



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES

Ipiales, ocho (8) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 2022-00089-00
Accionante: ÁLVARO EFRAÍN CONTRERAS BÁEZ
Accionada: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y
OTROS

Se decide en esta oportunidad la acción de tutela de la referencia, una vez agotado el trámite propio a esta instancia.

I. ANTECEDENTES.

En compendio, el accionante ÁLVARO EFRAÍN CONTRERAS BÁEZ, manifiesta que, participó en la Convocatoria No. 433 de 2016 para el empleo de Defensor de Familia, Código 2125 Grado 17 OPEC No. 34730 cargo a desempeñar en la ciudad de Pasto.

Determina que, fue aprobado en concurso siendo relacionado en la lista de elegibles publicada el 23 de julio de 2018, la cual perdió vigencia dos años después sin que pudiera posesionarse.

Apunta que, no obstante lo anterior, por fallo de tutela propuesta por las señoras: YORIANA ASTRID PEÑA PARRA y ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca ordeno a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al ICBF que se informe sobre las vacantes existentes a la fecha y se emita una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la convocatoria no. 433 de 2016 no lograron ser nombradas en los empleos de Defensor de Familia código 2125, grado 17 de cada una de las OPEC, cuyas listas vencieron el pasado 30 de julio de 2020.

Arguye que las accionadas, para dar cumplimiento al referido fallo de tutela, emitieron la Resolución No. 715 del 26 de marzo de 2021, en la que no figura su nombre, sin que exista causal jurídica alguna para su exclusión, mas aun cuando asevera que a la luz de la Ley 1960 de 2019



la lista de elegibles en la que fue relacionado aún se encuentra vigente.

Refiere que, el pasado 14 de junio, la Secretaria general del ICBF aceptó la renuncia irrevocable de la Doctora ANA CRISTINA DORADO VALLEJO, quien ocupaba el cargo de Defensor de Familia en la regional del ICBF – Nariño centro Zonal I de la ciudad de Pasto, siendo nombrado en su lugar, mediante Resolución No. 3185 del 9 de junio de 2022 el Abogado LUIS GUILLERMO OLEA GUEVARA, quien ocupaba el lugar 131 en la lista de elegibles, 5 lugares antes del puesto que le correspondía ocupar.

En tal sentido, solicitó:

“PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales de IGUALDAD (art. 13 constitucional), trabajo (art. 25 constitucional), debido proceso (art. 29 constitucional), acceso cargos públicos por concurso de méritos (art. 125 constitucional), y el principio constitucional de confianza legítima (art. 83 constitucional), del señor ALVARO EFRAIN CONTRERAS BAEZ vulnerados por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS la resolución N°0715 de la CNSC, a través de la cual se conformó la lista de elegibles unificada para proveer las vacantes definitivas del cargo denominado defensor de familia, código 2125, Código OPEC No. 34735, grado 17, del sistema general de carrera administrativa del instituto colombiano de bienestar familiar, convocatoria 433 de 2016 -ICBF.

*TERCERO.-ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, proceda a expedir una nueva lista de elegibles, de la convocatoria 433 de 2016 ICBF para el cargo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17- Número OPEC: 34730, acto administrativo en el cual deberá incluirse el nombre del señor ALVARO EFRAIN CONTRERAS BAEZ, identificado con C.C 13.013.853 expedida en Ipiales (N), en el lugar que conforme al Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co*



puntaje obtenido en las pruebas del concurso de méritos le corresponda.

CUARTO.- ORDENAR a la CNSC, que una vez modificada la lista de elegibles, el acto administrativo correspondiente sea notificado de forma inmediata al ICBF para lo de su cargo.

QUINTO.-ORDENAR al ICBF que dentro del ámbito de sus competencias funcionales, establezca y publique mediante acto administrativo, el cronograma a seguir para el uso de la nueva lista de elegibles modificada conforme a lo ordenado en esta providencia, en aplicación del criterio unificado emitido por la CNSC el día 22 de septiembre de 2020, con respecto a los cargos equivalentes, vacantes o desiertos en todo el territorio nacional, para dar cabal aplicación a la ley 1960 de 2019."

II. TITULAR DE LA ACCIÓN.

Se trata del señor **ALVARO EFRAIN CONTRERAS BAEZ**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 13.013.853, usuario de la administración de justicia.

III. SUJETO DE LA ACCIÓN.

Se acusa de la vulneración de los derechos fundamentales incoados a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, órgano constitucional, autónomo e independiente de las ramas del Poder Público, de carácter permanente del nivel nacional, dotada de autonomía administrativa, personalidad jurídica y patrimonio propio (art. 2º Acuerdo 001 de 2004).

Asi mismo, se acusa vulneración de los derechos fundamentales que le asisten al actor, al INSTITUTO COLOMBAINO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es una entidad desconcentrada, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, que mediante Decreto No. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.



IV. DERECHOS TUTELADOS.

El accionante invoca como vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo.

V. CONTESTACIÓN.

(i) La Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de apoderada, contesta la presente acción, señalando que en efecto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca mediante fallo del 17 de septiembre de 2020 ordenó reportar las vacantes existentes a la fecha y unificar las listas de elegibles cuyo vencimiento era el 30 de julio de 2020, excluyendo otras listas cuyo vencimiento difiere de aquella, entre las que se encuentra la lista de la que hizo parte el accionante, acto que fue realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin que el ICBF tuviera injerencia alguna.

Advierte que, la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230063305 del 22 de junio de 2018 OPEC 34730 en la cual hacía parte el señor CONTRERAS, venció el 9 de julio, razón por la cual no fue incluida en la Resolución No. 715 de 2021, toda vez que desborda el alcance a la orden judicial, misma que consistía en incluir en una lista unificada las listas vencidas el 30 de julio de 2020, excluyéndose otras que inclusive vencieron un día antes de la fecha señalada.

Refiere que, en la presente acción no se encuentran presentes los requisitos de inmediatez, subsidiariedad ni trascendencia iusfundamental, debido a que la acción se impetra luego de dos años de vencimiento de la lista de elegibles de la cual hace parte y cuenta con mecanismos ordinarios para hacer efectivos sus derechos, de los cuales de manera evidente no ha hecho uso, razón por la cual solicita se declare la improcedencia de la acción.

De la misma manera, solicita la declaratoria de falta de legitimación en causa por pasiva, debido a que la Resolución No. 715 que se ataca a través de este medio constitucional, es responsabilidad exclusiva de la Comisión nacional del Servicio Civil, pues su actividad se limitó a reportar las 124 vacantes existentes a nivel nacional para el cargo de Defensor de Familia.



(ii) El jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, señala que, la presente acción resulta improcedente por ausencia del principio de subsidiariedad, ya que la tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir la legalidad de los actos administrativos emitidos al interior del concurso de méritos, más aun cuando no demostró la configuración de un perjuicio irremediable.

Señala que, la atacada Resolución No. 715 de 2021 de la que el accionante se duele por no encontrarse enlistado, fue emitida en cumplimiento de orden judicial en acción de tutela, la cual de manera específica determinó realizar la unificación de las listas de elegibles cuyo vencimiento se efectuó el 30 de julio de 2020, de ahí que las que estuvieron por fuera de esa específica fecha, fueron excluidas, entre las que se encuentra aquella en la que se encontraba el accionante ocupando el puesto No. 10.

En tal sentido señala, que no solo resulta improcedente la acción, no solo por falta de subsidiariedad sino también de inmediatez, ya que no actuó a tiempo frente al acto administrativo que se emitió en el año 2021, aunado al hecho de que no puede avizorarse vulneración de derechos fundamentales, cuando lo que se efectuó, se itera, obedece al estricto cumplimiento de una orden judicial.

(iii) Los señores Desyssi Rocio Mojica Mancilla, Natalia Aguirre Jaramillo, Lina Marcela Castellanos Peña, Ana Cristina Dorado Vallejo, Luis Guillermo Olea Guevara, Anyela Paola Cardozo Cabrera, Omar Jesús Martínez Mendoza, Claudia Liliana Toro, Yaneth Patricia Patiño, quienes intervinieron en la presente acción, fueron contestes en determinar que el tutelante no hizo parte de la OPEC 34735 sino de aquella cuya denominación fue al No. 74730, cuyo vencimiento de lista acaeció el 9 de julio de 2020, fecha que difiere a aquellas amparadas por el fallo de tutela emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

Solicitaron la declaratoria de improcedencia de la acción por falta de inmediatez y subsidiariedad, ya que además de haber transcurrido tiempo excesivo después de la emisión de la Resolución No. 715 de 2021, de igual manera tiene a su alcance mecanismos idóneos de los cuales puede hacer uso para los derechos presuntamente vulnerados.



Al rompe, advierten igualmente la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, en razón a que se insiste, el fallo de tutela que provoco la emisión de la Resolución N° 715 no ampara la lista de elegibles de la que el tutelante hizo parte.

La Universidad Francisco José de Caldas a través de apoderada, se permitió relaciona in extenso, los requisitos mínimos para la OPEC No. 170257 a la cual aspira concursar el accionante, señalando por cada ítem cual fue la valoración otorgada por la entidad frente a cumplimiento, señalando que el ahora tutelante no cumple con el requisito mínimo de educación solicitado.

VI. CONSIDERACIONES.

1. DE LA COMPETENCIA.

En primer lugar, debe decirse que el juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto establecidas en el Decreto 333 de 2021.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Despacho determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, debido a la exclusión del actor en la lista de elegibles contiendas en la Resolución No. 715 de 2021, o, por el contrario, debe denegarse ante la inexistencia de vulneración de los derechos invocados, o si debe declararse improcedente la acción de amparo.

Antes de resolver el interrogante planteado, se adelantará el examen de procedencia de la acción de amparo.

3. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Corresponde determinar en este acápite, si se satisfacen los requisitos de procedencia de la presente acción constitucional, para que amerite efectuar un examen de fondo del presente asunto. Estos



requisitos se refieren a la legitimación, inmediatez y subsidiariedad, que a continuación se procede a analizar.

3.1 En cuando a la legitimación en la causa por activa

El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por “cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales”. Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo “no esté en condiciones de promover su propia defensa”; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

En el presente asunto, el accionante se encuentra legitimado por activa, debido a que actúa a nombre propio en la respectiva acción tutelar y es a quien compete el asunto de exclusión de la lista de elegibles que imita sus derechos fundamentales.

3.2 En lo que corresponde a la legitimación en la causa por pasiva, la Constitución Política Colombiana establece en su artículo 86, que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada la Corte Constitucional, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o



amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión¹.

Se cumple con el requisito de procedencia de legitimación en la causa por pasiva, pues esta acción se dirige contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el ICBF, entidades a las cuales se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los cuales es titular el accionante.

