Silvio Fernando Trejos Bueno.

INDICE ALFABETICO DE TUTELA

C

CESANTIA

Falta de disponibilidad presupuestal. La tutela es improcedente para obtener el pago de cesantías parciales. No se ve afectación al mínimo vital ya que la accionante al percibir un salario por su vinculación laboral puede atender sus necesidades básicas. Si el no pago se respalda en falta de disponibilidad presupuestal no se está ante una actuación arbitraria de la entidad accionada

1999

CONCURSO DE MERITOS

- *No designación del primero.* La sentencia SU 86 de 1999 ofrece un margen razonable para excluir con argumentos específicos y expresos a quien no ofrece garantía de idoneidad para ejercer la función a la que aspira 1934

CONFLICTO DE COMPETENCIA

- *Conflicto aparente.* No es procedente plantear conflicto de competencia cuando el juez seleccionado por el accionante ha avocado conocimiento de la tutela y adelanta el trámite sin objeción de las partes

1843

CONTRATO DE TRABAJO

- *Terminación por participación en huelga.* Vulnera el derecho el empleador que sanciona con destitución del cargo a un trabajador sin adelantar el trámite disciplinario correspondiente. La Corte concede el amparo como mecanismo transitorio, al encontrar además demostrada la afectación del mínimo vital del accionante y su familia

1884

CREDITO HIPOTECARIO

- *La acción de tutela es improcedente para obtener que conforme las decisiones de inexequibilidad de algunas normas del régimen del sistema UPAC se revisen liquidaciones judiciales de crédito en firme* 1982

D

DACION EN PAGO A ENTIDADES FINANCIERAS

- *La negativa del banco a aceptar la oferta de dación en pago con el argumento de estar en curso proceso ejecutivo, desconoce el artículo 3º del decreto 908 de 1989.* 1918

DEBIDO PROCESO

- Alcance frente a procedimientos administrativos 1895
- Escritos *Irrespetuosos*. Si la manifestación irrespetuosa está contenida en los recursos de reposición y apelación el juez no puede en aplicación del artículo 39 numeral 3º devolver los escritos, actuar de tal manera desconoce el derecho de defensa 1801

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

- *Corrección de sentencia*. Vulnera el debido proceso el Tribunal que emplea la figura de la corrección de sentencia para pronunciarse respecto de la pretensión del demandante sobre ajuste monetario 1783

DEBIDO PROCESO ARBITRAL

- *Competencia para conocer recusaciones*. A partir de la vigencia del Decreto ley 2651 de 1991, los impedimentos y recusaciones que se presenten en el arbitraje institucional serán resueltos por el director del centro de arbitraje no por el juez civil del circuito 1952

DEBIDO PROCESO CIVIL

- *Emplazamiento*. Si en la solicitud de emplazamiento se omitió mencionar que el demandado no figuraba en el directorio telefónico, corresponde a éste demostrar en el proceso que sí aparecía para evidenciar el incumplimiento impuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil. La tutela no es procedente 1703
- *Intervención con poder general*. La persona que sin ser abogado es designado representante por medio de un poder general está facultado para intervenir en procesos donde por ley se faculta la actuación en causa propia. La negativa del juez a permitir su participación desconoce el derecho de defensa del representado 2019

DEBIDO PROCESO CONCURSAL

- *Prelación de créditos a personas de tercera edad*. Pago de CDT por parte de entidades financieras intervenidas 1965
- *Prelación de créditos, pago anticipado*. La situación por la que atraviesa el actor no es de absoluta exigüidad, es la que puede tener cualquiera de los acreedores de la entidad en liquidación, por manera que no puede el juez de tutela proceder a otorgarle a su rédito una preferencia que de acuerdo con la ley no le corresponde, ordenando su pago prematuro, por cuanto ello comporta un desconocimiento del principio de igualdad o equidad entre los distintos acreedores dentro de los procesos concursales 1863
- *Procedencia frente a persona natural no comerciante*. La ley 222 de 1995 no regula únicamente los eventos de deudores comerciantes, como los únicos sujetos procesales que pueden solicitar el trámite concordatario. La discriminación solo tiene efectos para determinar la competencia 2037

DEBIDO PROCESO DE ALIMENTOS

- *Excepciones*. En aquellos eventos en que la cuota alimentaria se fija por acuerdo de las partes en audiencia de conciliación judicial no es aplicable la limitación prevista en el artículo 152 del Código del Menor en cuanto que solo procede la excepción de pago 1944

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA

- *Impugnación de paternidad.* No se afectan los intereses del menor cuando en su nombre el defensor de familia, en cumplimiento de una orden impartida en sentencia ejecutoriada, intenta impugnar la paternidad legítima y averiguar su verdadera filiación. Lo que la ley protege es la certidumbre total sobre el estado civil de una persona 1938
- *Restitución internacional.* Las decisiones adoptadas por el juez sobre la custodia del menor no son definitivas pues no se ha proferido sentencia. El accionante cuenta recursos para hacer valer las providencias que sobre el mismo punto profirió un juzgador extranjero 1993
- *Títulos de depósito.* Es ajena a la esencia del mecanismo tutelar la pretensión que busca obtener la restitución del valor del título judicial irregularmente cobrado. La declaratoria de responsabilidad de la entidad pública, conculcaría indefectiblemente el derecho al debido proceso de la accionada. El cobro irregular e indebido del título, no releva a los padres del cumplimiento de sus obligaciones de estirpe legal, independientemente que no cuenten con los medios para ello, evento en el cual deberían buscar otro medio de ayuda, bien familiar, estatal, etc. 1794

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCIÓN

- *Consignación de renta.* No resulta legítimo exigir al demandado antes de estar constituido en mora que consigne o acredite el pago para ser escuchado 1891
- *Consignación de renta en contratos comerciales.* Mal puede alegar la accionante que el sistema de consignación bancaria de cánones no sea aplicable en los eventos en que el contrato de locación, cuya terminación se demanda, sea de naturaleza comercial. No debe olvidar la peticonaria que la norma de procedimiento cuya aplicación por el juez accionado cuestiona, es de orden público, se halla vigente y no contradice las disposiciones constitucionales, de donde es forzoso su cumplimiento por las partes y el fallador 1714
- *Demandada en concordato.* Con permiso de la autoridad convocante la demandada podía consignar la renta adeudada, numeral 3 del artículo 98 de la ley 222 de 1995. 1714

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

- *Notificación.* La resolución que decide la restitución debe notificarse a los destinatarios de la orden (artículo 8 Decreto 640 de 1937). El método empleado por el Inspector no permite establecer si el oficio fue recibido por algún ocupante del predio 1764

DEBIDO PROCESO DE SUCESIÓN

- *El reconocimiento del cónyuge sobreviviente no está sujeto al término que establece el artículo 1289 del Código Civil.* La norma aplicable al caso es el numeral 3º, artículo 590 del Código de Procedimiento Civil 1744
- *El trabajo de partición que no tiene en cuenta la manifestación del cónyuge de optar por gananciales y la decisión del juez de no correr traslado del mismo, afecta el debido proceso y hace indispensable la concesión del amparo para procurar enderezar la afectación patrimonial que ese estado de cosas le ha ocasionado al accionante.* 1744

- *Intervención de terceros.* Frente a solicitudes de intervención y suspensión de la partición formuladas por tercero que hayan planteado controversias que digan relación, entre otros derechos, con el de suceder, al juez lo único que le corresponde es resolverlas (artículo 618 Código de Procedimiento Civil). Vulnera el derecho al debido proceso, el funcionario que se limita a producir una providencia en la que expresa que se abstiene de hacerlo, para en su lugar, y motu proprio optar por diferir la decisión a una futura oportunidad, pretextando ausencia de requisitos formales en la solicitud, por cierto en un principio indeterminados 2004

DEBIDO PROCESO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

- *Notificación.*
- El auto que cita para sentencia no tiene prevista notificación especial alguna, cumpliéndose el fin con la fijación que de él se haga en el estado correspondiente.

