

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia aunque no se hubiere interpuesto el recurso contra la decisión cuestionada

Por lo anterior, y pese a que en el presente asunto la parte apoderada no cuestionó por la vía judicial ordinaria la decisión del juez de rechazar de plano el incidente de liquidación de la condena en concreto, encuentra la Sala que es viable, por este aspecto, viabilizar el estudio de fondo del amparo invocado pues de por medio se encuentran los intereses de quien no ha podido agenciar sus derechos en nombre propio [dada su condición de diversidad funcional], en un asunto que repercute precisamente en el mejoramiento de sus condiciones de vida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción de tutela pese a la no interposición de un recurso con base en la trascendencia de los derechos del menor, Consejo de Estado, providencia de 3 de mayo de 2007, radicado No. 2006-00815-00 AC, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Corte Constitucional, T-156 de 2009.

ACCION DE TUTELA - Se cumple el requisito de Inmediatez

Adicionalmente encuentra la Sala que la providencia que se está cuestionando en últimas, esto es aquella que decidió rechazar de plano el incidente de liquidación de condena en abstracto -por extemporáneo-, data del 18 de noviembre de 2009, por lo cual, en principio, podría concluirse que no reúne el requisito de inmediatez. A pesar de ello, en el presente asunto debe resaltarse que a partir de dicho momento la familia del afectado ha desplegado una actuación, que si bien no fue la indicada procesalmente, ha estado dirigida a que, por la vía ordinaria judicial, se viabilice la liquidación a que se ha hecho referencia. Además de lo anterior, y de manera similar a lo que previamente se refirió, en el presente asunto se está discutiendo un asunto que afecta directamente a una persona con discapacidad, quien, por lo mismo, no ha podido ejercer de manera directa su defensa.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance y contenido del derecho de acceso a la administración de justicia, Corte Constitucional, sentencias C-426 de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil, C-177 de 17 de noviembre de 2005, M.P. Doctor Jaime Córdoba Triviño, y T-717 de 2011.

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - garantía a la población con discapacidad / RECHAZO DEL INCIDENTE DE LIQUIDACION DE CONDENA - Inobservancia de normas superiores que garantizan el derecho de acceso a la administración de justicia a personas con discapacidad

En tratándose del derecho al acceso a la administración de justicia de personas con diversidad funcional, máxime en casos como el presente en el que las capacidades físicas y mentales del joven Díaz Bustos se encuentran claramente disminuidas, el Estado debe propender por garantizar al máximo el contenido material del mismo, en la medida en que no se encuentra en igualdad de circunstancias a aquél que con el pleno ejercicio de sus facultades puede exigírsele el cumplimiento irrestricto de una normatividad procesal caracterizada por la perentoriedad de términos y etapas, mucho más si con ello lo que se están perjudicando son los intereses del sujeto de especial protección y el mejoramiento

de las condiciones de vida [que le fueron desmejoradas por una falla médica del propio Estado]...Aunque debe admitirse que la autoridad judicial actuó de conformidad con el ordenamiento procesal legal, rechazando un incidente que fue presentado por fuera del término, lo cierto es que tomando en cuenta máximas constitucionales [claramente definidas desde 1991 y, por tanto, exigibles en el presente asunto] y del derecho internacional de los derechos humanos, en el presente asunto se evidencia una situación particular y compleja que, analizada en conjunto, permite a la Sala concluir que se impone la protección de los derechos invocados... el joven Marco Antonio Díaz Bustos se encuentra en situación de debilidad y vulnerabilidad, la cual exige la protección máxima de sus derechos; por lo que, una actuación negligente de quienes lo representaron dentro de un proceso judicial no puede incidir de manera definitiva -sancionatoria- de cara a sus legítimas reclamaciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CONSTITUCION POLITICA -
ARTICULO 47

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01702-00(AC)

Actor: ROSA AMELIA BUSTOS SIERRA Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por Marco Antonio Díaz Bustos, quien actúa representado por su progenitora [la señora Rosa Amelia Bustos Sierra] y su curador provisional [el abogado Pablo César Díaz Barrera¹] contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B por haber proferido el Auto de 18 de noviembre de 2009, mediante el cual rechazó de plano el incidente de liquidación de condena propuesto dentro de la acción de reparación directa adelantada contra la Caja Nacional de Previsión Social.