3.3 Requisito de inmediatez.

Sobre del prenombrado requisito de inmediatez, establece el artículo 86 que la acción puede impetrarse “[...] en todo momento y lugar [...]”. La jurisprudencia constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad, pues ello contrario al artículo citado². Con todo, ha aclarado que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida, según el propio artículo 86, como un mecanismo de “protección inmediata” de los derechos alegados.

Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la no caducidad y la naturaleza de la acción, se ha entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente³. Para la determinación de la razonabilidad del plazo, no existen reglas estrictas e inflexibles, sino que al juez constitucional le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un plazo oportuno. Esto implica que la acción de tutela no puede ser rechazada con fundamento en el paso del tiempo, sino que debe el juez estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla⁴.

Al respecto, debe indicarse que la presente acción no cumple con este requisito como se explica en el acápite de caso en concreto.

3.4 Requisito de subsidiariedad.

1 Corte Constitucional. Sentencia T-1001 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería

2 Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992

3 Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999

4 Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2015



El artículo 86 que “[...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...]”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se advierte que este requisito no se encuentra satisfecho, como se explica en el acápite de caso en concreto.

4. LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico con la específica finalidad de otorgar a las personas la protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridad pública, y también por los particulares por los mismos motivos. Pero en este último evento sólo en los casos taxativamente consagrados en la ley.

Según se desprende de la misma definición constitucional contenida en el artículo 86 superior, está establecida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. De esta manera, el primer presupuesto de procedibilidad es que se haya interpuesto, en el caso concreto, para defensa de derechos que tengan esa categoría, salvo que se trate de prerrogativas de distinto rango, v.gr., las prestacionales, que en la oportunidad particular se encuentren inescindiblemente ligadas a otras de ese carácter.

5. EL DEBIDO PROCESO - DERECHO A LA DEFENSA

5.1. debido proceso administrativo

La Corte Constitucional en sentencia T-090 de 2020 expuso que:

“La Constitución Política consagra en el artículo 29 el derecho al debido proceso, estableciendo que su aplicación tendrá lugar en toda clase de actuaciones judiciales y
Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



administrativas. Esta prerrogativa está orientada a garantizar que la función pública se encauce en la materialización de los fines del Estado, entre ellos, velar por la efectividad de los principios, derechos y deberes y la vigencia de un orden justo.

Además, se erige como un instrumento de protección de los asociados ante cualquier abuso o arbitrariedad en la que incurra la administración. Así, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el acatamiento de las formas propias de cada juicio.⁵

La Corte ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: i) ser oído; ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; iv) participar en el trámite desde su inicio hasta su culminación; v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; vi) gozar de la presunción de inocencia; vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas; y ix) impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso⁶.”

5.2. El derecho a la defensa

En observancia a la misma providencia, el Honorable órgano de cierre, expreso en lo tocante a esta prerrogativa que:

“Con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado. Acorde con ello, (...) es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior⁷. Esta garantía supone “la posibilidad de emplear

5. Sentencia C-098 de 2010, reiterada en la sentencia C-032 de 2014.

6. Sentencia C-1189 de 2005. Humberto Antonio Sierra Porto.

7. Sentencia C-799 de 2005. Cfr. C-315 de 2012.



todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y pretender una decisión favorable. (...). En virtud de su contenido, todo ciudadano ha de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su estrategia y posición (...). Comporta, además, la facultad procesal de pedir y allegar pruebas, de controvertir las que se aporten en su contra, de formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten⁸(...).”

6. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITOS.

La Corte Constitucional, en sentencia T – 081 de 2022, expresó que:

1. “Como se explicó en los párrafos anteriores, de la lectura del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos definitivos, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos transitorios, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

2. Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través

8. Sentencia C-163 de 2019. Cfr. C-031 de 2019.



de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso.

3. *Lo anterior no significa que, ante la existencia de un medio judicial que permita a un juez de la República valorar la legalidad de las actuaciones de la administración en el marco de los concursos de méritos, la acción de tutela se torne inmediatamente improcedente, pues es necesario determinar, como se ha insistido, si el mecanismo es idóneo para resolver el problema planteado y, además, si dicho medio es eficaz para conjurar la posible afectación de las garantías fundamentales, atendiendo a las condiciones particulares del caso.*

4. *En desarrollo de lo anterior, en su jurisprudencia reiterada⁹, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal circunstancia es particularmente relevante, cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles.*

5. *La posición anterior ha sido respaldada por el Consejo de Estado, al advertir que, cuando son proferidas dichas listas, la administración dicta actos administrativos cuyo objeto es generar situaciones jurídicas particulares, de suerte que, cuando ellas cobran firmeza, crean derechos ciertos que deben ser debatidos en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el debate generalmente se centra en la legalidad del proceso y en el cumplimiento de las normas previstas en el ordenamiento jurídico y en la propia convocatoria.*

⁹ Corte Constitucional, sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.



6. *Predicadamente, en sentencia de tutela del 29 de noviembre de 2012¹⁰, la Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con las garantías necesarias para analizar la legalidad de los actos administrativos dictados en los concursos de méritos y, por esa vía, controlar cualquier irregularidad ocurrida durante su trámite. Por lo anterior, argumentó que a los jueces de tutela les compete establecer, si al momento de decidir la acción de tutela ha sido publicada la lista de elegibles. Ahora bien, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011 (en adelante "CPACA"), se amplió la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al mismo tiempo que se previó la reducción en la duración de los procesos. De esta manera, el análisis de procedencia de la acción de tutela también implica tener en cuenta estas nuevas herramientas.*

7. *En este sentido, respecto de las condiciones para solicitar la aplicación de las medidas cautelares dispuestas en el CPACA, este tribunal se pronunció en la sentencia C-284 de 2014 , providencia en la que concluyó que existen diferencias entre estas y la protección inmediata que otorga la acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decrete una medida cautelar es más largo, respecto de los 10 días establecidos para la definición del amparo constitucional. En efecto, de acuerdo con los artículos 233 y 236 del CPACA, el demandante puede solicitar que se decrete una medida cautelar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, petición que debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 5 días. Una vez vencido el plazo anterior, el juez deberá decidir sobre su decreto en 10 días, decisión susceptible de recursos de apelación o súplica, según sea el caso, los cuales se conceden en efecto devolutivo y deben ser resueltos en un tiempo máximo de 20 días.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 23001-23-33-000-2012-00067-01, Sentencia del 29 de noviembre de 2012.



8. Por lo demás, en la sentencia SU-691 de 2017, la Corte argumentó que estas nuevas herramientas permiten materializar la protección de los derechos de forma igual, o incluso superior a la acción de tutela, en los juicios de carácter administrativo. Sin embargo, advirtió que ello no significa la improcedencia automática y absoluta del amparo constitucional, ya que los jueces tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

9. De esta manera, si bien la regla general indica la improcedencia de la acción de tutela para dirimir los conflictos que se presentan en el marco de los concursos de méritos, cuando existen actos susceptibles de control judicial y, especialmente, cuando las listas de elegibles adquieran firmeza, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha fijado algunas subreglas para orientar en qué casos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es eficaz, entendiendo que no permite materializar el principio del mérito en el acceso a los cargos públicos¹¹. Ello bajo la consideración previa de que, desde un examen abstracto, tal medio goza de idoneidad.

10. En este sentido, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando (i) el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley¹²; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles¹³; (iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2019.

¹² Corte Constitucional, sentencias T-509 de 2011, T-604 de 2013, T-748 de 2013, SU-553 de 2015, T-551 de 2017, T-610 de 2017 y T-059 de 2019.

¹³ Corte Constitucional, sentencias SU-136 de 1998, T-455 del 2000, T-102 de 2001, T-077 de 2005, T-521 de 2006, T-175 de 2009, T-556 de 2010, T-156 de 2012, entre otras.



marcada relevancia constitucional¹⁴; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a este le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario.

11. *A continuación, se describirán brevemente algunas sentencias en las que las distintas Salas de Revisión de la Corte han usado las subreglas anteriormente señaladas:*

12. *Así, en la sentencia T-059 de 2019, la Sala Cuarta de Revisión estudió el caso de un aspirante que se había presentado a un concurso de méritos, cuya finalidad era la provisión del cargo de gerente de un hospital público. En dicha oportunidad, este tribunal consideró que la acción de tutela era procedente para resolver el problema jurídico, en la medida en que el cargo para el que se adelantó el proceso de selección tenía un periodo fijo de cuatro años, el cual ya se encontraba en curso, por lo que argumentó que la eventual orden del proceso originado en ejercicio del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, en consideración a su término de duración, no brindaría las condiciones para avalar la efectividad del principio del mérito en el derecho de acceso a cargos públicos, pues, al proferirse la sentencia, lo más probable era que el asunto se resolviera con una compensación económica.*

13. *En la sentencia T-160 de 2018, la Sala Tercera de Revisión se pronunció sobre la exclusión de un aspirante que se había presentado para un concurso de méritos para proveer igualmente el cargo de dragoneante en el INPEC, pero que había sido apartado del proceso por tener un tatuaje en uno de sus antebrazos. En dicha oportunidad, se declaró procedente la acción de tutela, al estimar que el medio ordinario no respondía a la dimensión constitucional que planteaba el asunto, pues el actor no alegaba la infracción de las reglas del concurso, sino su inaplicación por inconstitucionales, al vulnerar sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos público. En este sentido, en la sentencia en cita se manifiesto*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-785 de 2013, T-160 de 2018, entre otras.



que: “las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales. Esto significa que, lejos de cuestionar la validez de las reglas de la convocatoria, lo que pretende es su inaplicación, con miras a defender sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, en virtud de las circunstancias específicas en las que él se encuentra”.

14. Por otra parte, en la sentencia T-785 de 201315, la Corte revisó varias acciones de tutela interpuestas por ciudadanos que se habían presentado a un concurso de méritos para proveer el cargo de dragoneante en el INPEC, pero que habían sido excluidos por haber sido declarados “no aptos”, luego de los exámenes médicos practicados. Aun cuando se negó el amparo pretendido, por cuanto las decisiones se adoptaron con base en las condiciones de aptitud física y de salud requeridas, al momento de examinar la procedencia del amparo, se concluyó que el caso tenía marcada relevancia constitucional, pues para ser designado en dicho cargo, la persona no podía superar el límite de los 25 años, y dado que la mayoría de los aspirantes ya se encontraban en ese umbral, se coligió que, al momento de proferirse sentencia en sede de lo contencioso administrativo, se estaría ante un daño consumado, lesionando el derecho de acceso a la administración de justicia.