La sentencia se notifica conforme lo establece el artículo 17 de la ley 294 de 1996. Se cumple con esta preceptiva con la constancia del notificador de fijación del aviso y de entrega de copia de mismo. No se puede exigir el lleno de requisitos previstos para otras clase de notificaciones como la del 317 del Código de Procedimiento Civil

1923

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

- *Recurso de apelación.* La falta de sustentación del recurso de apelación tiene como consecuencia la denegación del recurso, no su declaratoria de descartación. Una decisión proferida en éste sentido, mediante auto de cumplirse, vulnera el derecho al debido proceso 1975
- *Notificación por comisionado.* Ni el artículo 90, ni el 97 del CDU estipulan que cuando la notificación se realice por intermedio de comisionado el término para la impugnación y sustentación del recurso empieza a correr a partir de la llegada a la sede del despacho comisario 1975

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO

- *Excepciones previas.* La falta de mención sobre las pruebas solicitadas en el escrito de excepciones previas no constituye vicio alguno que haga procedente la tutela 1855
- *Falta de competencia.* Quien no alegó como excepción previa la falta de competencia no puede alegarla posteriormente como causal de nulidad procesal 1855
- *Notificación del mandamiento de pago.* El artículo 335, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil sin hacer distinción alguna, prescribe «El auto de mandamiento ejecutivo se notificará por estafador». La notificación al curador ad litem designado en el proceso ordinario precedente, es fruto de una interpretación racional del juzgador y, por ende, no incurrió en la vía de facto que se le enrostro. 1703
- *Término de presentación de excepciones.* El juez de conocimiento desconoce el claro mandato del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil cuando desestima por prematuro el escrito de excepciones que se presentó junto con los recursos interpuestos contra el mandamiento de pago 1709
- *Título ejecutivo.* Si el ejecutado durante el transcurso del proceso no objetó la eficacia del título, mal puede la Administración ejercer ese tipo de control por vía de tutela y de manera oficiosa amparar 1725

DEBIDO PROCESO EN CAMARA DE COMERCIO

- Trámite *prev arbitral*. El trámite prearbítral es función pública, pasible de control constitucional 1952
- *Exclusión de arbitraje*. Para adoptar la decisión de excluir a un arbitro requería la Cámara de Comercio adelantar un debido proceso en el que se garantizara el derecho de defensa del sancionado 1952

DEBIDO PROCESO FISCAL

- *Medidas cautelares*.
- Si al accionante le parecen excesivas las medidas cautelares decretadas en el proceso de jurisdicción coactivo puede solicitar la aplicación del artículo 517 del Código de Procedimiento Civil para obtener la reducción de embargos. La tutela es un mecanismo residual improcedente cuando se cuenta con medios de defensa o cuando estos se dejan de ejercer 1847
- De conformidad con el artículo 2495 del Código Civil el crédito fiscal es privilegiado, razón por la cual la decisión del juez de ordenar el embargo de remanentes no es arbitraria 1847
- No puede replicarse la autonomía del funcionario para interpretar la norma cuando se está frente a una hermenéutica carente de sostén jurídico. El término que establece el artículo 834 del Estatuto Tributario debe contarse a partir del día siguiente a la notificación, no desde el día en que la misma tuvo lugar 1686

DEBIDO PROCESO POLICIVO

- Desconoce el derecho al debido proceso el Inspector que concede reposición a la parte que resulta afectada con la providencia que a su vez decidió otro recurso de reposición 1682
- *Statu quo*. Vulnera el debido proceso el Inspector de policía que se abstiene de continuar el trámite policial sin que aparezca una justificación legal de la ocupación. El adquirente de un bien, por ese solo hecho, no está autorizado para desplazar sin más al poseedor de la cosa. Antes que retroceder el funcionario debe proseguir la actuación para establecer en la diligencia misma qué tanta veracidad le cabe a la querella instaurada 2038

DERECHO A LA EDUCACION

- El Consejo directivo del establecimiento educativo es autoridad competente para imponer sanciones disciplinarias a los alumnos 1851

DERECHO A LA IGUALDAD EN ATENCION DE PACIENTES

- La orden en tutela de practicar con urgencia una intervención quirúrgica no desconoce el derecho de los pacientes que están en turnos predispuestos por cuanto, las situaciones relacionadas con la salud, en la medida en que existen patologías de mayor urgencia, unas que otras, es preciso atenderlas por parte de las entidades médicas dándole prioridad a las más urgentes 1730

DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL

- Empleados nacionales y regionales. Si bien el escalafón docente es uno solo, la forma de vinculación laboral puede ser diferente; y si en razón de ello la remuneración establecida por los distintos empleadores también es diferen-