¹ A quien además la señora Rosa Amelia Bustos Sierra le confirió poder para su representación.

EL ESCRITO DE TUTELA

MARCO ANTONIO DIAZ BUSTOS, representado por los señores Rosa Amelia Bustos Sierra y Pablo César Díaz Barrera, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los niños, a una vida digna, a la salud, a la educación especial y a la integridad física. Como consecuencia de la protección incoada, solicitó:

- Dejar sin efectos los Autos de 18 de noviembre de 2009, por el cual se rechazó de plano el incidente de liquidación de la condena en abstracto, y de 3 de febrero de 2010, a través del cual se archivó el proceso de reparación directa adelantado contra la Caja Nacional de Previsión Social; y,
- Ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B que, en cumplimiento de la Sentencia proferida por el Consejo de Estado - Sección Tercera, ordene la practica de un nuevo dictamen pericial a cargo de médicos neurólogos *“para que se evalúe al joven discapacitado MARCO ANTONIO y se establezca la naturaleza, periodicidad, duración y valor de las atenciones personales, médicas y terapias que el discapacitado ha necesitado hasta el momento y que bajo el título de indemnización futura necesitará hacia delante.”*.

Como fundamento de la protección constitucional invocada expuso los siguientes supuestos [fácticos y argumentativos]:

Marco Antonio Díaz Bustos padece una incapacidad física y mental permanente por un daño cerebral originado en la negligencia médica que se presentó al momento de su nacimiento.

Como consecuencia de lo anterior y a través del abogado Carlos Eduardo Sáchica Méndez², se inició, el 29 de abril de 1994, acción de reparación directa contra la

² Fallecido el 11 de octubre de 2010.

Caja Nacional de Previsión Social, cuyo conocimiento le correspondió, en primera instancia, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B.

La referida autoridad judicial profirió Sentencia el 29 de junio de 1999, a través de la cual declaró administrativamente responsable -por falla en el servicio médico- a la Caja Nacional de Previsión Social.

Efectuado el trámite de apelación respectivo el Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección B, mediante providencia de 13 de agosto de 2008, ratificó la declaración de responsabilidad, ordenando el pago de perjuicios morales, daño emergente, lucro cesante y daño de la vida en relación. En el numeral 4º de la parte resolutive, concretamente, se expresó:

“...CONDENESE en abstracto a la Caja Nacional de Previsión Social a pagar a favor de MARCO ANTONIO DIAZ BUSTOS, la indemnización debida y la indemnización futura por concepto de daño emergente correspondiente a los gastos de atención personal, atención médica y terapias no reconocidas por el a quo, comprendidos en los numerales 7.21.2 y 7.22.2 de esta providencia, de acuerdo con la liquidación que haga el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en las bases establecidas en la parte motiva de esta sentencia”.

El 13 de noviembre de 2008 el expediente fue devuelto al Tribunal de origen, Corporación que, luego del informe secretarial de 10 de diciembre de 2008 en el que no se advirtió lo decidido en el numeral 4º de la parte resolutive de la Sentencia de segunda instancia, profirió el Auto de 18 de diciembre de 2008, por el cual se dispuso obedecer y cumplir lo decidido por el Consejo de Estado en providencia de 13 de agosto del mismo año. A pesar de lo anterior, en esta última providencia no se hizo referencia al término para ordenar la práctica del dictamen pericial requerido para concretar la condena que se efectuó en segunda instancia en el numeral ya citado. Agregó:

“Dicha situación incumple claramente el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. En cuando el artículo dispone que el auto dispondrá la forma como se dará cumplimiento.”.