15. Finalmente, en el año 2012, la Sala Primera de Revisión profirió la sentencia T-156 del mismo año, providencia en la que se analizó una acción de tutela presentada por una ciudadana que había ocupado el primer lugar de la lista de elegibles en el concurso de méritos al que se presentó, pero que no fue nombrada en el cargo seleccionado, porque se suspendió el acto administrativo de carácter particular. Este tribunal concluyó que, en este caso, la acción de tutela era

15 Se reiteró la regla dispuesta en la sentencia T-1266 de 2008.



el medio idóneo para materializar el principio del mérito de quien había ocupado el primer lugar en un proceso de selección, puesto que “no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”, cuando es clara la afectación de la persona que obtuvo las mejores calificaciones para ingresar al servicio público.

16. *En conclusión, la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial dispuesto para resolver las controversias que se derivan del trámite de los concursos de méritos, cuando ya se han dictado actos administrativos susceptibles de control por parte del juez de lo contencioso administrativo, en especial, cuando ya existe una lista de elegibles. Sin embargo, el juez de tutela deberá valorar si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, los medios de control ante la justicia administrativa son eficaces para resolver el problema jurídico propuesto, atendiendo a las subreglas previamente mencionadas, esto es, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante.”*

7. EL CASO CONCRETO.

En el escrito genitor de la presente acción, el señor ÁLVARO EFRAÍN CONTRERAS BÁEZ, señala que le han sido vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo, al ser excluido de la lista de elegibles emitida mediante Resolución No. 715 de 2021, pese a haber aprobado la convocatoria N° 433 de 2016, para el cargo de Defensor de Familia, código 2125 OPEC 34730.

Refiere que, mediante fallo de tutela emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, se ordenó al ICBF comunicar las vacantes existentes a la fecha y a la CNSC unifique las listas de elegibles cuya vigencia se estableció a 30 de julio de 2020,

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



para el cargo de Defensor de Familia, emitiendo una lista con la cual se provean los anunciados cargos vacantes, orden que se acató mediante la emisión de la Resolución No. 715 de 2021 de la cual no hace parte, sin explicación jurídica alguna.

Frente a tales pedimentos, las accionadas e intervinientes, fueron contestes en señalar que el actor no pertenecía a la convocatoria No. 734735 como afirmo en su escrito de protección constitucional, sino que perteneció a la OPEC No. 34730 cuya vigencia tuvo lugar el 9 de julio de 2020, de ahí la imposibilidad de encontrarse amparado por el referido fallo que dio lugar a la Resolución No. 715 de 2021.

De igual manera, convergen en la solicitud de declaratoria de improcedencia de la presente acción, debido a la ausencia de requisito de procedibilidad e inmediatez, pues además de contar con mecanismos ordinarios idóneos de los cuales no ha hecho uso, su actuación resulta tardía en relación en la emisión del referido acto administrativo, lo cual tuvo lugar en marzo del año 2021.

Conforme a las premisas que acaban de acotarse, la tutela presentada sólo puede prosperar si se logra acreditar, la configuración de todos los requisitos generales de procedibilidad de este tipo de acciones, y sólo después de concurrir todos ellos.

Y como se dejó anotado en antecedencia, dedicados a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, el Despacho encuentra que no cumple con el de subsidiariedad e inmediatez, como pasa a explicarse a continuación:

La presunta vulneración de derechos fundamentales alegada por las accionantes, radica en lo que consideró como el desconocimiento de los derechos presuntamente adquiridos por el tutelante al haber aprobado el concurso de méritos efectuado mediante convocatoria NO. 433 de 2016, respecto del cargo denominado Defensor de Familia Código 2125 OPEC 34730, y no ser incluido en la Resolución No. 715 de 2021 que se emitió en cumplimiento de fallo de tutela proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el cual ordenó la unificación de las listas de elegibles para el cargo de Defensor de Familia cuyo vencimiento se efectuaría a 30 de julio de 2020.



En tal sentido, el actor pretende, la ampliación de la cobertura del fallo de tutela emitido el 17 de septiembre de 2020 en referencia y la consecuente nulidad de la Resolución No. 715 de 26 de marzo de 2021 y emisión de una nueva lista en la que aquel sea incluido.

Como bien puede observarse, el tutelante, actúa a 2 años de emitido el fallo de tutelar que no lo ampara y a un año de haberse emitido la Resolución que lo excluye, tiempo excesivo que desdibuja la perentoriedad que caracteriza a la presente acción.

Aunado a lo ya expuesto, y de conformidad a las líneas precedentes, puede considerarse que los mecanismos ordinarios con los que cuenta para atacar los actos que manifiesta le son desfavorables no son idóneos, cuando el concurso de méritos se encuentre en etapa anterior a la emisión de lista de elegibles, pues cuando esta se ha emitido y se encuentra en firme como ocurre en el presente caso, es obligación del actor, en respeto inclusive de los derechos adquiridos por los demás participantes, acudir a las acciones contencioso administrativas, tornándose sin dubitación alguna, improcedente la presente acción.

Es que, si bien la tutela, se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que se enunció en el escrito petitorio, lo cierto es que, a la luz de las consideraciones constitucionales antes reseñadas, aunado al análisis de hechos y pruebas allegadas al plenario, el perjuicio resulta inexistente, en razón a que ningún derecho le será vulnerado en razón a que el fallo de tutela por el cual se emitió la Resolución N° 715 de 2021 no le ampara, ya que claramente aquel se limitó a unificar las listas de elegibles cuyo vencimiento tuvo lugar el 30 de julio de 2020, que no el 9 de julio como sucedió para quien acciona, de ahí que las circunstancias de perjuicio alegadas resulten inexistentes.

Ahora, en lo que atañe a la posible configuración de temeridad en razón a la doble interposición de la acción, la cual fue objeto de reparto en el trámite que se decide y en la que se radica a N° 52356310300120220009600, que guarda plena identidad con la primera, lo cierto es que, el accionante tuvo a bien allegar escrito en el que comunica que por error, remitió en la misma fecha el escrito a los correos electrónicos del aplicativo de tutelas y al de la Corte Suprema de Justicia, aspecto que luego de asumir conocimiento esta

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



judicatura, fue inmediatamente comunicado a la Corte Suprema de justicia, quien haciendo caso omiso, remitió el expediente a reparto, adquiriendo una segunda radicación.

Resulta evidente entonces, la ausencia de mala fe en el actor, obedeciendo a un error que pese a tratar de subsanar, generó un nuevo reparto, el cual no tiene la virtualidad de generar un segundo fallo, se itera, en razón se itera a la aclaratoria de la confusión acaecida en el asunto.

Corolario de lo expuesto, y como respuesta al problema jurídico, no queda camino distinto que el denegar la protección constitucional incoada por el señor ÁLVARO EFRAÍN CONTRERAS BÁEZ, de conformidad a las potísimas razones vertidas en antecedencia.

VI. DECISION.

Por lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES-NARIÑO, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE, el amparo deprecado por el señor ÁLVARO EFRAÍN CONTRERAS BÁEZ, de conformidad a las consideraciones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE de esta decisión a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: Si el presente fallo no fuere impugnado, ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

**VÍCTOR HUGO RODRIGUEZ MORAN
JUEZ**

Firmado Por:
Víctor Hugo Rodríguez Moran
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 001
Ipiales - Nariño

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7e968cbfe56007b1b4fc88513f9fe6c9057f500c76e42abd7fa48bbb6cf9c157**

Documento generado en 08/11/2022 07:48:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



Ipiales –Nariño, ocho (8) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 2022-00090-00
Accionante: ANA MARIBEL MORALES CORAL
Accionada: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG- Y
FIDUPREVISORA

Se decide en esta oportunidad la acción de tutela de la referencia, una vez agotado el trámite propio a esta instancia.

I. ANTECEDENTES.

Manifiesta la accionante que en su condición de docente de la Institución Educativa Sucre de Ipiales, y afiliada al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG- solicitó ante la Secretaria de Educación del Municipio de Ipiales, el reconocimiento y pago de cesantías parciales para compra de vivienda, a lo cual dicha Secretaria accedió mediante Resolución N° 1061 del 9 de diciembre de 2020, pero cometiendo un error al citar su número de cédula.

Señala que debido a lo anterior, el 10 junio de 2021 formuló derecho de petición, solicitando al FOMAG como a la Secretaría de Educación de Ipiales, modificar el error para el respectivo pago y reprogramar el mismo, frente a lo cual la Secretaría de Educación del Municipio de Ipiales expidió Resolución N° 00744 del 13 de agosto de 2021, modificando el número de cédula de la accionante. Así solicitó al FOMAG el 27 de agosto de la misma anualidad la reprogramación del pago, lo cual efectuó ante el BANCO BBVA, pero dando la orden de pago en favor de la accionante, con un número de cédula diferente al que le corresponde.

Indica que por lo anterior, solicitó ante el FOMAG la reprogramación del pago, poniéndose a su disposición del Banco los valores correspondientes a sus cesantías, solo hasta el 30 de noviembre de 2021, pero sin que le sea posible retirar las sumas debido a la persistencia del error en su número de cédula, debiendo interponer acción de tutela, y acogiendo el juzgado competente sus pretensiones, también tuvo que interponer incidente de desacato, para que finalmente el FOMAG a través de la FIDUPREVISORA S.A.,

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



dispusiera el pago que solo pudo ser recibido en el Banco el 30 de junio de 2022.

Considera que el FOMAG, a través de la FIDUPREVISORA S.A., debió efectuar el pago el 17 de febrero de 2021, fecha en la cual se cumplieron los 45 días hábiles, contados a partir de la fecha de expedición del acto administrativo que ordeno el pago de las referidas cesantías, por lo que, hasta el 30 de junio de 2022, transcurrieron 495 días de mora, tiempo en el que se vio afectada en su economía y en su proyecto de vida.

Por lo anterior, hace conocer que el 22 de septiembre del presente año, a través de apoderado, interpuso ante el FOMAG, derecho de petición solicitando el pago de la suma de setenta y nueve millones de pesos MCTE (\$ 79.000.000), por concepto de mora en el pago de las cesantías, dentro del periodo de tiempo consistente entre el 18 de febrero de 2021 y el 30 de junio de 2022, petición que indica no ha sido resuelta hasta la fecha de interposición de la presente acción de tutela.

En tal sentido solicita:

“PRIMERA: Tutelar mis derechos fundamentales a la petición y a las prestaciones sociales.