te, la nivelación o equivalencia de los salarios solamente puede ser el resultado de una dinámica de carácter general, impersonal y abstracta como la que pretendía lograrse con el acta de compromiso que sirve de estribo a la demanda, aspecto inherente a la política salarial de una entidad territorial cuyo control escapa a la acción de tutela	1769
DERECHO A LA INFORMACIÓN Véase DERECHO DE PETICIÓN	
DERECHO A LA TRANQUILIDAD	
• <i>Contaminación auditiva.</i>	
• Alcance de la sentencia de tutela respecto a la solicitud de cierre de establecimientos de comercio	1877
• La tutela es procedente cuando la perturbación auditiva llega a incidir directamente sobre la calidad de vida de los habitantes de una zona residencial sin que la autoridad pública aplique los instrumentos legales de que dispone para regular el ejercicio de las libertades y derechos	1819
DERECHO AL TRABAJO	
• <i>Plan de retiro compensado.</i> No corresponde al juez de tutela determinar las consecuencias del incumplimiento de obligaciones adquiridas por el empleador en acuerdos colectivos en los cuales también se hubiere establecido la desvinculación laboral de los accionantes	1858
DERRCHO AL TRABAJO EN EVENTOS DE SUPRESIÓN DE CARGOS	
• <i>Opción de reincorporación.</i> La opción de que trata el artículo 39 de la ley 443 de 1998 sólo plantea la posibilidad de reincorporación en la nueva planta, no es un derecho laboral que tenga quien a ella se acoge y que por tanto, sea susceptible de protección mediante tutela	1838
• <i>Empleados de libre nombramiento y remoción.</i> El derecho a incorporación a empleos equivalentes o a recibir indemnización no está previsto para empleados de libre nombramiento y remoción. La decisión de la entidad de no atender la petición del accionante no constituye acto arbitrario violatorio de sus derechos fundamentales	1832
• <i>Terminación de contrato.</i> No es ilegítima la conducta de la accionada al suprimir cargos con respaldo en el Decreto 1065 de 1999, expedido por el Presidente de la República, en donde se dispone disolver y liquidar la entidad así como, pagar bonificaciones por las terminaciones unilateralas de contratos laborales	1807
DERECHO DE PETICIÓN	
• <i>Requisitos de la solicitud.</i> La entidad que requiere al peticionario para que indique el interés que le asiste al formular su reclamación no vulnera el derecho de petición ya que tiene respaldo en el numeral 4º del artículo 5º del Código Contencioso Administrativo	1721
DERECHO DE PETICIÓN ANTE ENTIDADES FINANCIERAS	
• Refiere a la prestación del servicio público del Banco la solicitud de información sobre el trámite que adelanta la entidad cuando recibe oficios de embargo. En este caso la tutela procede para proteger el derecho de petición ante la mera en responder	1813

DERECHO DE PETICIÓN FRENTA A PARTICULARS

- **Solicitud de copias.** No se encuentra en estado de indefensión, que haga procedente la tutela, el peticionario al que la entidad accionada ha negado oportunamente la solicitud de expedición de copias. Por el contrario, tiene la posibilidad de acudir al diligenciamiento de pruebas anticipadas, sin que la dilación en los trámites procesales ordinarios sea argumento válido para restar eficacia al medio de defensa 1867

DERECHOS DEL MENOR INDÍGENA

- Prevalce el derecho a cuidado y atención del niño abandonado sobre el derecho de la comunidad indígena a decidir la suerte de menores repudiados por nacer gemelos 1735

E**EPS****Afiliación.**

- Medida de protección urgente. El juez de tutela no puede patrocinar la conducta del accionante que falseando la verdad indujo a la EPS a autorizar su ingreso como beneficiario. Sin embargo, si por parte de la entidad hubo incuria o descuido en prever los controles que tiene a su alcance para impedir que se accediera a esta afiliación irregular, tal concurrencia faculta a la Corte para adoptar como medida de protección urgente la orden de asistencia que requiere el paciente durante el término de un mes a partir de la notificación de la providencia 1928

- No es procedente ordenar mediante tutela la afiliación del accionante cuando hay incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la relación que lo vincula con la entidad accionada 2013

- Si la EPS suscitó válidamente la conciencia en el afiliado de hallarse habilitado para beneficiar a su hijo de los servicios asistenciales que presta la entidad, sin que haya habido asomo de mala fe en las actuaciones de aquella; no aparece lógico que el ente accionado recurra ahora a invocar la falta de afiliación como excusa para negarse a autorizar el pago de radioterapias que se le prescribieron para culminar un tratamiento que prohíjo desde un comienzo, y así descartar por esa vía el deber de protección de la vida de un niño, cuyos derechos tuvo en muy alta estima el constituyente. Afiliación. 1871

- **Aportes.** Si el afiliado es un funcionario público al que se hacen los desembolsos pertinentes por nómina, la garantía de pago está asegurada. La suspensión de la atención médica por mora en el pago de aportes no es de recibo 1985

- **Cobertura geográfica.** La simple eventualidad de que el derecho a la salud o a la vida se vulneren por el incumplimiento en la prestación del servicio de la EPS en el lugar de la sede domiciliaria y laboral del accionante, no provoca la necesidad de una medida de protección a cuyo propósito se endereza la acción de tutela 2029

- **Diagnóstico de enfermedades.** Los exámenes tendientes a contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad no están contemplados en las exclusiones del POS, la EPS debe prestar la atención médica en estos casos 1758

- **Improcedencia de la tutela para obtener el reembolso a paciente** 1907
- **La negativa del accionado a suministrar los medicamentos y practicar los exámenes de carga viral al actor, a pesar de tener un sustento en normas legales y reglamentarias, no es legítima por lo que deben inaplicarse en este específico asunto. Desde luego que ello no va en perjuicio para que la EPS pueda solicitar al Estado Colombiano, Ministerio de Salud, a través del Fondo correspondiente, el reembolso de los gastos** 1774
- **Medicamentos no incluidos en el POS. Solo cuando estén seriamente comprometidos los derechos a la vida, la dignidad, la integridad o al libre desarrollo de la personalidad cabe anteponer la Constitución a los reglamentos. Las limitaciones o restricciones del POS por sí mismas no son causa de vulneración de los derechos fundamentales** 1971
- **Reaseguro. La figura del reaseguro plasmada en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 sólo procede en los casos en que, conforme las normas legales que rigen el POS, si corresponda a las EPS asumir, en todo o en parte, el valor de la atención de las enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad social como de alto costo y respecto de las sumas materia de su exclusiva responsabilidad** 1774
- **Tratamiento no incluido en el POS. Perdió vigencia con la promulgación de la Ley 508 de 1999 artículo 37 la jurisprudencia que venía rigiendo el punto de que las normas legales referentes a exclusión de servicios de salud por fuera del POS, no eran aplicables cuando se hallara comprometido algún derecho fundamental** 1985
- EPS, SEGURIDAD SOCIAL: Falta de recursos económicos del paciente. Cuando el afiliado carece de recursos económicos para cubrir incluso la cuota moderadora, si bien es cierto, corresponde a la EPS atender sus requerimientos médicos y asistenciales, el porcentaje que a ella no le corresponde enfraguar del valor del tratamiento ordenado debe ser asumido por el Estado colombiano, a través del Ministerio de Salud** 1690

ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

- **Orden de cierre en tutela.**
- **La Corte modifica la sentencia y ordena al Alcalde de Neiva que en el término de cuarenta y ocho horas disponga el cierre de los establecimientos de comercio en que se viene presentando la violación de los límites de intensidad auditiva** 1819
- **No puede afirmarse que la única manera de proteger eficazmente el derecho a la tranquilidad de los accionantes, es ordenando el cierre de los establecimientos que generan ruido, máxime si éstos se encuentran ubicados en una zona urbana mixta, con destinación tanto residencial como comercial.** 1877

I

INCIDENTE DE DESACATO

- **Procedencia del desistimiento. "(...) comoquiera que el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 consagra la facultad, en favor del demandante en tutela, de desistir de su acción, principio que, se entiende, es aplicable a las demás cuestiones concernientes con este especial medio de defensa, entre ellas lo tocante con el cumplimiento de los fallos, y apreciándose, de otra parte, que**

el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil autoriza el desistimiento "de los recursos interpuestos, y de los incidentes" por parte del respectivo interesado, norma aplicable al caso por mandato del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, se concluye que procede la aceptación del desistimiento presentado (...)"..... 1742