Mediante memorial de 17 de julio de 2009 el abogado Carlos Eduardo Sáchica Méndez, entonces apoderado de la parte actora dentro de la acción de reparación directa, solicitó al Tribunal dar trámite a la liquidación de la condena en abstracto referida a la indemnización debida y futura por daño emergente [gastos de atención personal y médica].

Por Auto de 9 de septiembre de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B le ordenó a la parte actora presentar la solicitud en los términos del artículo 137 del C.P.C., con el objeto de adelantar la liquidación decretada por el Consejo de Estado - Sección Tercera. En atención a lo anterior el 18 de septiembre de 2009, 3 días después de la notificación por Estado de la decisión, el apoderado presentó la solicitud formal de incidente de liquidación.

No obstante lo anterior, mediante Auto de 18 de noviembre de 2009 el Tribunal accionado rechazó de plano el incidente formulado, argumentando para el efecto que aquél era extemporáneo al tenor de lo establecido en el artículo 172 del C.C.A. Agregó:

“11. Realizada la verificación en el sistema de información y control de procesos de la Rama Judicial el día 22 de enero de 2009, se observa que el proceso en curso se encuentra en ARCHIVO, Caja No. 23056. Lo que significa que si el entonces apoderado de mi ahora representado debía haber presentado el incidente sin que el Tribunal hubiera acatado la orden del Consejo de Estado de ordenar el dictamen pericial, igualmente solo contó tan solo (sic) con un par de días para interponer el incidente de liquidación de la condena en abstracto proferida por el H. Consejo de Estado”.

Dicha evidencia permite concluir que el Tribunal vulneró el contenido del artículo 172 del C.C.A. con un claro desconocimiento de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Por el Auto de 3 de febrero de 2010 el Juez colegiado accionado ordenó archivar el expediente. Con ocasión de ello, la señora Rosa Amelia Bustos Sierra le solicitó al Tribunal ordenar el desarchivo del expediente, advirtiendo que incluso antes de vencerse el término para formular el incidente de liquidación el expediente ya estaba en el archivo. La anterior petición, no obstante, no fue contestada.

El 13 de diciembre de 2010 el abogado Pablo César Díaz Barrera, actuando en condición de apoderado de los padres del joven Marco Antonio Díaz Bustos, le solicitó al Tribunal revocar la decisión adoptada en el Auto de 18 de noviembre de 2009. Para el efecto alegó: (i) la vulneración del artículo 29 de la C.P., en razón a que el Auto de 9 de septiembre del mismo año indujo a error; y, (ii) la privación al joven discapacitado de tener unas mejores condiciones de vida *“pues los daños pendientes por determinar son precisamente la asistencia de medicamentos, una enfermera, alimentación, fisioterapias, terapia ocupacional, terapia de lenguaje, exámenes neurológicos y físicos, tratamiento especializado, gastos de educación especial, rehabilitación entre otros.”*

Por Auto de 2 de febrero de 2011 el Tribunal negó la solicitud incoada, ordenando el archivo del expediente por no verificarse vulneración alguna al derecho al debido proceso.

Previa solicitud de la parte interesada, calendada el 14 de abril de 2011 y dirigida a que se dejaran sin efecto los Autos de noviembre y diciembre de 2009, el Tribunal por Auto de 18 de mayo del mismo año se atuvo a lo resuelto en la providencia de 2 de febrero de 2011.

La actuación del Tribunal, pues, se configura en una vía de hecho al no haber decretado el dictamen pericial ordenado por el Consejo de Estado - Sección

Tercera en la Sentencia de 13 de agosto de 2008, vulnerando con ello los derechos de un joven que se encuentra en condición de discapacidad.