SEGUNDA: Consecuencia de lo anterior, ORDENAR al FOMAG pagar a mi nombre, ANA MARIBEL MORALES CORAL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.003.525; la suma de setenta y nueve, millones de pesos MCTE (\$ 79.000.000) por concepto de mora en el pago de las cesantías, dentro del periodo de tiempo consistente entre el 18 de febrero de 2021 y el 30 de junio de 2022, fecha esta última en la cual EFECTIVAMENTE se realizó el pago”. la cédula de ciudadanía No. 37.003.525; la suma de setenta y nueve 2

millones de pesos MCTE (\$ 79.000.000) por concepto de mora en el pago de las cesantías, dentro del **II. TITULAR DE LA ACCIÓN.**

Se trata de la señora **ANA MARIBEL MORALES CORAL**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No37.003.525 de Ipiales.



III. SUJETOS DE LA ACCIÓN.

Se trata de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A., como administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO -FOMAG-, la cual se constituye como una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, autorizada por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

IV. DERECHOS TUTELADOS.

La accionante invoca como vulnerados sus derechos fundamentales de petición, y de prestaciones sociales.

V. CONTESTACIÓN.

La coordinadora de Tutelas de la Vicepresidencia Jurídica de la FIDUPREVISORA S.A., luego de explicar la naturaleza jurídica dicha Sociedad y el objeto social de la misma, limitado a la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, y que en tal sentido administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación. Por ello, indica que no tiene competencia para expedir actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas de los docentes afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual indica, corresponde a las secretarías de educación.

Pone de presente la improcedencia de la acción de tutela para definir derechos litigiosos de contenido económico, ya que la acción de tutela no puede ni debe remplazar las vías ordinarias establecida por el legislador para cada caso en particular. Que además la accionante no ha alegado ni demostrado siquiera de manera sumaria, que en el presente asunto se le esté afectando o amenazando derechos fundamentales como la vida,



dignidad humana o mínimo vital, que requiera una intervención inmediata, en tanto para el caso la vía ordinaria no resulte eficaz.

Así, considera que en el presente asunto la accionante cuenta con otros medios de defensa, sin que se encuentre demostrada la existencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la presente acción respecto de FIDUPREVISORAS.A., actuando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, por no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante, ya que la petición, no fue radicada ni en el Fondo, ni en esta entidad.

VI. CONSIDERACIONES.

1. De la competencia.

En primer lugar, debe decirse que el juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto establecidas en el Decreto 1382 de 2000, y el Decreto 1983 de 2017, por el lugar de ocurrencia de los hechos que motivan la solicitud, como por la naturaleza jurídica de una de las entidades accionadas, frente a quien está dirigida, pues, pertenece a las del orden nacional, descentralizada por servicios.

2. Problema jurídico

Corresponde a este Despacho determinar si la Fiduciaria la Previsora S.A., como administradora del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del magisterio – FOMAG- , ha vulnerado los derechos fundamentales de petición, debido proceso y seguridad social, de la accionante, con ocasión de la solicitud de pago de indemnización moratoria por pago tardío de cesantías, presentada a través de apoderado judicial, mediante mensaje de datos al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co, el día 2 de septiembre de 2022, por causa de no haberse proferido respuesta de fondo que resuelva tal solicitud, o por el contrario, si debe denegarse ante la inexistencia de vulneración del derecho invocado, o si debe declararse



improcedente la acción de amparo por existir mecanismo ordinario, como lo alega la entidad accionada.

Antes de resolver el interrogante planteado, se adelantará el examen de procedencia de la acción de amparo.

3. Examen de procedencia de la presente acción constitucional

Corresponde determinar en este acápite, si se satisfacen los requisitos de procedencia de la presente acción constitucional, para que amerite efectuar un examen de fondo del presente asunto. Estos requisitos se refieren a la legitimación, inmediatez y subsidiariedad, que a continuación se procede a analizar.

3.1 En cuando a la legitimación en la causa por activa

El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por “cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales”. Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo “no esté en condiciones de promover su propia defensa”; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

En el presente asunto, la accionante se encuentra legitimada por activa, debido a que actúa en su nombre, como titular de los derechos fundamentales invocados, entre ellos el de petición, del cual indica adolece de respuesta.



3.2 En lo que corresponde a la legitimación en la causa por pasiva, la Constitución Política Colombiana establece en su artículo 86, que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada la Corte Constitucional, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión¹.

También se cumple con el requisito de procedencia de legitimación en la causa por pasiva, pues esta acción se dirige contra la Fiduciaria La Previsora – FIDUPREVISORA S.A., como administradora del FOMAG, entidad pública a la cual se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

3.3 Requisito de inmediatez.

Sobre del prenombrado requisito de inmediatez, establece el artículo 86 que la acción puede impetrarse “[...] en todo momento y lugar [...]”. La jurisprudencia constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad, pues ello contrario al artículo citado². Con todo, ha aclarado que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida, según el propio artículo 86, como un mecanismo de “protección inmediata” de los derechos alegados.

Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la no caducidad y la naturaleza de la acción, se ha entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente³. Para la determinación de la razonabilidad del plazo, no existen reglas estrictas e inflexibles, sino que al juez

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-1001 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería

² Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992

³ Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999



constitucional le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un plazo oportuno. Esto implica que la acción de tutela no puede ser rechazada con fundamento en el paso del tiempo, sino que debe el juez estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla⁴.

Al respecto, debe indicarse que la presente acción también cumple con este requisito, ello teniendo en cuenta que la petición fue impetrada el 2 de septiembre de 2022, y la presente acción fue presentada el día 25 de octubre de esta anualidad, plazo que se considera razonable.

3.4 En lo que tiene que ver con el requisito de subsidiariedad, será objeto de análisis más adelante, en el acápite del caso en concreto.

4. La acción de tutela

La acción de tutela se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico con la específica finalidad de otorgar a las personas la protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridad pública, y también por los particulares por los mismos motivos. Pero en este último evento sólo en los casos taxativamente consagrados en la ley.

Según se desprende de la misma definición constitucional contenida en el artículo 86 superior, está establecida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. De esta manera, el primer presupuesto de procedibilidad es que se haya interpuesto, en el caso concreto, para defensa de derechos que tengan esa categoría, salvo que se trate de prerrogativas de distinto rango, v.gr., las prestacionales, que en la oportunidad particular se encuentren inescindiblemente ligadas a otras de ese carácter.

5. Derecho de petición.

En virtud del derecho fundamental de petición toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas y a obtener pronta

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2015



solución. Tal derecho fundamental ha sido consagrado en el art. 23 de la Constitución Política, según el cual “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. (...)”.

Sobre el contenido y alcance de dicho derecho fundamental la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades señalando que la manifestación de la administración respecto al caso debe ser adecuada a la solicitud planteada, efectiva para la solución del caso, y oportuna.

No hay duda que para la efectiva satisfacción del derecho de petición este debe resolverse, y que conforme a reiterada doctrina constitucional el amparo tutelar solo puede facultar al juez de tutela, en protección del derecho de petición, para impulsar una pronta respuesta de la respectiva solicitud, sin que sea permitido señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales.

También es importante precisar que el pronunciamiento generado en cumplimiento del derecho de petición debe permitir al particular definir una expectativa, por eso “resolver” en los términos de la doctrina constitucional entraña una contestación sustantiva a la petición formulada por el particular, porque solo así el derecho adquiere su verdadera dimensión de instrumento de participación democrática.

Además, se tiene que la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en relación con el contenido y alcance del derecho de petición, señalando en sus decisiones más importantes que para su plena satisfacción la respuesta debe ser adecuada a la solicitud planteada, efectiva para la solución del caso y oportuna, además que: “...el derecho de petición, es un mecanismo expedito de acceso directo a las autoridades, que exige el cumplimiento de una obligación inexcusable: la resolución sustancial de la petición respetuosamente formulada. Por consiguiente, debe existir una respuesta, que puede darse en cualquier sentido, siempre que sea definitiva y coherente con lo solicitado, es por eso que resulta insuficiente la mera información sobre el trámite de una determinada actuación...”.



5.1.- En la sentencia T-1160A de 2001, la Corte Constitucional enumeró los elementos característicos del derecho de petición, para lo cual indicó:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

(...)

k) “Ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”. (Resaltado fuera de texto)

5.2. La Ley 1755 de 2015 “...por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición...”, en su artículo 14 indica los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones, así:

“...Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto...". (Acentuado del juzgado)

En este orden de ideas, debe entenderse que la orden de tutela suplicada, en caso de violación al derecho de petición, ha de dirigirse solamente en el sentido de requerir a la autoridad para que ésta proceda a resolver positiva o negativamente, desterrando el silencio no justificado de la entidad con respecto a la solicitud.

Así, el derecho de petición tiene una doble finalidad, por un lado, se concreta en permitir a toda persona elevar peticiones respetuosas y por otro, en asegurar la pronta y efectiva respuesta, es decir, una vez se realiza la solicitud, se espera como la norma lo prevé, una pronta solución.

6. Del reconocimiento de acreencias laborales por medio de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional ha señalado que por regla general dicha pretensión no es susceptible de ampararse por esta vía, por Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



cuanto en el ordenamiento jurídico la jurisdicción ordinaria laboral, o la jurisdicción de contenciosa administrativa tienen mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial según el caso. Sin embargo, de manera excepcional, se ha contemplado la procedencia del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias cuando se afecta el derecho fundamental al mínimo vital del accionante.

En tal sentido, en la Sentencia T-457 de 2011 la Corte Constitucional señaló:

“[p]or regla general, la resolución de las controversias relativas al incumplimiento en el pago de acreencias laborales, entre ellas el salario o contraprestación mensual, es un asunto que compete a la jurisdicción laboral. (...) Sin embargo, la sólida línea jurisprudencial que por varios años ha trazado esta Corporación, plantea de forma pacífica una única excepción sobre la improcedencia general anotada. Ella se presenta en aquellos eventos en los que el no pago de la prestación tiene como consecuencia directa la afectación de derechos fundamentales, concreta y especialmente, el del mínimo vital”

El derecho al mínimo vital se ha entendido como: *“aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, etc.”*⁵. Así mismo se ha indicado que este derecho comporta un componente cuantitativo vinculado con la simple subsistencia, y un elemento cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento constitucional; pero que, siempre que se alega su vulneración, es necesario que el interesado enuncie los motivos que le sirven de fundamento para solicitar su protección, de manera que el juez pueda evaluar la situación concreta del accionante.

De otro lado, también resulta trascendente señalar, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional, que en el área del derecho laboral y de la seguridad social existen dos tipos de derechos: los inciertos y discutibles, y los ciertos e indiscutibles. Para determinar cuáles son los elementos que distinguen a estos últimos, la Sala de Casación Laboral de la Corte

⁵ Sentencia T-457 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Suprema de Justicia, en sentencia del 08 de junio de 2011, radicado No. 3515, precisó lo siguiente:

“el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra un derecho será cierto, real e innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad.”