L**LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA CONTRA EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**

- La entidad administradora del inmueble no es la titular de los derechos fundamentales que reclama, los intereses subjetivos que ellos protegen corresponden a los deudores de la obligación cuya solución se persigue..... 1913

R**REGIMEN PENSIONAL**

- *Mora en el pago.* Es la eficacia del medio de defensa judicial evaluado frente al caso concreto el que determina la improcedencia de la tutela. En un estado de debilidad manifiesta del accionante tanto el que produce la esquizofrenia paranoide con pronóstico reservado, repele remitir al proceso ejecutivo para obtener el pago de las mesadas pensionales que se requieren para atender en debida forma los gastos que demanda su subsistencia y la atención a su salud 1698
- *Fiducta.* La tutela no es procedente para dilucidar si las transacciones de una Fiduciaria afectan o no la garantía del pasivo pensional de la empresa que celebró el contrato de fiducia mercantil 1750

S**SALARIO**

- *Mora en el pago a mujer embarazada.* Es viable mediante tutela ordenar el pago de una acreencia laboral a favor de la mujer embarazada 2013

SEGURIDAD SOCIAL Véase EPS

- *Cuotas moderadoras.* La exigencia del pago de cuotas moderadoras como condición para autorizar un tratamiento médico no desconoce los derechos fundamentales del afiliado 1673
- *Falta de recursos económicos del paciente.* Cuando el afiliado carece de recursos económicos para cubrir incluso la cuota moderadora, si bien es cierto, corresponde a la EPS atender sus requerimientos médicos y asistenciales, el porcentaje que a ello no le corresponde sofragar del valor del trámite indicado ordenado debe ser asumido por el Estado colombiano, a través del Ministerio de Salud 1658

SENTENCIA DE TUTELA

- *Fallo extrajuris.* Si el accionante pretende mediante tutela obtener un pronunciamiento sin dilaciones, es desacertada la decisión del a quo que oficialmente ejerce un control de legalidad sobre la sentencia que se reclamaba, se está ante un hecho nuevo que no ha sido objeto de controversia en la tutela 1725

SERVICIO PUBLICO

- En *inmuebles arrendados*. La obligación que se impone a la empresa de suspender el servicio ante la falta de pago por el término que se fijen en el reglamento es una regla de equilibrio contractual con un claro espíritu de protección de terceros interesados en que el pago de los servicios se haga puntualmente, como el propietario del inmueble, a quien la misma ley coloca como deudor solidario (artículo 130 Ley 142 de 1994), que, por consiguiente, también tiene derecho a que el servicio se suspenda a los usuarios del predio para que no se acumulen deudas indefinidas que lo comprometan patrimonialmente, e inclusive puedan conllevar a la pérdida del mismo bien. La tutela cuando la entidad no cumple con este requerimiento procede como mecanismo transitorio para obtener la reinstalación del servicio en el inmueble una vez cancelados los 3 primeros períodos en mora 2044

SIDA. Véase EPS

T**TRATAMIENTO MEDICO** Véase EPS

- Necesidad de garantizar efectivamente la protección del derecho a la vida y a la salud del paciente 1907
- No es posible discutir mediante tutela los procedimientos médicos que deben dispensarse a un paciente 1902

TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR AUTISTA

- No son de recibo para negar la atención al menor los argumentos de edad máxima de ingreso establecida en el reglamento de la Fundación, ni los antecedentes de conducta del menor 1902

TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR CON RETARDO

- Rehabilitación.
- Al no estar incluidos en el POS los tratamientos de rehabilitación, tal requerimiento del menor debe ser satisfecho, en primer término por la familia y subsidiariamente, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado 2024
- Si el retardo de menor no es educable y su vida no corre peligro, la decisión de suspender el tratamiento de rehabilitación no vulnera los derechos fundamentales alegados 1985

TUTELA CONTRA PARTICULARS

- *Fiduciaria*. El pensionado de la empresa que contrata una fiducia no se encuentra frente a la Fiduciaria, en alguno de los eventos de procedencia de la tutela 1750

V**VALORACION PROBATORIA**

- La vía de hecho puede estructurarse en materia probatoria cuando el juez omite la valoración parcial o total de los elementos de convicción que incidan de manera directa en su decisión 1677

INDICE CRONOLOGICO
DE TUTELA

PAG.

- SEGURIDAD SOCIAL: Cuotas moderadoras. La exigencia del pago de cuotas moderadoras como condición para autorizar un tratamiento médico no desconoce los derechos fundamentales del afiliado. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: julio 6 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Proceso: 6543 - Civil 1673
- VALORACION PROBATORIA: La vía de hecho puede estructurarse en materia probatoria cuando el juez omite la valoración parcial o total de los elementos de convicción que incidan de manera directa en su decisión. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: julio 13 de 1999. Decisión: Confirma No Tutela. Proceso: 6558 - Civil 1677
- DEBIDO PROCESO POLICIVO: Desconoce el derecho al debido proceso el Inspector que concede reposición a la parte que resulta afectada con la providencia que a su vez decidió otro recurso de reposición. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: julio 16 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 6539 - Civil 1682
- DEBIDO PROCESO FISCAL: No puede replicarse la autonomía del funcionario para interpretar la norma cuando se está frente a una hermenéutica carente de sostén jurídico. El término que establece el artículo 834 del Estatuto Tributario debe contarse a partir del día siguiente a la notificación, no desde el día en que la misma tuvo lugar. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: julio 16 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela Proceso: 6542 - Civil 1686
- EPS. SEGURIDAD SOCIAL: Falta de recursos económicos del paciente. Cuando el afiliado carece de recursos económicos para cubrir incluso la cuota moderadora, si bien es cierto, corresponde a la EPS atender sus requerimientos médicos y asistenciales, el porcentaje que a ella no le corresponde sufragar del valor del tratamiento ordenado debe ser asumido por el Estado colombiano, a través del Ministerio de Salud. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: julio 16 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Adiciona. Proceso: 6672 - Civil 1690

Pág.

