



San Gil, Diecinueve (19) de Octubre de Dos Mil Veintidós (2022)

Sentencia No. 043 Radicado 2022-00049-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora **MARTHA ISABEL FERNÁNDEZ DELGADO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37'892.762 expedida en San Gil (S), y en contra de la **ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL Y SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**.

I. ANTECEDENTES

La precitada ciudadana promovió acción de tutela en contra de **LA ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL Y SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, propendiendo por la protección de los Derechos Fundamentales a un Trato Digno y Justo, Igualdad y Sin Discriminación, con base en los siguientes

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado, se contrae a lo siguiente:

Afirma la inicialista, que su señor padre Juan María Fernández Porras (q.e.p.d), adquirió contrato de previsión exequial con la sociedad accionada La Ascensión, el 30 de octubre de 2014, siendo beneficiarios, su esposa Ana María Delgado de Afanador, quien contaba en ese momento con la edad de 79 años de edad, sus hijos Juan Carlos, José Luis, Martha Isabel, su nieto José Luis y su hermano Jesús María.

Informa, que su señor padre falleció el 13 de agosto hogaño, quien siempre cumplió con su obligaciones con la accionada La Ascensión; indicándose en el Parágrafo Cuarto del citado contrato se estipulo: *“PRESTACIÓN DEL SERVICIO: se prestara el servicio únicamente a las personas que se encuentren previamente escritas en el presente contrato siempre y cuando el CONTRATANTE este al día en sus pagos; sin que se informara, por dicha entidad que al fallecer un adulto mayor afectaría a su conyugue o a los beneficiarios.*

Aduce que, teniendo en cuenta el deceso de su progenitor se acercó a la sociedad acciona para continuar con el citado contrato y seguir respondiendo con el pago, a lo que la manifestaron que su progenitora estaba fuera del mismo como beneficiaria, por cuanto contaba con más de 80 años de edad, siendo que el contrato suscrito por su padre estaba vigente y no existe clausulado de exclusión por edad. Por lo anterior presentó solicitud de fecha 7 de septiembre de 2022, solicitando copia del contrato y afiliación de beneficiarios; en respuesta, le informan que el contrato está vigente y cuenta con 7 beneficiarios.

Manifiesta que, la asesora de la empresa accionada realizó el formulario N° 019675 con fecha de radicación 5 de septiembre de la presente anualidad, donde era la contratante, informándosele por dicha funcionaria que a su señora madre no la aceptaban por la edad, solicitando el 23 del mismo mes y años aclaración a la afiliación, dándosele respuesta en el sentido, que su progenitora no sería beneficiaría al superar la edad permitida de 80 años; sugiriéndosele tomar el contrato gratitud, el cual está diseñado para personas que superen la edad permitida.

Expresa que, su padre en vida y ahora como contratante es su deber y obligación acceder a salvaguardar y asegurar que ante el fallecimiento de su señora madre o algún



miembro de su familia, afiliado o beneficiario tengan las garantías que ofrece la accionada La Ascensión.

Anexó como pruebas los siguientes documentos en formato digital:

- Copia escrito de fecha 15 de septiembre de 2022 de La Ascensión.
- Copia escrito de fecha 29 de septiembre de 2022 de La Ascensión.
- Copia Contrato de Previsión Exequial.
- Copia Contrato de Previsión Exequial N° 2022019675.
- Copia cedula de ciudadanía de la señora Ana María Delgado de Afanador
- Copia cedula de ciudadanía del señor Juan María Fernández Porras
- Copia cedula de ciudadanía de la señora Martha Isabel Fernández Delgado

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la accionante, es que se tutelen los Derechos Fundamentales a un Trato Digno y Justo, Igualdad y Sin Discriminación, y que se ordene en consecuencia a LA ASCENSIÓN, que active y asegure la protección de servicios exequiales a su señora madre Ana María Delgado Afanador y a su grupo familiar, en caso de defunción, dando continuidad al plan exequial suscrito por su padre Juan María Fernández Porras el 30 de octubre de 2014, y teniéndola como nueva contratante, como se estipulo en el registro de actualización de fecha 05 de septiembre de 2022, según formulario 019675; y ordenar a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, ser parte en la presente acción, e informar sobre el conocimiento si la sociedad LA ASCENSIÓN accionada, ha discriminado a personas adultas mayores y si existe algún rango de edad para afiliación a seguros exequiales.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto virtual según acta N° 5186, este Despacho mediante auto del 06 de octubre de 2022, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado a la LA ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL y SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, accionadas respectivamente, de la demanda de tutela, a fin de que se hiciera pronunciamiento y ejercieran su Derecho Constitucional de Defensa y Contradicción.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LA ENTIDAD ACCIONADA

LA ASCENSIÓN S.A.