Siendo así, un derecho es cierto e indiscutible en la medida en que esté incorporado al patrimonio de un sujeto y haya certeza sobre su dimensión, es decir, cuando se cumplen los supuestos de hecho de la norma que consagra el derecho, así no se haya configurado aún la consecuencia jurídica de la misma. Por oposición, un derecho es incierto y discutible cuando los hechos no son claros, cuando la norma que lo consagra es ambigua o admite varias interpretaciones, o cuando el nacimiento del derecho está supeditado al cumplimiento de un plazo o condición y existe una circunstancia que impide su nacimiento o exigibilidad.

Para efectos de la relevancia constitucional que cada uno tiene, debe señalarse que mientras el artículo 53 de la Constitución determina que está prohibido la transacción de los derechos ciertos e indiscutibles, la jurisprudencia ha determinado que los inciertos y discutibles son, *“en principio, renunciables en un eventual acuerdo conciliatorio, en razón a que se trata de derechos individuales que sólo miran el interés particular del renunciante”*⁶.

El hecho de que las personas no puedan renunciar a los derechos laborales y de seguridad social ciertos e indiscutibles, aun si consienten voluntariamente en ello, encuentra respaldo en la creencia fundada de que *“los trabajadores y los afiliados al sistema de seguridad social pueden verse forzados a realizar renunciaciones como respuesta a un estado de necesidad”*⁷ y en la convicción de que, como se ha mencionado,

⁶ Sentencia T-320 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango (e)

⁷ Ibídem



las relaciones laborales no se desenvuelven en un plano de igualdad entre empleador y trabajador.

De lo anterior, se ha indicado que las controversias que recaen sobre los derechos ciertos e indiscutibles pueden, en algunos casos, protegerse a través de la jurisdicción constitucional, mientras que las de los derechos inciertos y discutibles deben debatirse necesariamente en la jurisdicción ordinaria. Lo anterior, debido a que mientras los primeros constituyen para los trabajadores una garantía constitucionalmente protegida y por consiguiente de aplicación inmediata, los segundos, tienen protección legal de límites al tener un carácter transable y renunciable, y por ello competen a la jurisdicción ordinaria.

Ahora, conforme a la Sentencia SU- SU-573 del 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido:

“la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías no es un derecho fundamental ni está ligada a la satisfacción de una garantía de naturaleza constitucional. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el carácter irrenunciable de las cesantías, como una prestación patronal de rango legal cuya finalidad es “auxiliar a la persona que se queda temporalmente sin trabajo” [91]. Por tanto, solo en la medida en que lo reclamado sea dicha prestación, la tutela devendría procedente cuando se advierta que su falta de pago conlleva la vulneración del derecho al mínimo vital y a la seguridad social del trabajador. En consecuencia, cualquier pago adicional que no corresponda a la finalidad misma de las cesantías, sino a una penalidad para el empleador que no las consigna al fondo o las paga al trabajador en los términos solicitados, es un reconocimiento de fuente legal con carácter netamente patrimonial, que no amerita la intervención del juez de tutela”.

7. El caso concreto.



En el escrito genitor de la presente acción, la señora ANA MARIBEL MORALES CORAL, registra que el 22 de septiembre del presente año, a través de apoderado, interpuso ante el FOMAG, derecho de petición solicitando el pago de la suma de setenta y nueve millones de pesos MCTE (\$ 79.000.000), por concepto de mora en el pago de las cesantías, dentro del periodo de tiempo consistente entre el 18 de febrero de 2021 y el 30 de junio de 2022, petición que indica no ha sido resuelta hasta la fecha de interposición de la presente acción de tutela.

En tal sentido, alega vulneración de sus derechos fundamentales de petición y a la seguridad social.

Respecto del análisis del requisito de subsidiariedad en la presente acción, como establece el artículo 86 que “[...] *Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...]*”.

Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Para el presente asunto conviene efectuar un análisis separado de este requisito, frente a los derechos fundamentales invocados por la accionante, esto es el derecho fundamental de petición y el derecho a la seguridad social.

Respecto del derecho fundamental de petición, el despacho encuentra que se satisface el requisito de subsidiariedad que exige la acción de tutela, en tanto que ante la falta de respuesta de la accionada a la petición formulada el 2 de septiembre de 2022, no existe mecanismo ordinario eficaz para su protección.

En tal sentido, se impone verificar si el derecho de petición ha sido satisfecho en debida forma, de manera que comprenda y resuelva en el fondo lo solicitado, y haga efectivo el núcleo esencial de tal garantía Constitucional.



Conforme a la respuesta ofrecida por la coordinadora de Tutelas de la Vicepresidencia Jurídica de la FIDUPREVISORA S.A., en nada se refiere a si la petición de la accionante ha sido respondida, y tampoco acredita prueba de haberse notificado su respuesta, pues el esfuerzo de su escrito de contestación se endilga a la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela; sin embargo, en su petición final indica que no se ha presentado tal derecho de petición, ni ante la FIDUPREVISORA ni ante el FOMAG.

Al respecto revisadas los documentos obrantes en el expediente, el Despacho advierte que, con el escrito de tutela, la accionante adjuntó el escrito contentivo del derecho de petición en comento, de fecha 2 de septiembre de 2022, presentado a través de apoderado judicial, igualmente el correspondiente poder debidamente conferido y finalmente la constancia de envío de la petición como mensaje de datos, desde el correo electrónico danielandresb321@gmail.com al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co el cual fue enviado el 2 de septiembre de 2022 a las 11: 53 horas.

Conforme a lo anterior, se tiene que tomando en consideración que hasta la fecha no se ha acreditado pronunciamiento por parte de la accionada, que resuelva acerca de la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida por la accionante, sin importar que tal respuesta sea positiva o negativa, siendo que la misma fue interpuesta el 2 de septiembre de 2022, y que a la fecha han transcurrido más de dos (2) meses, se encuentra configurada una flagrante vulneración del derecho de petición de la accionante.

Debe advertirse que si bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011, al haber transcurrido el plazo de 2 meses sin que se haya notificado decisión expresa sobre la petición interpuesta, se entenderá que la decisión es negativa, la Corte Constitucional reiteradamente ha considerado en su jurisprudencia, que la ocurrencia del silencio administrativo no "resuelve" el derecho de petición, sino que por el contrario, es la prueba más clara de la vulneración de dicho derecho fundamental. Es estos casos, el juez constitucional debe proteger el derecho en cuestión, ordenando para ello, que la autoridad morosa resuelva sobre el fondo de la petición desatendida en un plazo perentorio.

En virtud de lo anterior, se amparará el derecho fundamental de petición de la actora y se ordenará a la Fiduprevisora S.A., que dentro
Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



del término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a dar respuesta a la petición de reconocimiento y pago los valores que pretende la accionante, por concepto de sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías, ello sin consideración a que la misma sea positiva o negativa.

Ahora en lo que corresponde a la satisfacción del requisito de subsidiariedad de la presente acción, respecto del derecho a la seguridad social, que estima la accionante se le está vulnerando ante el silencio de la accionada respecto del derecho de petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías, debe indicarse que la presente acción resulta improcedente, en tanto tal pretensión se refiere a derechos inciertos y discutibles, y que por ende corresponde reclamarlos ante la jurisdicción ordinaria, siendo además que la sanción moratoria que se reclama, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional, no es un derecho fundamental ni está ligada a la satisfacción de una garantía de naturaleza constitucional, como si lo sería las cesantías; por ello, solo si lo reclamado hubiere sido tal prestación, resultaría procedente la acción de tutela, pero cuando se advierta que su falta de pago conlleva la vulneración del derecho al mínimo vital y a la seguridad social del trabajador.

Así entonces, como ha dicho la Corte Constitucional, cualquier pago adicional que no corresponda a la finalidad misma de las cesantías, sino a una penalidad para el empleador que no las consigna al fondo o las paga al trabajador en los términos solicitados, es un reconocimiento de fuente legal con carácter netamente patrimonial, que no amerita la intervención del juez de tutela.

Conforme a lo anterior, el amparo al derecho a la seguridad social respecto del pronunciamiento de reconocimiento y pago de la suma de setenta y nueve millones de pesos MCTE (\$ 79.000.000), por concepto de mora en el pago de las cesantías, dentro del periodo de tiempo consistente entre el 18 de febrero de 2021 y el 30 de junio de 2022, resulta improcedente, y así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

VI. DECISION.



Por lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES-NARIÑO, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de petición invocado por la señora ANA MARIBEL MORALES CORAL, de conformidad con lo indicado en parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR en consecuencia, a la Fiduprevisora S.A., que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a dar respuesta a la petición de reconocimiento y pago los valores que pretende la accionante, por concepto de sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías, ello sin consideración a que la misma sea positiva o negativa.

TERCERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo al derecho fundamental a la seguridad social deprecado por la accionante ANA MARIBEL MORALES CORAL, de conformidad con lo indicado en parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE de esta decisión a las partes por el medio más expedito.

QUINTO: Si el presente fallo no fuere impugnado, ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

**VÍCTOR HUGO RODRIGUEZ MORAN
JUEZ**

Firmado Por:
Victor Hugo Rodriguez Moran
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 001
Ipiales - Nariño

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c7e0dd93ce4052229a9556c9990feaa00bb7c0aed834ae2d9e3ae494c74649e3**

Documento generado en 08/11/2022 06:23:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Ipiales - Nariño, ocho (8) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA.
(IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA).
RADICADO: 2022-00392-01
ACCIONANTE: DIGNA CASTRO.
ACCIONADA: MALLAMAS E.P.S.I. Y OTROS

Se decide en esta oportunidad la impugnación interpuesta por el accionante MALLAMAS E.P.S E.P.S.I., contra el fallo del 28 de septiembre de 2022, proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ipiales – Nariño.

I. ANTECEDENTES.

En compendio, la señora DIGNA CASTRO, refiere que luego de ser auscultada por la especialidad de medicina interna el 4 de abril de 2022, le fue diagnosticado “CANCER PAPILAR DE TIROIDES CON FIRMADO POR BIOPSIA EL DIA 9 DE MARZO DE 2022 QUE REPORTA SOSPECHOSO VTHESD 5 MAMOGRAFIA BILAF III HEM GLI 62 GLUCO 04 GLATI 0-6 TOTAL 405 ELEVADO TRIG 178 ALTOS T4 1.12 TSH 0.35.”

Apunta que, el 17 de mayo de 2022, Mallamas autoriza cita en el Instituto Nacional de Cancerología en la ciudad de Bogotá, con el fin de ser atendida con el Doctor Manuel Antonio Ballen, especialista en cirugía de cabeza y cuello, cita que se programó para el día 8 de agosto postrero.