REGIMEN PENSIONAL: Mora en el pago. Es la eficacia del medio de defensa judicial evaluado frente al caso concreto el que determina la improcedencia de la tutela. En un estado de debilidad manifiesta del accionante como el que produce la esquizofrenia paranoide con pronóstico reservado, repele remitir al proceso ejecutivo para obtener el pago de las mesadas pensionales que se requieren para atender en debida forma los gastos que demanda su subsistencia y la atención a su salud. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: julio 16 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 6692 - Civil 1698

DEBIDO PROCESO CIVIL: Emplazamiento. Si en la solicitud de emplazamiento se omilió mencionar que el demandado no figuraba en el directorio telefónico, correspondía a éste demostrar en el proceso que si aparecía para evidenciar el incumplimiento impuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil. La tutela no es procedente. 1703

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Notificación del mandamiento de pago. El artículo 335, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil sin hacer distinción alguna, prescribe "El auto de mandamiento ejecutivo se notificará por estado". La notificación al curador ad litem designado en el proceso ordinario precedente, es fruto de una interpretación racional del juzgador y, por ende, no incurrió en la vía de facto que se le imputa. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: julio 19 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 6564 - Civil 1703

DEBIDO PROCESO EJECUTIVO: Término de presentación de excepciones. El juez de conocimiento desconoce el claro mandato del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil cuando desestima por prematuro el escrito de excepciones que se presentó junto con los recursos interpuestos contra el mandamiento de pago. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: julio 27 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 6332 - Civil 1709

DEBIDO PROCESO DE RESTITUCION: 1. Consignación de renta en contratos comerciales. Mal puede alegar la accionante que el sistema de consignación bancaria de cánones no sea aplicable en los eventos en que el contrato de locación, cuya terminación se demanda, sea de naturaleza comercial. No debe olvidar la peticionaria que la norma de procedimiento cuya aplicación por el juez accionado cuestiona, es de orden público, se halla vigente y no contradice las disposiciones constitucionales, de donde es forzoso su cumplimiento por las partes y el fallador. 2. Demandada en concordato. Con permiso de la autoridad convocante la demandada podía consignar la renta adeudada, numeral 3 del artículo 98 de la ley 222 de 1905. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: julio 27 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6705 - Civil 1714

DERECHO A LA INFORMACION. DERECHO DE PETICION: requisitos de la solicitud. La entidad que requiere al peticionario para que indique el

Pág.

interés que le asiste al formular su reclamación no vulnera el derecho de petición ya que tiene respaldo en el numeral 4º del artículo 5º del Código Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: julio 29 de 1999. Decisión: Confirma No. Tutela. Proceso: 6711 - Civil..... 1721

SENTENCIA DE TUTELA: Fallo extrapetita. Si el accionante pretende mediante tutela obtener un pronunciamiento sin dilaciones, es desacertada la decisión del a quo que oficiosamente ejerce un control de legalidad sobre la sentencia que se reclamaba, se está ante un hecho nuevo que no ha sido objeto de controversia en la tutela. **DEBIDO PROCESO EXECUTIVO:** Título ejecutivo. Si el ejecutado durante el transcurso del proceso no objetó la eficacia del título, mal puede la Administración ejercer ese tipo de control por vía de tutela y de manera oficioso amparar. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: julio 29 de 1999. Decisión: Revoca. No. Tutela. Proceso: 6726 - Civil 1725

DERECHO A LA IGUALDAD EN ATENCION DE PACIENTES: La orden en tutela de practicar con urgencia una intervención quirúrgica no desconoce el derecho de los pacientes que están en turnos predisuestos por cuanto, las situaciones relacionadas con la salud, en la medida en que existen patologías de mayor urgencia, unas que otras, es preciso atenderlas por parte de las entidades médicas dándole prioridad a las más urgentes. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: julio 30 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 6762 - Civil 1730

DERECHOS DEL MENOR INDIGENA: Prevalece el derecho a cuidado y atención del niño abandonado sobre el derecho de la comunidad indígena a decidir la suerte de menores repudiados por nacer gemelos. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: agosto 3 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 6748 - Civil 1735

INCIDENTE DE DESACATO: Procedencia del desistimiento "... comoquiera que el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 consagra la facultad, en favor del demandante en tutela, de desistir de su acción, principio que, se entiende, es aplicable a las demás cuestiones concernientes con este especial medio de defensa; entre ellas lo tocante con el cumplimiento de los fallos, y apreciándose, de otra parte, que el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil autoriza el desistimiento "de los recursos interpuestos, y de los incidentes" por parte del respectivo interesado, norma aplicable al caso por mandato del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, se concluye que procede la aceptación del desistimiento presentado (...). Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Auto. Fecha: agosto 3 de 1999. Decisión: Acepta Desistimiento De Incidente de Desacato. Proceso: 6912 - Civil 1742

DEBIDO PROCESO DE SUCESIÓN: 1. El reconocimiento del cónyuge sobreviviente no está sujeto al término que establece el artículo 1289 del Código Civil. La norma aplicable al caso es el numeral 3º, artículo 500 del Código de Procedimiento Civil. 2. El trabajo de partición que no tiene

Fág.

- en cuenta la manifestación del cónyuge de optar por gananciales y la decisión del juez de no correr traslado del mismo, afecta el debido proceso y hace indispensable la concesión del amparo para procurar enderezar la afectación patrimonial que ese estado de cosas le ha ocasionado al accionante. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: agosto 4 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 6772 - Civil 1744
- REGIMEN PENSIONAL:** Fiducia. La tutela no es procedente para dilucidar si las transacciones de una Fiduciaria afectan o no la garantía del pasivo pensional de la empresa que celebró el contrato de fiducia mercantil. **TUTELA CONTRA PARTICULARES:** Fiduciaria. El pensionado de la empresa que contrata una fiducia no se encuentra frente a la Fiduciaria, en alguno de los eventos de procedencia de la tutela. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: agosto 4 de 1999. -Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6797 - Civil 1750
- TRATAMIENTO MEDICO, EPS:** Diagnóstico de enfermedades. Los exámenes tendientes a contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad no están contemplados en las exclusiones del POS, la EPS debe prestar la atención médica en estos casos. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: agosto 9 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 6759 - Civil 1755
- DEBIDO PROCESO DE RESTITUCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO:** Notificación. La resolución que decide la restitución debe notificarse a los destinatarios de la orden (artículo 3 Decreto 640 de 1937). El método empleado por el Inspector no permite establecer si el oficio fue recibido por algún ocupante del predio. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: agosto 10 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Modifica. Proceso: 6773 - Civil 1764
- DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL:** Empleados nacionales y regionales. Si bien el escalafón docente es uno solo, la forma de vinculación laboral puede ser diferente; y si en razón de ello la remuneración establecida por los distintos empleadores también es diferente, la nivelación o equivalencia de los salarios solamente puede ser el resultado de una dinámica de carácter general, impersonal y abstracta como la que pretendía lograrse con el acta de compromiso que sirve de estribio a la demanda, aspecto inherente a la política salarial de una entidad territorial cuyo control escapa a la acción de tutela. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: agosto 10 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6809 - Civil 1769
- EPS:** 1. SIDA. La negativa del accionado a suministrar los medicamentos y practicar los exámenes de carga viral al actor, a pesar de tener un sustento en normas legales y reglamentarias, no es legítima por lo que deben inaplicarse en este específico asunto. Desde luego que ello no va en perjuicio para que la EPS pueda solicitar al Estado Colombiano, Ministerio de Salud, a través del Fondo correspondiente, el reembolso de los

Pág.