Respondió el requerimiento del Despacho vía E-mail recibido el 10 de octubre de 2022, mediante memorial suscrito por el señor GUILLERMO JULIO CHAVES OCAÑA, en su calidad de Representante Legal de la aquí accionada, quien fundamenta su defensa, indicando que, frente a los hechos, la presente demanda constitucional no cumple con el parámetro del artículo 5 del artículo 82 del C.G.P., por cuanto los hechos esgrimidos por la accionante no se encuentran debidamente numerados; por consiguiente, se debió dar cumplimiento al artículo 90 *ibídem*, en lo concerniente, a que el Despacho debió inadmitir la demanda, para que la actora procediera a su subsanación.

Destaca que, no obstante procede a contestar los hechos, indicándose, que suscribieron con el señor Juan María Fernández Porras (Q.E.P.D), contrato de prevención exequial, de vigencia 20 de octubre de 2014 al 13 de agosto de 2022, fecha de terminación, por el fallecimiento del contratante, teniendo como consecuencia un cese en la cobertura de la citada convención; posteriormente, la aquí tutelante manifestó querer seguir con la



cobertura para los beneficiarios que estaban registrados en el citado documento suscrito por su padre, a lo cual se le informó, la imposibilidad de incorporar nuevamente a los beneficiarios antes registrados, que para su nuevo ingreso y cobertura se debían ajustar a las políticas contractuales vigentes respecto a la edad y parentesco, situación que no podría predicarse respecto de la señora Ana María Delgado, por cuanto superaba los 80 años de edad, manifestando: “...*al haber incorporado a esta persona dentro del contrato, a pesar de la información suministrada por el asesor, el contrato nunca surtió efectos jurídicos y se mantuvo en un estado de inactividad, hasta tanto no se retirara del mismo a la señora Ana María Delgado...*”; lo anterior comunicado en respuesta dada el 29 de septiembre de 2022, contestación, en la cual se le informa las alternativas para las personas que superan la edad permitida, las cuales pueden ser protegidas en el Plan Gratiud.

Manifiesta, que en cuanto a la certificación de vigencia del contrato No. 50034957 de fecha 15 de septiembre hogaño, suscrito por el padre fallecido de la accionante, en dicha comunicación no se indica aspecto alguno de vigencia del vínculo, solamente se brindó información de las personas registradas como beneficiarias.

Indica, que por el fallecimiento de una de las partes de la relación contractual, se extingue el vínculo jurídico y la cesación de las obligaciones; que los servicios prestados por la sociedad, se enmarcan por una relación contractual de carácter comercial, por consiguiente para acceder a la prestación existen condiciones previamente definidas que se deben cumplir para poder acceder a los mismos; para el año 2022 se estipuló como edad máxima para la incorporación de beneficiarios la edad de 80 años; y se ofreció alternativas para que se incorporar la progenitora de la accionante, según comunicación de 29 de septiembre de 2022.

Argumenta, que la actora cuenta con otros mecanismos judiciales más idóneos mediante los cuales puede acceder para solicitar su debida restitución.

Anexa como probatoria lo siguiente:

- Copia contestación acción de fecha 29 de septiembre de 2022.
- Copia Certificado de Existencia y Representación Legal.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por vía correo electrónico recibido el 11 de octubre de 2022, a través de la señora NEYIRETH BRICEÑO RAMIRÉZ, actuando como Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial, de la entidad, manifestó, sobre las funciones administrativas para la defensa del consumidor, destacando que, con fundamento en las facultades de inspección y vigilancia conferidas por el Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 4886 de 2011, le corresponde aplicar las disposiciones relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios contenidas en el Decreto 3466 de 1982, antiguo Estatuto de Protección al Consumidor, hoy Ley 1480 de 2011, es la defensa efectiva de los derechos de los consumidores, adecuándolo a lo que alude la Constitución Política en el artículo 78 cuando dice: “*serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios*”.