Arguye que, el pasado 25 de julio acudió a las instalaciones de Mallamas, con el fin de que le sea autorizado la cita con el especialista y los gastos de transporte alojamiento y alimentación para ella y un acompañante, solicitud que fue denegada por le profesional encargado de la oficina de atención al usuario de la accionada.

Refiere que, en tal sentido el 29 de julio interpuso acción de tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil Municipal de Ipiales, quien en sentencia calendada a 11 de agosto negó la protección incoada, por lo que procedió a impugnar la decisión, recurso que advierte haber enviado de manera errónea, quedando en firme,



No obstante, señala que, el Instituto Nacional de Cancerología agendó cita prioritaria para el día 3 de octubre, razón por la cual acude nuevamente a la acción de tutela, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales.

En tal sentido, solicitó

“SE GARANTICE TRATAMIENTO INTEGRAL DERIVADO DEL DIAGNOSTICO DE TUMOR MALIGNO DE TIROIDES EN EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA EN LA CIUDAD DE BOGOTA, AL IGUAL QUE LOS GASTOS CONEXOS EN SALUD LAS VECES QUE SE REQUIERA ACUDIR AL MENCIONADO INSTITUTO, TIQUETES AEREOS PARA MI Y UN ACOMPAÑANTE EN LOS TRAYECTOS IPIALES -BOGOTA-IPIALES, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACION”

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El juzgado de conocimiento, mediante la providencia precedentemente enunciada, luego de realizar un examen del evento sometido a su estudio, estimó negar la protección suplicada, al advertir que, si bien había ausencia de temeridad, en razón a la ausencia a de mala fe en la tutelante, si hay cosa juzgada, toda vez que existe identidad de hechos y pretensiones respecto de la acción impetrada en julio de esta anualidad y fallada negativamente el 11 de agosto de 2022.

III. LA IMPUGNACIÓN.

La accionante, en término allega escrito en el que centra su inconformidad, en el hecho de que el juzgado de conocimiento en primera instancia, no tuvo en cuenta su situación delicada de salud, por lo que solicita la revocatoria de decisión impugnada.

IV. CONSIDERACIONES.

1.- Competencia. De conformidad con el artículo 32 del decreto 2591 de 1991, regulado por el decreto 306 de 1992 y del Decreto 333 del 6 de abril de 2021, este Juzgado tiene competencia para conocer sobre la impugnación, como Superior Funcional de quien la pronunció, amén



de que los jueces municipales conocen en primera instancia las acciones de tutela que se interponen frente a cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden Departamental, Distrital o Municipal y contra particulares.

2.- Problema jurídico

Le corresponde al Despacho establecer si debe confirmar la decisión del Juzgado Primero Civil Municipal de Ipiales, que negó el amparo deprecado por la tutelante, o por el contrario, se debe revocar y, en su lugar, conceder el tratamiento integral y los servicios de transporte alojamiento y alimentación, como lo adujo la impugnante.

3.- Procedencia de la acción de tutela

En punto de realizar el examen de procedencia de la presente acción constitucional, corresponde analizar los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, que deben concurrir para que la acción resulte procedente.

Al respecto, el Despacho encuentra que la accionante se encuentra legitimada por activa por cuanto ha manifestado se le ha vulnerado sus derechos fundamentales la salud y vida en condiciones dignas, al no prestarle su EPS el servicio de salud, otorgándole el acceso a las prescripciones emitidas por sus médicos tratantes para superar los padecimientos que la aquejan, los cuales requieren atención urgente.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se advierte que la entidad I.P.S. INDÍGENA MALLAMAS, como accionada está llamada a responder por pasiva, como quiera que resulta competente para resolver la situación planteada por la accionante.

En cuanto al requisito de inmediatez, el Despacho encuentra que en la presente acción, debido a las afecciones que aquejan a la tutelante, bajo el análisis de este caso en concreto, se cumple con el requisito, pues la prescripción médica que se encuentra insoluble y a la que no puede acceder, data del 17 de mayo de 2022, siendo que la tutela se interpuso el 15 de septiembre postrero.

En lo tocante al requisito de subsidiariedad, respecto de la acción de amparo frente a la presunta vulneración del derecho fundamental de



seguridad social y salud, el despacho estima satisfecho este requisito, en tanto no advierte que la accionante disponga de otro medio ordinario idóneo y eficaz para la defensa de tal derecho.

4.- Fundamentalidad del derecho a la salud.-

Aunque inicialmente la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, estableció que la categoría fundamental del derecho a la salud se atendía cuando la salud estaba en conexidad con otros derechos reconocidos como tales, de manera muy especial con el derecho a la vida, dicha posición la ha reevaluado, reconociéndole a este derecho su rango de fundamental *per se*.

Así, tal como fue desarrollado durante años por la Corte Constitucional, la fundamentalidad de la salud entró en vigencia a partir del 16 de febrero de 2015, al expedirse la Ley Estatutaria N° 1751, la cual regula el derecho fundamental a la salud, bajo elementos tales como: Disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional.

Así mismo, fundamentó su legislación con base en principios como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia, progresividad, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección, significando con ello el deber en cabeza del Estado, de garantizar el disfrute efectivo del mentado derecho fundamental, sin que le sea posible a las empresas o instituciones prestadoras de salud, negar los servicios requeridos, con excepción de los enlistados en el artículo 15 de la ley en cita.

Se obliga entonces, a que se presten los servicios de salud con calidad y eficiencia, oportunos, sin dilaciones injustificadas, sin limitaciones de tipo administrativo que se trasladen al usuario, un servicio integral en pro de la protección de la salud del usuario.

Lo anterior, bajo el entendido de que tal como lo dispone el artículo 26 de la prenombrada ley estatutaria, dicha normatividad rige a partir del 16 de febrero de 2015, derogando las normas que le sean contrarias.

5.- Servicio de transporte para acceder a servicios de salud



Frente al tema, la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento, expreso:

“a. Prestación del servicio de transporte, alimentación y alojamiento para el paciente

*En virtud de lo anterior, la Resolución 3512 de 2019 “Por medio de la cual se actualizan los servicios y tecnologías de la salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, en su Título V que trata sobre “Transporte o Traslado de Pacientes”, reglamenta **(i)** el traslado de pacientes; **(ii)** transporte de pacientes ambulatorio; y, **(iii)** la exclusión de la financiación del transporte de cadáveres.*

Sobre el traslado de pacientes, de acuerdo con el artículo 121 de la norma, incluye el traslado acuático, aéreo y terrestre, ya sea en ambulancia básica o medicalizada en los siguientes casos. En primer lugar, la movilización de pacientes con patologías de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta la institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitario y de apoyo terapéutico en ambulancia; y, en segundo lugar, entre IPS dentro del territorio nacional, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia^[124].

*Conforme la jurisprudencia constitucional, “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (**transporte intermunicipal**), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS”; en otras palabras, las anteriores hipótesis normativas hacen referencia, conforme la jurisprudencia, a transporte intermunicipal.*

Aquellos transportes que no se enmarquen en las hipótesis anteriores, conforme con la Corte Constitucional, en



principio, le correspondería sufragar los gastos al paciente y/o a su núcleo familiar. Sin embargo, la misma ha reconocido que la ausencia del servicio de transporte puede constituir, en determinadas circunstancias, una barrera de acceso a los servicios de salud. A partir de allí, ha identificado situaciones en las que los usuarios del sistema de salud requieren transporte que no está cubierto expresamente por el PBS para acceder a los procedimientos médicos ordenados para su tratamiento. En estos escenarios, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las EPS deben brindar dicho servicio de transporte no cubierto por el PBS. Para ello, deben confluir los siguientes requisitos: **(i)** el servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto al de residencia del paciente; **(ii)** ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y, **(iii)** de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

Estas exigencias, por tanto, son exigibles para situaciones de transporte intermunicipal que **(a)** no se encuentran enmarcadas en la Resolución 3512 de 2019; **(b)** el transporte intramunicipal -pues no se encuentra incluido en el PBS con cargo a la UPC-, cuando el profesional de la salud advierta la necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados anteriormente; y, como se verá más adelante -con reglas más concretas-; **(c)** el servicio de acompañante, los cuales se deberán tramitar a través del procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018.

Sin embargo, con el fin de aclarar los tipos de transporte, las coberturas en el Plan Básico de Salud (PBS) y la forma de financiamiento la Sala sintetiza la información en el siguiente cuadro:

Tipo de transporte	Cobertura	Forma de financiamiento
Ambulancia básica o medicalizada intermunicipal:	Plan de beneficios en salud (PBS)	Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).



<p>1. <i>Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancia.</i></p> <p>2. <i>Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos por la entidad que está atendiendo a otra.</i></p>	<p><i>Modo de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente.</i></p> <p><i>El transporte se debe proporcionar con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión.</i></p> <p><i>Se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.</i></p>	
<p>Transporte del paciente ambulatorio diferente a ambulancia intermunicipal:</p> <p>1. <i>Servicio no disponible en el lugar de residencia del afiliado.</i></p>	<p><i>Plan de beneficios en salud (PBS)</i></p> <p><i>EPS o la entidad que haga sus</i></p>	<p><i>Será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial</i></p>



<p>2. Cuando la EPS no hubiera tenido en cuenta los servicios para la conformación de su red de servicios independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.</p>	<p>veces recibe o no una UPC diferencial.</p>	<p>por dispersión geográfica.</p>
<p>Transporte intramunicipal (interurbano) e intermunicipal que no se encuentren en las hipótesis de los artículos 121 y 122 de la Resolución 3512 de 2019.</p>	<p>No se encuentra cubierto por el PBS, ni tampoco está excluido por las listas del Ministerio de Salud y Protección Social.</p>	<p>Prima adicional^[131] por dispersión geográfica recobro a la ADRES.</p>

Estas mismas subreglas se aplican a los viáticos, teniendo en consideración que son necesarios por iguales razones del traslado. Puntualmente, se ha precisado que “tanto el transporte como los viáticos serán cubiertos por la prima adicional en áreas donde se reconozca este concepto; sin embargo, en los lugares en los que no se destine dicho rubro se pagarán con la UPC básica” .

b. Prestación del servicio de transporte, alimentación y alojamiento para el acompañante del paciente

Por otra parte, la Corte Constitucional ya ha interpretado esta resolución en el sentido que el citado artículo no menciona nada acerca del traslado del paciente que por su condición médica requiera de un acompañante al lugar de prestación del servicio de salud en dicho municipio. Se entiende que existen supuestos, como los mencionados, donde la normatividad vigente no contempló dichas situaciones, lo



cual no significa que el sistema de salud, en atención a los elementos de la integralidad y la accesibilidad definidos en la Ley 1751 de 2015, no deba brindar la cobertura para el traslado del paciente. Por estas particularidades se torna imperativo que no puedan existir obstáculos para garantizar el derecho fundamental a la salud y así procurar la preservación de su vida.