- gastos /2. Reaseguro.** La figura del reaseguro plasmada en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 sólo procede en los casos en que, conforme las normas legales que rigen el IOS, si corresponda a las EPS asumir, en todo o en parte, el valor de la "atención de las enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad social como de alto costo" y respecto de las sumas materia de su exclusiva responsabilidad. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simanca. Sentencia. Fecha: Agosto 10 de 1999. Decisión: Confirma, Concede Tutela. Adiciona. Proceso: 6878 - Civil 1774
- DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO:** Corrección de sentencia. Vulnera el debido proceso el Tribunal que implica la figura de la corrección de sentencia para pronunciarse respecto de la pretensión del demandante sobre ajuste monetario. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: agosto 12 de 1999. Decisión: Revoca, Concede Tutela. Proceso: 6778 - Civil 1783
- DEBIDO PROCESO DE FAMILIA:** Títulos de depósito. Es ajena a la esencia del mecanismo tutelar la pretensión que busca obtener la restitución del valor del título judicial irregularmente cobrado. La declaratoria de responsabilidad de la entidad pública, conciliaría indefectiblemente el derecho al debido proceso de la accionada. El cobro irregular e indebido del título, no releva a los padres del cumplimiento de sus obligaciones de estirpe legal, independientemente que no cuenten con los medios para ello, evento en el cual deberían buscar otro medio de ayuda, bien familiar, estatal, etc. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: agosto 17 de 1999. Decisión: Confirma, No. Tutela. Proceso: 6824 - Civil 1794
- DEBIDO PROCESO:** Escritos irrespectuosos. Si la manifestación irrespetuosa está contenida en los recursos de reposición y apelación el juez no puede en aplicación del artículo 39 numeral 3º devolver los escritos, actuar de tal manera desconoce el derecho de defensa. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: agosto 17 de 1999. Decisión: Confirma, Concede Tutela. Remite Copias. Proceso: 6882 - Civil 1801
- DERECHO AL TRABAJO EN EVENTOS DE SUPRESIÓN DE CARGOS:** Terminación de contrato. No es ilegítima la conducta de la accionada al suprimir cargos con respaldo en el Decreto 1065 de 1999, expedido por el Presidente de la República, en donde se dispone disolver y liquidar la entidad así como, pagar bonificaciones por las terminaciones unilaterales de contratos laborales. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: agosto 24 de 1999. Decisión: Confirma, No Tutela. Proceso: 6939 - Civil 1807
- DERECHO DE PETICIÓN ANTE ENTIDADES FINANCIERAS:** Refiere a la prestación del servicio público del Banco la solicitud de información sobre el trámite que adelanta la entidad cuando recibe oficios de embargo. En este caso la tutela procede para proteger el derecho de petición ante

Pág.

la mora en responder. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: agosto 25 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela Parcial. Proceso: 6879 - Civil	1813
DERECHO A LA TRANQUILIDAD: Contaminación auditiva. La tutela es procedente cuando la perturbación auditiva llega a incidir directamente sobre la calidad de vida de los habitantes de una zona residencial sin que la autoridad pública aplique los instrumentos legales de que dispone para regular el ejercicio de las libertades y derechos. ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO: Orden de cierre en tutela. La Corte modifica la sentencia y ordena al Alcalde de Neiva que en el término de cuarenta y ocho horas disponga el cierre de los establecimientos de comercio en que se viene presentando la violación de los límites de intensidad auditiva. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: agosto 26 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 6922 - Civil	1819
DERECHO AL TRABAJO EN EVENTOS DE SUPRESIÓN DE CARGOS: Empleados de libre nombramiento y remoción. El derecho a incorporación a empleos equivalentes o a recibir indemnización no está previsto para empleados de libre nombramiento y remoción. La decisión de la entidad de no atender la petición del accionante no constituye acto arbitrario violatorio de sus derechos fundamentales. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: agosto 26 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6964 - Civil	1832
DERECHO AL TRABAJO EN EVENTOS DE SUPRESIÓN DE CARGOS: Opción de reincorporación. La opción de que trata el artículo 39 de la ley 443 de 1998 sólo plantea la posibilidad de reincorporación en la nueva planta; no es un derecho laboral que tenga quien a ella se acoge y que por tanto, sea susceptible de protección mediante tutela. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: agosto 27 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Proceso: 6946 - Civil	1838
CONFLICTO DE COMPETENCIA: Conflicto aparente. No es procedente plantear conflicto de competencia cuando el juez seleccionado por el accionante ha avocado conocimiento de la tutela y adelanta el trámite sin objeción de las partes. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Auto. Fecha: agosto 30 de 1999. Decisión: Conflicto Inexistente. Remite. Proceso: 7053 - Civil	1843
DEBIDO PROCESO FISCAL: Medidas cautelares. 1. Si al accionante le parecen excesivas las medidas cautelares decretadas en el proceso de jurisdicción coactiva puede solicitar la aplicación del artículo 517 del Código de Procedimiento Civil para obtener la reducción de embargos. La tutela es un mecanismo residual improcedente cuando se cuenta con medios de defensa o cuando estos se dejan de ejercer. 2. De conformidad con el artículo 2495 del Código Civil el crédito fiscal es privilegiado, razón por la	

Pág.

- cual la decisión del juez de ordenar el embargo de remanentes no es arbitraria. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: octubre 20 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7300 - Civil 1847
- DERECHO A LA EDUCACIÓN:** El Consejo directivo del establecimiento educativo es autoridad competente para imponer sanciones disciplinarias a los alumnos. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: octubre 20 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 7331 - Civil 1851
- DEBIDO PROCESO EJECUTIVO:** 1. Excepciones previas. La falta de mención sobre las pruebas solicitadas en el escrito de excepciones previas no constituye vicio alguno que haga procedente la tutela. 2. Falta de competencia. Quien no alegó como excepción previa la falta de competencia no puede alegarla posteriormente como causal de nulidad procesal. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: octubre 20 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7338 - Civil 1855
- DERECHO AL TRABAJO:** Plan de retiro compensado. No corresponde al juez de tutela determinar las consecuencias del incumplimiento de obligaciones adquiridas por el empleador en acuerdos colectivos en lo cuales también se hubiere establecido la desvinculación laboral de los accionantes. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: octubre 20 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7339 - Civil 1858
- DEBIDO PROCESO CONCURSAL:** Prelación de créditos, pago anticipado. La situación por la que atraviesa el actor no es de absoluta exigüidad, es la que puede tener cualquiera de los acreedores de la entidad en liquidación, por manera que no puede el juez de tutela proceder a otorgarle a su crédito una preferencia que de acuerdo con la ley no le corresponde, ordenando su pago prematuro, por cuanto ello comporta un desconocimiento del principio de igualdad o equidad entre los distintos acreedores dentro de los procesos concursales. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: octubre 21 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7330 - Civil 1863
- DERECHO DE PETICIÓN FRENTE A PARTICULARES:** Solicitud de copias. No se encuentra en estado de indefensión, que haga procedente la tutela, el peticionario al que la entidad accionada ha negado oportunamente la solicitud de expedición de copias. Por el contrario, tiene la posibilidad de acudir al diligenciamiento de pruebas anticipadas, sin que la dilación en los trámites procesales ordinarios sea argumento válido para restar eficacia al medio de defensa. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: octubre 21 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7345 - Civil 1867
- TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR, EPS:** Afiliación. Si la EPS suscitó válidamente la concurrencia en el afiliado de hallarse habilitado para bene-

Pág.