Que la Dirección de Protección al Consumidor tiene competencia para adelantar investigaciones administrativas de protección al consumidor de carácter general, en donde el objeto primordial es la tutela o protección del interés general de toda la comunidad, no del interés particular y concreto de cada individuo, competencia que está a cargo de la Justicia Civil Ordinaria, o de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia, en los términos establecidos en la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor; por lo que la Dirección de Protección al Consumidor, en caso de



encontrar como resultado de una Investigación que han sido vulneradas las normas contenidas en el Estatuto del Consumidor, está facultada para imponer multas pecuniarias en favor del Estado y para impartir órdenes administrativas cuando a ello hubiere lugar, pero no para dirimir conflictos de índole privada ni para declarar derechos de carácter particular y concreto.

Indicándose que, frente al caso concreto y de acuerdo con la información contenida en el sistema trámites de la Entidad y a la información suministrada por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, se informa que *“NO se encontró queja, reclamación ni demanda”* de la accionante en contra los accionados, relacionada con los hechos y pretensiones de la demanda constitucional.

Manifestándose que, si bien es cierto, son competentes para verificar la información que se ha suministrado a los consumidores acerca de las modificaciones y restricciones en la prestación de los servicios funerarios y los canales a través de los cuales se ha suministrado dicha información, no lo son, en lo relacionado con el contenido del contrato y su clausulado lo cual estaría dentro del marco de la jurisdicción civil y eventualmente la Delegatura Jurisdiccional de la Superintendencia, según la naturaleza del asunto y a elección del ciudadano; observando, que lo pretendido por la parte actora está enmarcado en obligaciones de orden contractual, hechos en los que no corresponde a la Entidad emitir concepto o manifestaciones de fondo, como tampoco adelantar actuaciones ni investigaciones de carácter administrativo, por carecer de competencia.

Finaliza informando, que siendo una autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales y como quiera que en el presente asunto la SIC no adelanta demanda jurisdiccional alguna, es claro que, en este caso, el juez de tutela de conocimiento de la misma, es quien goza de competencia para conocer y pronunciarse respecto a la acción, ya que el accionado llamado a responder es una persona jurídica distinta al ente ficticio *“-persona jurídica de orden público-, Superintendencia de Industria y Comercio”*; indicándose, que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante, por acción u omisión de ningún tipo, máxime, cuando las atribuciones conferidas por mandato legal y en especial las conferidas por el Decreto 4886 de 2011 no le otorgan dichas facultades.

Como pruebas allega copia de los siguientes documentos:

- Copia adjunto informe de tutela.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir



ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES

El presente libelo fue interpuesto por la señora MARTHA ISABEL FERNÁNDEZ DELGADO, considerando vulnerados los Derechos Fundamentales a un Trato Digno y Justo, Igualdad y Sin Discriminación, por parte de las accionadas. Así, en el caso bajo estudio, este Despacho encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa cumpliéndose con los presupuestos que la Honorable Corte Constitucional ha determinado para admitir la procedencia de la tutela en interés del tercero.

De igual manera, la ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO están legitimadas por pasiva en la medida en que se le atribuye la supuesta vulneración de los Derechos Fundamentales de la accionante.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer, si la ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL, y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, respectivamente,



conculcaron o no las prerrogativas fundamentales de la accionante, aparentemente sus Derechos a un Trato Digno y Justo, Igualdad y Sin Discriminación, por el hecho de no activar y asegurar la protección de servicios exequiales a su señora madre Ana María Delgado Afanador y a su grupo familiar, en caso de defunción, dándose continuidad al plan exequial suscrito por su padre Juan María Fernández Porras (q.e.p.d.) el 30 de octubre de 2014, y si es la acción de tutela el medio idóneo para tal fin, conforme las subreglas trazadas por la Jurisprudencia Superior.

VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

TUTELA COMO MECANISMO SUBSIDIARIO

De igual manera, es indispensable traer a colación los preceptos que la alta corporación constitucional ha demarcado respecto de la tutela como mecanismo principal, subsidiario y transitorio, que en sentencia SU-544/01¹, expresó:

“(...) Tutela como mecanismo principal de protección.