La garantía del servicio de transporte, también admite el desplazamiento del paciente con un acompañante, siempre que su condición etaria^[133] o de salud lo amerite. Para conceder el transporte de un acompañante es preciso verificar que “(iii) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (iv) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (vi) (sic.) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”. En ese evento, los costos asociados a la movilización del acompañante corren por cuenta de las EPS con cargo al Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-, porque no hace parte del Plan de Beneficios en Salud –PBS-.

En referencia a la capacidad económica del usuario beneficiario del régimen contributivo, la Corte ha establecido que las entidades prestadoras de salud tienen el deber de indagar en su base de datos la información socioeconómica del paciente, para concluir si este puede o no cubrir los costos de los servicios que reclama.

En relación con el requisito sobre la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante, en recientes sentencias, la Corte precisó que la ausencia de capacidad financiera puede constatarse con los elementos allegados al expediente, pero, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho y; en caso de que la EPS guarde silencio, la afirmación del paciente sobre su condición económica se entiende probada. En suma, dicha incapacidad económica se presume en el caso de quienes



han sido clasificados en el nivel más bajo del Sisbén y quienes se encuentran afiliados al régimen subsidiado en salud.

Conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, se concluye que es posible adjudicar la responsabilidad de la prestación del servicio de transporte urbano a la EPS cuando se determine la dificultad económica y física del paciente en realizar los desplazamientos al centro de salud en un servicio de transporte público bien sea colectivo o masivo. Más concretamente cuando esto sea indispensable para el desarrollo de un tratamiento médico del que dependa su vida.”¹

6.- El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. reiteración jurisprudencial.

La Corte Constitucional en sentencia No. T-101 de 2021 al respecto señaló:

18. La ley y la jurisprudencia se han encargado de determinar en qué casos es posible exigirle a las EPS que presten los servicios de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. De este modo, a continuación se hará un breve recuento de las condiciones para acceder a estos servicios.

El servicio de transporte del afectado

19. El literal c) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 establece:

“(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”

¹ Sentencia T-266 de 2020. Conste Constitucional. M.P. Alberto Rojas Rios.



Esta Corporación² ha determinado que el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud no constituyen servicios médicos³. No obstante, ha precisado que estos constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.⁴

En relación con el transporte intermunicipal, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 2481 de 2020⁵. En el artículo 122 esta establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes con cargo a la UPC.

Sobre este punto la jurisprudencia ha precisado que:

“se presume que los lugares donde no se cancele prima por dispersión geográfica tienen la disponibilidad de infraestructura y servicios necesarios para la atención en salud integral que requiera todo usuario.”⁶

Por lo tanto, la EPS debe contar con una red de prestación de servicios completa. De tal manera, si un paciente es remitido a una IPS ubicada en un municipio diferente a su domicilio, el transporte deberá asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud, ya que el desplazamiento no se puede erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante.

La alimentación y alojamiento del afectado

20. Esta Corporación ha señalado que estos dos elementos no constituyen servicios médicos⁷. Por lo tanto, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, por regla general, los gastos de

² Sentencia T-074 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo (e).

³ Sentencia T-074 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo (e).

⁴ Sentencia T-074 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo (e).

⁵ “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capilación (UPC).”

⁶ Sentencia SU 508 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.



estadía deben ser asumidos por él. Sin embargo, esta Corte ha determinado que no es posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, razón por la que de manera excepcional ha ordenado su financiamiento.⁸ En consecuencia, se han establecido las siguientes subreglas para determinar la procedencia de estos servicios:

“i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.”⁹

El transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante

21. Respecto a estos servicios, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando:

“(i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado.”¹⁰

Finalmente, es necesario precisar que la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante deben ser constatados en el expediente. De este modo, cuando el

⁸ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras..

⁹ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

¹⁰ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.



paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho¹¹. En caso de que guarde silencio con respecto a la afirmación del paciente se entenderá probada¹². “

7.- Cosa juzgada constitucional y temeridad

Frente al tema la Corte Constitucional en Sentencia T-023 de 2022, expuso:

De la cosa juzgada:

“ (...) Según lo dicho por la jurisprudencia constitucional, el principio de cosa juzgada constitucional se vulnera cuando el nuevo proceso:¹³ (a) se adelanta con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que resolvió el asunto de fondo; (b) guarda identidad de partes respecto del primero, esto es, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada; (c) presenta identidad de objeto, de modo que la demanda debe girar sobre la misma pretensión acerca de la cual se decidió y que dio origen a la cosa juzgada;¹⁴ y (d) configura identidad de causa, lo cual supone que se adelanta por los mismos motivos que originó el proceso anterior, en otras palabras, por idénticos hechos o elementos y, debido a ello, la razón de la demanda no varía.

Lo anterior implica que cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos.¹⁵ Por tanto, no se configura la

¹¹ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

¹² Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

¹³ Ver la Sentencia T-611 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-119 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-2019 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-249 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁵ Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil: “*Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*” Ver, entre otras, las sentencias T-136 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-512 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-124 de 2020. M.P. Carlos Bernal Pulido; T-611 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-583 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-219 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-427 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-362 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-919 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-707 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



identidad de causa cuando se presentan “nuevos hechos o un motivo que expresamente justifique la interposición”¹⁶ de la acción de tutela, o “elementos nuevos que varían sustancialmente la situación inicial”,¹⁷ o, en otras palabras, una “situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos.”¹⁸

De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha explicado que no se configura la cosa juzgada cuando se observan “elementos jurídicos nuevos, los cuales fueron desconocidos por el actor y no tenía manera de haberlos conocido en la interposición de la primera acción de tutela.”¹⁹ Al respecto, también se ha indicado que “debido a la naturaleza informal de la acción de tutela, y a su carácter de mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales, es posible que los afectados, particularmente cuando no tienen mayores niveles de formación, se equivoquen de manera evidente en la formulación de su pretensión de amparo, al punto de que omitan elementos determinantes para la decisión, que, por no resultar evidentes, no son considerados de oficio por el juez. En tal eventualidad sería claro que la controversia procesal se traba en torno a elementos que son ajenos a la realidad que se pretende violatoria de los derechos fundamentales, y el pronunciamiento del juez no tendrá el efecto de cosa juzgada en relación con esos aspectos fácticos que permanecieron ajenos al proceso.”²⁰

De la temeridad:

En efecto, la temeridad es un fenómeno jurídico que acaece cuando se promueve injustificada e irracionalmente la misma acción de tutela ante distintos operadores judiciales, ya sea

¹⁶ Sentencia T-751 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ Ver, entre otras, la Sentencia T-237 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-751 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-919 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-707 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-568 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-777 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-053 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰ Ver, entre otras, la Sentencia T-053 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-560 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



de forma simultánea o sucesiva.²¹ De ahí que, desde sus inicios, esta Corporación haya advertido que dicho fenómeno, además de hacer alusión a la carencia de razones para promover un recurso de amparo que ya ha sido resuelto o se encuentra en trámite de resolución, comporta una vulneración de los *“principios de buena fe, economía y eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal.”*²²

8.- El caso concreto.

Se impone advertir para el caso de esta acción tutelar, que el núcleo fundamental de la inconformidad de la tutelante, radica en el hecho de que el juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta su grave estado de salud, para emitir el fallo.

En efecto, el Juzgado de conocimiento en primera instancia, en fallo que se revisa, negó el amparo deprecado, toda vez que consideró que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada en razón a la interposición

²¹ En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en los casos en que se formule más de una acción de tutela entre las mismas partes, por los mismos hechos y con idénticas pretensiones, el juez puede tenerla por temeraria siempre que considere que dicha actuación (i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de *“obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”*; (iii) deje al descubierto el *“abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaure la acción”*; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la *“buena fe de los administradores de justicia”*. Ver, entre otras, las sentencias T-1103 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; SU-713 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; S.V. Jaime Araujo Rentería; T-678 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-695 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-878 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-089 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-516 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; AV. Manuel José Cepeda Espinosa; T-679 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; T-389 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-621 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-266 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-660 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-497 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. SVP. Luis Ernesto Vargas Silva; T-327 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-237 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; SU-377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; SVP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-206 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; T-454 de 2015. M.P. (e) Myriam Ávila Roldán, SV. Alberto Rojas Ríos; T-596 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-001 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Luis Ernesto Vargas Silva; T-147 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, AV. Jorge Iván Palacio Palacio; T-229 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SVP. Alberto Rojas Ríos y T-185 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

²² Sobre el particular, puede consultarse la Sentencia T-327 de 1993 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en la que se examinó la temeridad en la acción de tutela a propósito de haberse incoado por la accionante dos (2) recursos de amparo cuyas pretensiones, hechos, fundamentos jurídicos y pruebas aportadas eran exactamente iguales.



en pretérita oportunidad de la misma acción, por los mismos hechos, pretensiones e identidad de partes, absteniéndose por tanto de pronunciarse de fondo del asunto.

Ahora bien, como bien se relato in extenso en la parte considerativa de esta providencia, la Corte Constitucional determina la existencia de cosa juzgada, cuando se presentan identidad de partes, de objeto y de causa entre una y otra, cuando se adelante la segunda tutela luego de ejecutoriada la sentencia que resolvió el asunto de fondo.

No obstante, respecto de la identidad de causa, ha efectuado ciertas precisiones, advirtiendo que aquella no se configura *“cuando se presentan “nuevos hechos o un motivo que expresamente justifique la interposición” de la acción de tutela, o “elementos nuevos que varían sustancialmente la situación inicial”, o, en otras palabras, una “situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos.”*.

Así mismo la cosa juzgada no se configura cuando: *“se observan “elementos jurídicos nuevos, los cuales fueron desconocidos por el actor y no tenía manera de haberlos conocido en la interposición de la primera acción de tutela.” Al respecto, también se ha indicado que “debido a la naturaleza informal de la acción de tutela, y a su carácter de mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales, es posible que los afectados, particularmente cuando no tienen mayores niveles de formación, se equivoquen de manera evidente en la formulación de su pretensión de amparo, al punto de que omitan elementos determinantes para la decisión, que, por no resultar evidentes, no son considerados de oficio por el juez. En tal eventualidad sería claro que la controversia procesal se traba en torno a elementos que son ajenos a la realidad que se pretende violatoria de los derechos fundamentales, y el pronunciamiento del juez no tendrá el efecto de cosa juzgada en relación con esos aspectos fácticos que permanecieron ajenos al proceso.”*

Así, a efectos de determinar si en efecto hubo o no cosa juzgada constitucional en el asunto que se estudia, se hace necesario efectuar la comparación de los hechos y pretensiones de una y otra acción.