- ficiar a su hijo de los servicios asistenciales que presta la entidad, sin que haya habido asomo de mala fe en las actuaciones de aquella; no aparente lógico que el ente accionado recurra ahora a invocar la falta de afiliación como excusa para negarse a autorizar el pago de radioterapias que se le prescribieron para culminar un tratamiento que prohibió desde un comienzo, y así descartar por esa vía el deber de protección de la vida de un niño, cuyos derechos tuvo en muy alta estima el constituyente. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: octubre 26 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 7359 - Civil 1871
- DERECHO A LA TRANQUILIDAD:** Contaminación auditiva. Alcance de la sentencia de tutela respecto a la solicitud de cierre de establecimientos de comercio /ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO: Orden de cierre en tutela. No puede afirmarse que la única manera de proteger eficazmente el derecho a la tranquilidad de los accionantes, es ordenando el cierre de los establecimientos que generan ruido, máxime si éstos se encuentran ubicados en una zona urbana mixta, con destinación tanto residencial como comercial. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: octubre 27 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 7376 - Civil 1877
- CONTRATO DE TRABAJO:** Terminación por participación en huelga. Vulnera el derecho el empleador que sanciona con destitución del cargo a un trabajador sin adelantar el trámite disciplinario correspondiente. La Corte concede el amparo como mecanismo transitorio, al encontrar además demostrada la afectación del vínculo vital del accionante y su familia. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simacina. Sentencia. Fecha: octubre 27 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara Sentencia. Proceso: 7396 - Civil 1884
- DEBIDO PROCESO DE RESTITUCIÓN:** Consignación de renta. No resulta legítimo exigir al demandado antes de estar constituido en mora que consigne o acredite el pago para ser escuchado. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: octubre 27 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7422 Civil 1891
- DEBIDO PROCESO:** alcance frente a procedimientos administrativos. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: octubre 29 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Proceso: 7436 - Civil 1895
- TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR AUTISTA:** No son de recibo para negar la atención al menor los argumentos de edad máxima de ingreso establecida en el reglamento de la Fundación, ni los antecedentes de conducta del menor /TRATAMIENTO MEDICO: no es posible discutir mediante tutela los procedimientos médicos que deben dispensarse a un paciente. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: noviembre 4 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7438 - Civil 1902

Pág.

- TRATAMIENTO MEDICO:** Necesidad de garantizar efectivamente la protección del derecho a la vida y a la salud del paciente. /EPS: improcedencia de la tutela para obtener el reembolso a pacientes. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: noviembre 4 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7456 - Civil 1907
- LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA CONTRA EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS:** la entidad administradora del inmueble no es la titular de los derechos fundamentales que reclama, los intereses subjetivos que ellos protegen corresponden a los deudores de la obligación cuya solución se persigue. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: noviembre 5 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7508 - Civil 1913
- DACION EN PAGO A ENTIDADES FINANCIERAS:** La negativa del banco a aceptar la oferta de dación en pago con el argumento de estar en curso proceso ejecutivo, desconoce el artículo 3º del decreto 908 de 1999. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: noviembre 9 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7491 - Civil 1918
- DEBIDO PROCESO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR:** Notificación. 1. El auto que cita para sentencia no tiene prevista notificación especial alguna, cumpliéndose el fin con la fijación que de él se haga en el estado correspondiente. 2. La sentencia se notifica conforme lo establece el artículo 17 de la Icy 294 de 1996. Se cumple con esta preceptiva con la constancia del notificador de fijación del aviso y de entrega de copia del mismo. No se puede exigir el lleno de requisitos previstos para otras clase de notificaciones como la del 317 del Código de Procedimiento Civil. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: noviembre 9 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7564 - Civil 1923
- EPS: afiliación:** Medida de protección urgente: El juez de tutela no puede patrocinar la conducta del accionante que falscando la verdad indujo a la EPS a autorizar su ingreso como beneficiario. Sin embargo, si por parte de la entidad hubo incuria o descuido en prever los controles que tiene a su alcance para impedir que se accediera a esta afiliación irregular, tal concurrencia faculta a la Corte para adoptar como medida de protección urgente la orden de asistencia que requiere el paciente durante el término de un mes a partir de la notificación de la providencia. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: noviembre 10 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Decreta Medida. Proceso: 7501 - Civil 1928
- CONCURSO DE MERITOS:** No designación del primero. La sentencia SU 86 de 1999 ofrece un margen razonable para excluir con argumentos específicos y expresos a quien no ofrezca garantía de idoneidad para ejercer la función a la que aspira. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: noviembre 10 de 1999. Decisión:

Pág.

Confirma. No Tutela. Proceso: 7561 Civil 1934

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: Impugnación de paternidad. No se afectan los intereses del menor cuando en su nombre el defensor de familia, en cumplimiento de una orden impartida en sentencia ejecutoriada, intenta impugnar la paternidad legítima y averiguar su verdadera filiación. Lo que la ley protege es la certidumbre total sobre el estado civil de una persona. Magistrado Ponente Doctor: Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia. Fecha: noviembre 17 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 7598 - Civil 1938

DEBIDO PROCESO DE ALIMENTOS: Excepciones. En aquellos casos en que la cuota alimentaria se fija por acuerdo de las partes en audiencia de conciliación judicial no es aplicable la limitación prevista en el artículo 152 del Código del Menor en cuanto que solo procede la excepción de pago. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: noviembre 17 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7624 - Civil 1944

DEBIDO PROCESO EN CAMARA DE COMERCIO: Trámite prearbital. 1. El trámite prearbital es función pública, pasible de control constitucional. 2. Exclusión de árbitro Para adoptar la decisión de excluir a un árbitro requería la Cámara de Comercio adelantar un debido proceso en el que se garantizara el derecho de defensa del sancionado/ **DEBIDO PROCESO ARBITRAL:** competencia para conocer recusaciones. A partir de la vigencia del Decreto ley 2651 de 1991, los impedimentos y recusaciones que se presenten en el arbitramento institucional serán resueltos por el director del centro de arbitraje no por el juez civil del circuito. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: noviembre 18 de 1999. Decisión: Revoca Parcial. Concede Tutela. Adiciona. Proceso: 7603- Civil 1952

DEBIDO PROCESO CONCURSAL: Prelación de créditos a personas de tercera edad. Pago de CDT por parte de entidades financieras intervenidas. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: noviembre 18 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Adiciona. Proceso: 7621 Civil 1965

EPS: Medicamentos no incluidos en el POS. Solo cuando estén seriamente comprometidos los derechos a la vida, la dignidad, la integridad o al libre desarrollo de la personalidad cabe anteponer la Constitución a los reglamentos. Las limitaciones o restricciones del POS por sí mismas no son causa de vulneración de los derechos fundamentales. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: noviembre 22 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 7743 - Civil 1971

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: Recurso de apelación. La falta de sustentación del recurso de apelación tiene como consecuencia la denegación del recurso, no su declaratoria de desrección. Una decisión profe-

Pág.