8. La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).

En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial.

(...)

a) Hay situaciones de hecho absolutamente consolidadas e irreversibles, en las cuales, razones de orden natural impiden una protección integral que mantenga el derecho fundamental en el mismo estado en que se encontraba antes de su vulneración. Por ejemplo, bienes personalísimos como la vida y la integridad personal, que resultan perdidos o disminuidos como consecuencia de un peligro creado por una autoridad pública.

(...)

Tutela como mecanismo transitorio de protección. Consideraciones generales.

10. Como lo ha explicado esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo excepcional que sólo puede ser empleado ante la ausencia de otro u otros instrumentos judiciales considerados principales u ordinarios. El carácter subsidiario de la acción de tutela condiciona el ejercicio del derecho público subjetivo que tienen las personas para acudir ante los jueces, en demanda de la protección prevista en el artículo 86 de la Carta Política.

Sin embargo, el constituyente permite que, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, la solicitud de tutela pueda ser presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La posibilidad de dar trámite a una petición de amparo como mecanismo transitorio requiere, en primer lugar, demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, en segundo lugar, la existencia de otro mecanismo de defensa

¹ Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.



judicial. Este último, considerado como instrumento judicial principal u ordinario, deberá ser de una entidad tal que por sus características pueda ser homologado temporalmente, es decir, mientras se tutela “transitoriamente”. Estos elementos no pueden, nuevamente, considerarse en abstracto, sino a partir de las condiciones propias del proceso.

Improcedencia cuando se ha consumado la vulneración. No hay perjuicio irremediable, cuando no es viable la protección in natura del Derecho Fundamental.

11. El trámite de la tutela como mecanismo transitorio exige la existencia de un perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario deberá demostrar que se encuentra frente a un riesgo que, según la jurisprudencia, se caracteriza por lo siguiente:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e



impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas". Sentencia T-225 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Cabe señalar que la eventualidad de un perjuicio que reúna estas características no es materia que pueda apreciarse al margen de los derechos constitucionales amenazados. Si bien el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política autoriza la tutela como mecanismo transitorio, ello no implica que el demandante esté relevado, en algunos casos, de precisar el carácter de la amenaza al derecho fundamental y que el juez, mucho menos, esté en libertad de ordenar la protección constitucional al margen de toda consideración sobre los derechos fundamentales en peligro. **Por el contrario, la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona.**

La existencia de dicho menoscabo, que supone la adopción de medidas urgentes, requiere un análisis sobre los hechos acaecidos a fin de establecer si el derecho fundamental realmente está en peligro inminente. Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación. Sin embargo, se repite, dicho análisis no es abstracto. Únicamente las circunstancias particulares y los derechos involucrados en el caso, podrán indicar si resulta procedente la medida cautelar.

Dicho análisis, por otra parte, deberá llevar a establecer si realmente es posible "restablecer" el derecho fundamental violado. Como se ha indicado antes (ver fundamento jurídico 9) circunstancias naturales, jurídicas o institucionales, pueden hacer imposible que el derecho se restablezca, en el sentido de volver las cosas al estado anterior. Esta consideración parte de reconocer que existe la posibilidad de que hechos amenazantes no agoten el derecho, sino que el perjuicio reviste cierto carácter de tracto sucesivo². (...)"

Ahora bien, en lo que respecta al requisito de subsidiariedad, la H. Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado, trayendo a colación lo manifestado en la sentencia T-206 de 2019³, que sobre el particular expresa:

"(...) 3.4. Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política⁴, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela⁵ y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

² Sobre el particular, ver sentencia T-823 de 1999

³ Corte Constitucional, sentencia T-206 del 16 de mayo de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

⁴ Constitución Política, art.86: "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".

⁵ Decreto 2591 de 1991, art. 8.



De lo anterior se desprende que el amparo constitucional es residual y subsidiario a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico y, en esa medida, cuando la pretensión versa sobre el reconocimiento de derechos o de intereses colectivos, la tutela -en principio- no es procedente, habida cuenta de que para ese fin existe la acción popular⁶. (Énfasis fuera de texto)

Conforme a la doctrina constitucional, para que la tutela proceda y prevalezca en caso de afectación de un interés colectivo, es necesario (i) que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea "consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo". Además, (ii) el peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; (iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no debe ser hipotética, sino que debe aparecer expresamente probada en el expediente. Y (iv) finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y "no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza"⁷. (...)