Presupuestos para la configuración de la cosa Juzgada	Primera acción de tutela	Segunda acción de tutela	Conclusión
Partes	Mallamas E.P.S.	Mallamas E.P.S.	Hay identidad de partes
Pretensión (Objeto)	La accionante solicitó: "1- COMO MEDIDA PROVISIONAL SE GARANTICE LA AUTORIZACIÓN CORRESPONDIENTE PARA LA CITA PROGRAMADA EL DÍA 8 DE AGOSTO EN EL INSTITUTO DE CANCEROLOGÍA EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ CON ESPECIALISTA EN CIRUGÍA DE CABEZA Y CUELLO Y SE HAGA EFECTIVA LA ENTREGA DE TIQUETES AÉREOS PARA MÍ Y UN ACOMPAÑANTE EN LOS TRAYECTOS IPIALES-BOGOTÁ- IPIALES, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN COMO GASTOS CONEXOS EN SALUD.	La accionante solicitó: "SE GARANTICE TRATAMIENTO INTEGRAL DERIVADO DEL DIAGNOSTICO DE TUMOR MALIGNO DE TIROIDES EN EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ, AL IGUAL QUE LOS GASTOS CONEXOS EN SALUD LAS VECES QUE SE REQUIERA ACUDIR AL MENCIONADO INSTITUTO, TIQUETES AÉREOS PARA MI Y UN ACOMPAÑANTE EN LOS TRAYECTOS IPIALES - BOGOTÁ-IPIALES, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN"	No hay identidad total de pretensiones



	2. SE GARANTICE TRATAMIENTO INTEGRAL DERIVADO DEL DIAGNÓSTICO DE TUMOR MALIGNO DE TIROIDES, AL IGUAL QUE GASTOS CONEXOS EN SALUD LAS VECES QUE SE REQUIERA ACUDIR AL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, TIQUETES AÉREOS PARA MI Y UN ACOMPAÑANTE, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN."		
Hechos o elementos que fundamentan el amparo	La accionante luego de hacer regencia al diagnóstico, advierte las acciones adelantadas para la consecución de la autorización de la cita con medico especialista en la ciudad de Bogotá, la cual tendría lugar el 8 de agosto de 2022 , además de los gastos conexos en salud para ella y una acompañante que le permitan acceder a la	La accionante luego de hacer regencia al diagnóstico, advierte las acciones adelantadas para la consecución de la autorización de la cita con médico especialista en la ciudad de Bogotá, la cual tendría lugar el 3 de octubre de 2022 , además de los gastos conexos en salud para ella y	No existe identidad total de hechos.



	referida médica.	cita	una acompañante que le permitan acceder a la referida cita médica. Relata además la interposición de la primera acción de tutela y lo acontecido con la misma.	
--	---------------------	------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Efectuada entonces la comparación antes expuesta, pese a que si se cumple el primer requisito es decir la identidad de partes, no ocurre lo mismo con el objeto y la causa, pues aquellos no son consonantes en su totalidad, recuérdese que se perseguía en la primera no solo el tratamiento integral, transporte alojamiento y alimentación, sino también la autorización de la cita programada en la ciudad de Bogotá.

De la misma manera se perseguía en la primera la autorización transporte, alojamiento y alimentación para acudir a una cita médica programada para el 8 de agosto, mientras que en la segunda, se persigue dichos servicios para la cita programada para el 3 de octubre postrero.

Recuérdese que, la Corte no contemplo similitud de objeto causa y partes, sino que habló de **identidad** de los mismos, significando con ello que uno y otro escrito de protección constitucional deben resultar idénticos, lo que no ocurre en el presente asunto.

Ora, debe tenerse en cuenta que no se tiene conocimiento, ni se ha demostrado en contrario que la tutelante no cuenta con un nivel de formación tal que le permita entender el trámite, desarrollo y consecuencias de la presente acción, de ahí que, bajo la óptica de la Corte Constitucional, la cosa juzgada no este presente en este asunto, más aún cuando evidente resulta la configuración de un nuevo hecho, esto es la programación de una nueva cita médica para el día 3 de octubre de esta anualidad.



En lo que atañe a la temeridad, lo cierto es que como se dejó anotado, existe la generación de un nuevo hecho que si bien puede fundamentarse en las mismas circunstancias de fondo, esto es, el diagnóstico y trasegar médico de la tutelante, se programó una nueva cita médica no contemplada en la primera acción, de ahí que, igualmente se descarte la existencia de temeridad y por contera se entre al estudio de fondo de la pretensión de tratamiento integral, transporte alojamiento y alimentación, para la accionante y un acompañante.

Pues bien, como se dejó anotado en antecedencia, el servicio de salud en los términos de ley y la jurisprudencia que la acompasa, debe ser integral, lo que de suyo implica, el cubrimiento de los servicios que a criterio del médico tratante se requieran, para lograr la prevención de la enfermedad, la recuperación del paciente o el mejoramiento de calidad de vida en caso de que esta no pueda ser posible en su totalidad, e inclusive el cuidado posterior a la recuperación óptima.

Así, es evidente la necesidad no solo de prestar los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, sino otorgar la forma de acceder a ellos, pues es obligación del Estado a través de las E.P.S. otorgar de manera integral los servicios de salud en los municipio no cubiertos por la prima adicional por dispersión geográfica, siendo que si no los prestan en tales condiciones, deberán asumir las erogaciones en las que incurra el paciente para acceder a los servicios prestados en lugar diferente al de su residencia, siempre que aquel no cuente con los recursos económicos para solventarlos por ellos mismos.

Las apreciaciones y peticiones de la accionada en su escrito de respuesta a esta acción, no se ajustan entonces al ordenamiento legal y jurisprudencial que rige la materia, pues obedecen a una interpretación restringida y caprichosa frente al tema.

Llama la atención entonces, que pese a los múltiples pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales que se han emitido respecto al transporte y contra MALLAMAS y demás E.P.S. pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, aun se insista en interponer barreras administrativas, se itera, bajo interpretaciones antojadizas, que lo único que causan son perjuicios en los usuarios del sistema de salud, pues agravan su enfermedad al no recibir un tratamiento oportuno.



Es que, en el asunto que ocupa la atención de este despacho, evidente resulta la limitación al tratamiento impuesto por MALLAMAS E.P.S., al no emitir la autorización de la cita a tiempo y mucho menos otorgar los medios para acceder a ella.

Téngase en cuenta que, la prescripción para la cita de control con medico cirujano de cabeza y cuello, fue emitida el 4 de abril del año cursante, siendo que la autorización tan solo se emitió el 17 de mayo postrero, negándose el 25 de julio los servicios complementarios que le permitirían, se itera, a acceder a la cita medica necesaria para la continuidad oportuna del tratamiento a seguir, en la enfermedad ruinosa que aqueja a la tutelante.

Ahora, en lo que atañe al transporte, alojamiento y alimentación de la tutelante, tal y como se dejó anotado en líneas precedentes, estos dos últimos cuando así se requiera, son un medio para acceder a los servicios médicos prescritos por el galeno tratante, de ahí que tales pedimentos deban despacharse de manera favorable, al configurarse los condicionamientos para que ello proceda de conformidad, pues además de encontrarse diagnosticada con una enfermedad ruinosa que demanda atención urgente, no se ha demostrado en contrario que aquella o su núcleo familiar tengan recursos económicos para acceder a los referidos servicios complementarios de manera particular, resultando que por el contrario al expediente se allegó carnet de la E.P.S, donde se avizora que la tutelante pertenencia al régimen subsidiado, calificada en Sisbén I, considerado este como de extrema pobreza.

Ora en lo que concierne a la acompañante, lo cierto es que la accionante cuenta con 61 años de edad, lo que la enmarca en el grupo de la tercera edad, sujeto de especial protección, de ahí que sea dable igualmente la autorización de dichos servicios complementarios, pues el solo diagnóstico alerta la atención permanente de quien acciona.

En tal sentido, y como respuesta al problema jurídico planteado, al encontrarse que MALLAMAS E.P.S.I., vulneró los derechos fundamentales de la señora DIGNA CASTRO, aunado al hecho de que se desvirtuó la existencia de cosa juzgada y temeridad, la protección



constitucional suplicada se concederá efectuando los ordenamientos de rigor.

Por lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES-NARIÑO**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia calendada a 28 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ipiales, dentro del presente trámite de acción tutelar N° 2022-00392-01, de conocimiento de esta judicatura en segunda instancia.

SEGUNDO: CONCEDER la protección constitucional incoada por la señora DIGNA CASTRO.

TERCERO: ORDENAR a MALLAMAS EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que con esta providencia se haga, disponga lo necesario para autorizar, programar e impulsar la realización de la cita de control con especialista en cirugía de cabeza y cuello en el Instituto Nacional de Cancerología.

Así mismo, brindará el tratamiento integral para la recuperación de sus padecimientos denominados “DIABETES y TUMOR MALIGNO DE TIROIDES”. Los servicios no contemplados en el plan de beneficios en salud, se prestarán respetando el presupuesto asignado a la entidad para tales fines, sin tener en cuenta las exclusiones a futuro.

En cuanto al servicio de transporte MALLAMAS EPS, tomara las medidas necesarias para suministrar el servicio de transporte NACIONAL O INTERMUNICIPAL que la paciente requiera para acceder a todos los servicios de salud que prescriban sus médicos tratantes, así como para cubrir los gastos de alojamiento y manutención, para la usuaria y un acompañante, cuando sean necesarios, de acuerdo con la ubicación de la



institución prestadora, donde la EPS autorice la prestación del servicio, atendiendo los parámetros jurisprudenciales expuestos en este fallo emitido en segunda instancia.

CUARTO: COMUNÍQUESE por Secretaría esta decisión, en la forma establecida en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, librando las comunicaciones respectivas, por el medio más expedito y con las constancias procesales de rigor, a las partes intervinientes en el presente tramite tutelar, y al Juzgado que pronunció la sentencia que se revisa.

QUINTO: CÚMPLASE por Secretaría con lo preceptuado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto debe remitirse a la Corte Constitucional para su eventual revisión, el expediente que comporta el presente trámite.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

VÍCTOR HUGO RODRIGUEZ MORAN
Juez

Firmado Por:
Víctor Hugo Rodríguez Moran
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 001
Ipiales - Nariño

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **feca8e02427e9baab6a7786680f2735686d0f76b0d169edfcae944267b9a740a**

Documento generado en 08/11/2022 06:23:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>