- rida en éste sentido, mediante auto de cumplirse, vulnera el derecho al debido proceso./Notificación por comisionado. Ni el artículo 90, ni el 97 del CDU estipulan que cuando la notificación se realice por intermedio de comisionado el término para la impugnación y sustentación del recurso empieza a correr a partir de la llegada a la sede del despacho comisario. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: noviembre 23 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 7658 - Civil 1975
- CREDITO HIPOTECARIO: La acción de tutela es improcedente para obtener que conforme las decisiones de Inexequibilidad de algunas normas del régimen del sistema UPAC se revisen liquidaciones judiciales de crédito en firme. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: noviembre 24 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7676 - Civil 1982
- EPS: 1. Aportes. Si el afiliado es un funcionario público al que se hacen los descontos pertinentes por nómina, la garantía de pago está asegurada. La suspensión de la atención médica por mora en el pago de aportes no es de recibo. 2. Tratamiento no incluido en el POS. Perdió vigencia con la promulgación de la Ley 508 de 1999 artículo 37 la jurisprudencia que venía rigiendo el punto de que las normas legales referentes a exclusión de servicios de salud por fuera del POS no eran aplicables cuando se hallara comprometido algún derecho fundamental. / TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR CON RETARDO: Rehabilitación. Si el retardo de menor no es educable y su vida no corre peligro, la decisión de suspender el tratamiento de rehabilitación no vulnera los derechos fundamentales alegados. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: noviembre 24 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 7690 - Civil 1985
- DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: Restitución internacional. Las decisiones adoptadas por el juez sobre la custodia del menor no son definitivas pues no se ha proferido sentencia. El accionante cuenta recursos para hacer valer las providencias que sobre el mismo punto profirió un juez extranjero. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: noviembre 24 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 7725 - Civil 1993.
- CESANTIA: Falta de disponibilidad presupuestal. La tutela es improcedente para obtener el pago de cesantías parciales. No se ve afectación al mínimo vital ya que la accionante al percibir un salario por su vinculación laboral puede atender sus necesidades básicas. Si el no pago se respalda en falta de disponibilidad presupuestal no se está ante una actuación arbitraria de la entidad accionada. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Santos Ballesteros. Sentencia. Fecha: noviembre 26 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 7738 - Civil 1999
- DEBIDO PROCESO DE SUCESIÓN: Intervención de terceros. Frente a solicitudes de intervención y suspensión de la partición formuladas por

Pág.

terceros que hayan planteado controversias que digan relación, entre otros derechos, con el de suceder, al juez lo único que le corresponde es resolverlas (artículo 618 Código de Procedimiento Civil). Vulnera el derecho al debido proceso, el funcionario que se limita a producir una providencia en la que expresa que se abstiene de hacerlo, para en su lugar, y motu proprio optar por diferir la decisión a una futura oportunidad, pretextando ausencia de requisitos formales en la solicitud, por cierto en un principio indeterminados. Magistrado Ponente Doctor: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: noviembre 29 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7729 - Civil 2004

SALARIO: Mora en el pago a mujer embarazada. Es viable mediante tutela ordenar el pago de una acreencia laboral a favor de la mujer embarazada. /**SEGURIDAD SOCIAL:** Afiliación. No es procedente ordenar mediante tutela la afiliación del accionante cuando hay incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la relación que lo vincula con la entidad accionada. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: diciembre 1 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Adiciona. Proceso: 7888 - Civil 2013

DEBIDO PROCESO CIVIL: Intervención con poder general. La persona que sirve como abogado es designado representante por medio de un poder general. El facultado para intervenir en procesos donde por ley se faculta la actuación en causa propia. La negativa del juez a permitir su participación desconoce el derecho de defensa del representado. Magistrado Ponente Doctor: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia. Fecha: diciembre 6 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7804 - Civil 2019

TRATAMIENTO MEDICO DE MENOR CON RETARDO: Rehabilitación. Al no estar incluidos en el POS los tratamientos de rehabilitación, tal requerimiento del menor debe ser satisfecho, en primer término por la familia y subsidiariamente, en caso de que la familia acredite no contar con los medios para ello, por el Estado. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: diciembre 6 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 7812 - Civil 2024

EPS: cobertura geográfica. La simple eventualidad de que el derecho a la salud o a la vida se vulneren por el incumplimiento de la EPS en la prestación del servicio en el lugar de la sede domiciliaria y laboral del accionante, no provoca la necesidad de una medida de protección a cuyo propósito se endereza la acción de tutela. Magistrado Ponente Doctor: Nicolás Bechara Simancas. Sentencia. Fecha: diciembre 7 de 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso: 7849 - Civil 2029

DEBIDO PROCESO POLICIVO: statu quo. Vulnera el debido proceso el inspector de policía que se abstiene de continuar el trámite policial sin que aparezca una justificación legal de la ocupación. El adquirente de un bien, por ese solo hecho, no está autorizado para desplazar sin más al poseedor de la cosa. Antes que retroceder el funcionario debe proseguir

Pág.

la actuación para establecer en la diligencia misma qué tanta veracidad le cabe a la querella instaurada. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: diciembre 15 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7858 - Civil 2083

DEBIDO PROCESO CONCURSAL: Procedencia frente a persona natural no comerciante. La ley 222 de 1995 no regula únicamente los eventos de deudores comerciantes, como los únicos sujetos procesales que pueden solicitar el trámite concordatarlo. La discriminación solo tiene efectos para determinar la competencia. Magistrado Ponente Doctor: José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia. Fecha: diciembre 16 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 7961 - Civil 2037

SERVICIO PÚBLICO: En inmuebles arrendados. La obligación que se impone a la empresa de suspender el servicio ante la falta de pago por el término que se fijen en el reglamento es una regla de equilibrio contractual con un claro espíritu de protección de terceros interesados en que el pago de los servicios se haga puntualmente, como el propietario del inmueble, a quien la misma ley coloca como deudor solidario (artículo 130 Ley 142 de 1994), que, por consiguiente, también tiene derecho a que el servicio se suspenda a los usuarios del predio para que no se acumulen deudas indefinidas que lo comprometan patrimonialmente, e inclusive puedan conllevar a la pérdida del mismo bien. La tutela cuando la entidad no cumple con este requerimiento procede como mecanismo transitorio para obtener la reinstalación del servicio en el inmueble una vez cancelados los 3 primeros períodos en mora. Magistrado Ponente Doctor: Manuel Ardila Velásquez. Sentencia. Fecha: diciembre 16 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela Parcial. Proceso: 8029 - Civil 2044



LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE
«GACETA JUDICIAL - SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA - TUTELAS
SEGUNDO SEMESTRE DE 1998 - VOLUMEN III»
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN OCTUBRE DE 2002