IX. CASO EN CONCRETO

La señora MARTHA ISABEL FERNÁNDEZ DELGADO identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37'892.762 expedida en San Gil (S), acciona en contra de la ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL y SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, respectivamente, propendiendo por la protección de sus Derechos Fundamentales a un Trato Digno y Justo, Igualdad y Sin Discriminación.

Afirma la libelista, que su señor padre Juan María Fernández Porras (q.e.p.d), adquirió contrato de previsión exequial con la sociedad accionada La Ascensión, el 30 de octubre de 2014, siendo beneficiarios, su esposa Ana María Delgado de Afanador, quien contaba en ese momento con la edad de 79 años de edad, sus hijos, nieto y hermano; Informa, que su padre falleció el 13 de agosto hogaño, quien siempre cumplió con su obligaciones con la accionada; que, teniendo en cuenta el deceso de su progenitor se acercó a la sociedad acciona para continuar con el citado contrato y seguir respondiendo con el pago, a lo que la manifestaron que su progenitora estaba fuera del mismo como beneficiaria, por cuanto contaba con más de 80 años de edad, siendo que el contrato suscrito por su padre estaba vigente y no existe clausulado de exclusión por edad. Por lo anterior presentó solicitud de fecha 7 de septiembre de 2022, solicitando copia del contrato y afiliación de beneficiarios; en respuesta, le informan que el contrato está vigente y que contaba con 7 beneficiarios.

Manifiesta que, la asesora de la empresa accionada realizó el formulario N° 019675 con fecha de radicación 5 de septiembre de la presente anualidad, donde era la contratante, informándosele por dicha funcionaria que a su señora madre no la aceptaban por la edad, solicitando el 23 del mismo mes y años aclaración a la afiliación, dándosele respuesta en el sentido, que su progenitora no sería henificaría al superar la edad permitida de 80 años; sugiriéndosele tomar el contrato gratitud, el cual está diseñado para personas que superen la edad permitida.

En la respuesta dada por el señor GUILLERMO JULIO CHAVES OCAÑA , en su calidad de Representante Legal de la aquí accionada La Ascensión, indica que, frente a los hechos, la presente demanda constitucional no cumple con el parámetro del artículo 5 del artículo 82 del C.G.P., por cuanto los hechos esgrimidos por la accionante no se encuentran

⁶ El artículo 88 del ordenamiento superior establece la acción popular -regulada en la Ley 472 de 1998- como el mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos. El art. 4° Ley 472 de 1998, relaciona los derechos e intereses colectivos susceptibles de ser protegidos mediante las acciones populares, entre los que se encuentran los atinentes al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el derecho a la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente, así como la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos.

⁷ Sentencia T-1451 de 2000, citada en las sentencias SU-1116 de 2001 y T-420 de 2018.



debidamente numerados; por consiguiente, se debió dar cumplimiento al artículo 90 *ibídem*, en lo concerniente, a que el Despacho debió inadmitir la demanda, para que la actora procediera a su subsanación.

Argumenta, que suscribieron con el señor Juan María Fernández Porras (Q.E.P.D), contrato de prevención exequial, de vigencia 20 de octubre de 2014 al 13 de agosto de 2022, fecha de terminación, por el fallecimiento del contratante, teniendo como consecuencia un cese en la cobertura de la citada convención; posteriormente, la aquí tutelante manifestó querer seguir con la cobertura para los beneficiarios que estaban registrados en el citado documento suscrito por su padre, a lo cual se le informó, la imposibilidad de incorporar nuevamente a los beneficiarios antes registrados, que para su nuevo ingreso y cobertura se debían ajustar a las políticas contractuales vigentes respecto a la edad y parentesco, situación que no podría predicarse respecto de la señora Ana María Delgado, por cuanto superaba los 80 años de edad, manifestando: “...*al haber incorporado a esta persona dentro del contrato, a pesar de la información suministrada por el asesor, el contrato nunca surtió efectos jurídicos y se mantuvo en un estado de inactividad, hasta tanto no se retirara del mismo a la señora Ana María Delgado...*”, lo anterior comunicado en respuesta dada el 29 de septiembre de 2022, contestación, en la cual se le informa las alternativas para las personas que superan la edad permitida, las cuales pueden ser protegidas en el Plan Gratiud.

Indica, que por el fallecimiento de una de las partes de la relación contractual, se extingue el vínculo jurídico y la cesación de las obligaciones; que los servicios prestados por la sociedad, se enmarcan por una relación contractual de carácter comercial, por consiguiente para acceder a la prestación existen condiciones previamente definidas que se deben cumplir para poder acceder a los mismos; para el año 2022 se estipuló como edad máxima para la incorporación de beneficiarios la edad de 80 años; y se ofreció alternativas para que se incorporara la progenitora de la accionante, según comunicación de 29 de septiembre de 2022; manifestando, que la actora cuenta con otros mecanismos judiciales más idóneos mediante los cuales puede acceder para solicitar su debida restitución.

Dando contestación a la presente acción, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, indica, que frente al caso concreto y que de acuerdo con la información contenida en el sistema trámites de la Entidad y a la información suministrada por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, se informa que “*NO se encontró queja, reclamación ni demanda*” de la accionante en contra los accionados, relacionada con los hechos y pretensiones de la demanda constitucional.

Manifestándose que, si bien es cierto, son competentes para verificar la información que se ha suministrado a los consumidores acerca de las modificaciones y restricciones en la prestación de los servicios funerarios y los canales a través de los cuales se ha suministrado dicha información, no lo son, en lo relacionado con el contenido del contrato y su clausulado lo cual estaría dentro del marco de la jurisdicción civil y eventualmente la Delegatura Jurisdiccional de la Superintendencia, según la naturaleza del asunto y a elección del ciudadano; observando, que lo pretendido por la parte actora está enmarcado en obligaciones de orden contractual, hechos en los que no corresponde a la Entidad emitir concepto o manifestaciones de fondo, como tampoco adelantar actuaciones ni investigaciones de carácter administrativo, por carecer de competencia.

ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL CGP EN ASUNTOS RELACIONADOS CON EL ESCRITO DE TUTELA Y SU TRAMITE

Como primera medida, el Despacho entrara a estudiar la manifestación efectuada por la accionada La Ascensión S.A., en el sentido de que este Estrado Judicial, debió haber inadmitido la presente acción de tutela, al no observarse las reglas del numeral 5 del artículo 82 del C.G.P., por cuanto los hechos esgrimidos por la accionante no se encuentran debidamente numerados; de importancia, señalar al Representante Legal de la citada, que



en aplicación del principio de informalidad en la presentación de la acción de tutela, sólo se requiere de una narración de los hechos que la originan, el señalamiento del derecho que se considera amenazado o violado, sin que sea necesario citar de manera expresa la norma constitucional infringida; adicionalmente, la presentación de la acción no requiere de apoderado judicial, y en caso de urgencia, o cuando el solicitante no sepa escribir, o sea menor de edad, podrá ser ejercida de manera verbal, por consiguiente este Estrado Judicial, no comparte la manifestación de la sociedad accionada, de dar cumplimiento a la normativa del C.G.P., siendo como se indicó, prevalece el requisito de informalidad en la presentación de la acción. Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia T-317 de 2009, señaló: *“De acuerdo con el principio de informalidad, la acción de tutela no está sometida a requisitos especiales ni fórmulas sacramentales que puedan implicar una prevalencia de las formas sobre la búsqueda material de protección de los derechos de las personas que la invocan. Así por ejemplo, la tutela puede ser solicitada de manera verbal en caso de urgencia, o cuando el solicitante sea menor de edad, o no sepa escribir; no se requiere de apoderado judicial; y no es necesario citar el artículo en el que se encuentra la norma constitucional infringida, siempre que se identifique de manera suficiente cuál es el derecho que se considera amenazado o violado, y se narren los hechos que lo originan⁸.”*

ANALISIS DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL PRESENTE CASO

En segundo lugar, sobre el principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos que surjan entre personas naturales o jurídicas deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales.

Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia T-406 de 2005, en la que indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.” De acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar qué: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.” (Sentencia T – 072 de 2011).

⁸ Ver, entre otras, sentencias T-585/05, T-227/06, C-889/02, T-594/99, T-389/97 y T-501/92.



Reitérese, que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela, con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución, que impone a las autoridades de la República, proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, por medio de los distintos mecanismos judiciales previstos en la Ley "... De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991: "Artículo 86. [...] 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**". "Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando **existan** otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**. La **existencia** de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su **eficacia**, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante". (Subrayas del texto). (...)⁹".

Hilando lo anterior y el aspecto jurídico constitucional que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar, este Juzgado considera que la presente acción constitucional no está llamada a prosperar en razón a que para el presente caso se debe dar aplicación a la regla general de improcedencia que ha decantado la Honorable Corte Constitucional a lo largo de su Jurisprudencia, que impide el abordaje de la acción de tutela como mecanismo principal o subsidiario precisamente por no encontrarse cumplido el requisito de subsidiariedad en lo que tiene que ver con los pedimentos de tutela que busca la accionante deben ser ordenados a la ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL y/o la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Como lo manifestado por la accionante, alegando la violación de sus derechos fundamentales, es que a través de esta acción constitucional se posibilite o habilite el escenario para atacar la relación contractual, por medio de la cual se desafilió a su señora madre Ana María Delgado de Afanador, del Contrato de Previsión Exequial firmado por su señor padre Juan María Fernández Porras (q.e.p.d) y la accionada La Ascensión S.A., el 30 de octubre de 2014; indicándose que el mismo sigue vigente; lo cierto es que para dicho objetivo cuenta con la Jurisdicción Civil Ordinaria, de existir los presupuestos para ello; puesto que la acción de tutela y la intervención del Juez Constitucional, no debe desplazar la competencia de la autoridad administrativa o el Juez Natural, evento en el cual el precedente jurisprudencial constitucional es exigente a la hora de dilucidar tales asuntos por la vía de la acción de amparo, más aun cuando no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable.

Rememórese que la tutela no puede concebirse como un medio judicial que sustituya lo mecanismos consagrados en la constitución y en las leyes, ni como proceso alternativo para que el interesado pueda escoger a cambio de los ordinarios o especiales, procesos establecidos para administrar justicia y hacer efectivos los derechos constitucionales y legales, pues de ser así estaría violando el debido proceso e igualdad de los demás actores del sistema.

En el anterior entendido, se finiquitará el presente asunto previa consideración de que no se llegó al convencimiento de la amenaza o vulneración de otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten análisis y pronunciamiento de fondo de orden constitucional, razón por lo que la accionante debe acudir ante la Jurisdicción Civil para ventilar sus inconformidades, puesto que la acción de tutela y la intervención del Juez Constitucional no debe desplazar la competencia del Juez Natural, más aun

⁹ Ver Sentencia SU 0003 de 2018 Corte Constitucional.



cuando no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable dados los medios de control del proceso civil, teniendo los mecanismos eficaces para la defensa de los derechos en cuestión con que cuenta la accionante.

Además, es indispensable advertir que este Estrado no hará pronunciamiento, respecto de la valoración de las pruebas y su presunción de legalidad, toda vez que dichas circunstancias, se itera, deben ventilarse dentro del proceso que se promueva ante el Juez Natural de la controversia.

Corolario de lo anterior, el amparo constitucional no está llamado a prosperar y se deberá declarar la IMPROCEDENCIA DEL AMPARO de los derechos reclamados por la accionante, con fundamento en la concreción de la causal de SUBSIDIARIEDAD sin la existencia de perjuicio irremediable, con los demás pronunciamientos a que haya lugar. Se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Gil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la IMPROCEDENCIA de la acción de Tutela instaurada por la señora MARTHA ISABEL FERNÁNDEZ DELGADO identificada con la Cédula de Ciudadanía número 37'892.762 de San Gil (S), y en contra de la ASCENSIÓN PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN EXEQUIAL y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, con fundamento en la concreción de la causal de SUBSIDIARIEDAD sin la existencia de perjuicio irremediable, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

TERCERO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO. A costa de la parte interesada expídanse fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

QUINTO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/vjgt