La acción de tutela es el único mecanismo de defensa actual por lo que el amparo reúne los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, configurándose, sin lugar a equívoco, la ocurrencia de un perjuicio irremediable

Teniendo en cuenta el objeto del dictamen pericial que ordenó practicar el Consejo de Estado, es evidente que los derechos a la educación, salud y vida de una persona en condición de discapacidad se encuentran quebrantados. Tampoco puede pasarse por alto que aunque Marco Antonio Díaz Bustos es ya un adolescente, su verdadera edad dado su retraso motor y psíquico lo ubica en el grupo poblacional objeto de protección en el artículo 44 de la C.P. Agregó:

“No podría pensarse que el futuro y las condiciones de vida de una persona con la discapacidad de Marco Antonio dependieran de las responsabilidades de terceros, el Consejo de Estado justamente realizó un reconocimiento de derechos previendo las necesidades a futuro para Marco Antonio, el derecho adquirido a la indemnización debida y futura por el daño emergente constituye la garantía de una vida digna, del derecho a la salud y del derecho a la educación.”.

La actuación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B evidencia: **un defecto procedimental**, en la medida en que una lectura de la Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera permite concluir que se le ordenó al juez de primera instancia decretar un dictamen pericial y no seguir el procedimiento del artículo 172 del C.C.A.; y, **una violación directa a la Constitución y a la legalidad**, en atención a que se desconoció la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, quebrantándose los derechos fundamentales aquí invocados.

Finalmente, precisó la parte actora que **en el Auto de 18 de noviembre de 2009** el Tribunal no dispuso lo pertinente para dar cumplimiento a la orden de su superior, vulnerando de esta manera lo dispuesto en el artículo 362 del C.P.C.,

omitiendo, además, hacer referencia alguna a los artículos 172 del C.C.A. y 137 del C.P.C. Adicionalmente, se exigió el cumplimiento de un término [60 días] cuando el expediente se encontraba en archivo, por lo cual, atendiendo a la filosofía de los artículos 120 y concordantes del C.P.C., ello no podía ocurrir, pues es indispensable que el expediente esté a disposición de las partes.

LAS PROVIDENCIAS ACUSADAS

- Por Auto de 18 de diciembre de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección B, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Alberto Vargas Bautista, dispuso, conforme lo establece el artículo 362 del C.P.C., obedecer y cumplir la providencia de 13 de agosto de 2008 del Consejo de Estado - Sección Tercera [para el efecto transcribió su parte resolutive]. Agregó (fls. 55A y 56 del expediente) :

“Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría de la Sección, los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvase al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el artículo séptimo y noveno del acuerdo No. 2552 de 2000, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Una vez cumplido lo ordenado en el párrafo anterior, por Secretaría de la Sección, archívese el proceso de la referencia conforme lo dispone el artículo 126 del Código de Procedimiento Civil.”

- La parte actora formuló el 18 de septiembre de 2009 el incidente con el objeto de obtenerse la liquidación de la condena en abstracto (fls. 60 y 61). No obstante lo anterior, el Tribunal por Auto de 18 de noviembre de 2009 rechazó de plano el mismo por considerarlo extemporáneo al tenor de lo establecido en el artículo 172 del C.C.A. (fls. 62 a 64).

Con tal objeto se precisó que el Auto de obedecer lo ordenado por el Consejo de Estado - Sección Tercera se profirió el 18 de diciembre de 2008 y se notificó por estado del 14 de enero del año siguiente, por lo que la parte interesada contaba hasta el 20 de abril de 2009 para iniciar esta diligencia.

- Por Auto de 3 de febrero de 2010 el Tribunal ordenó el archivo del proceso (fls. 69 y 70).

ACTUACION PROCESAL DE INSTANCIA

El Despacho de la Consejera Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez admitió la acción de tutela ordenando notificarla al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B y a la Caja Nacional de Previsión Social representada por la Fiduciaria la Previsora S.A. [administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Cajanal]. Por haber sido negada en Sala la ponencia inicial, el expediente fue remitido a este Despacho, el cual, por Auto de 3 de febrero de 2012, vinculó a la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social [atendiendo para el efecto a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 4409 de 2004] y decretó algunas pruebas [a las cuales se hará referencia más adelante].

INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO

Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B.-

En oficio visible a folios 204 a 208 el Magistrado Carlos Alberto Vargas Bautista, en condición de integrante de la Corporación accionada y ponente de las providencias cuestionadas, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

Luego de efectuar una síntesis de las actuaciones surtidas dentro del proceso de reparación directa al que aquí se hace referencia, afirmó que el Auto de 18 de noviembre de 2009 se enmarcó dentro de la normativa aplicable al caso, teniendo en cuenta que si el Tribunal había proferido Auto de 18 de diciembre de 2008 de estarse a lo resuelto por el Consejo de Estado - Sección Tercera [notificado el 14 de enero de 2009] la parte interesada debió iniciar el incidente de liquidación a más tardar el 20 de abril de 2009; no obstante, dicha diligencia se inició por el

apoderado de los accionantes el 17 de julio de 2009, “*por lo que todo incidente presentado fuera de los sesenta días es extemporáneo y debe ser rechazado de plano, en atención a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo (...)*”.

Aunado al hecho de que la providencia cuestionada por la parte actora se encuentra debidamente razonada y, por tanto, no generó vulneración a derecho fundamental alguno, debe afirmarse que la acción es improcedente en la medida en que no cumple con el requisito de inmediatez.

Fiduciaria la Previsora S.A.-

Mediante memorial obrante a folios 101 a 106 el representante Legal de la Fiduprevisora S.A., doctor Eduardo Arce Caicedo, presentó informe sobre el asunto en litigio afirmando no estar legitimada en la causa por pasiva. Al respecto, precisó:

La Fiduciaria la Previsora S.A. no ha sido representante ni liquidadora de la Caja Nacional de Previsión. A su turno, Cajanal S.A. E.P.S. en liquidación es una entidad diferente a Cajanal EICE en liquidación.

La Previsora S.A. suscribió contrato de fiducia con Cajanal EICE en liquidación, el cual se terminó el 11 de junio de 2011 y, en consecuencia, se produjo la extinción del Patrimonio Autónomo Pensional Buen Futuro. Agregó:

“CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y la ahora llamada UNIDAD DE GESTION MISIONAL DE CAJANAL, son las entidades COMPETENTES para satisfacer el derecho de petición de la accionante, teniendo en cuenta que los ACTOS ADMINISTRATIVOS SOLO PUEDEN SER EMITIDOS POR ESA ENTIDAD, FUNCION QUE LE OTROGA (sic) LA MISMA LEY, (...)”.

Ministerio de Salud y Protección Social.-

En oficio visible a folios 197 a 200 del expediente el Director Jurídico de la cartera, doctor Javier Antonio Villarreal Villaquirán, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

Debe declararse la improcedencia de la presente acción frente al Ministerio, pues no es la entidad llamada a pronunciarse sobre los hechos que alega la parte actora. Adicionalmente, la acción de tutela solo procede para la discusión de derechos constitucionales fundamentales y no para intervenir en cuestiones de orden legal. Al respecto, precisó:

“Se tiene que la H. Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la acción de tutela por regla general no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el ejercicio de derechos de rango legal. Por ello, se ha precisado que la tutela solamente procede en forma excepcional, como mecanismo transitorio, cuando se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de la parte accionante.”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela contra decisiones judiciales.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la Sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto Ley 2591 de 1991³.

Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma

³ Disponía el referido artículo: *“Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.*

Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.

(...)”.

excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales analizar nuevamente la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo que se adoptó envuelve en realidad una vía de hecho, entendida ésta como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad.

Esta Sala, en líneas generales, comparte la jurisprudencia constitucional según la cual en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de las autoridades públicas, incluidas las de los Jueces de la República, por ello si bien esta acción resulta procedente contra providencias judiciales, ella es absolutamente excepcional en tanto que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia ha llevado a desarrollar un test para determinar: a) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales; y, b) los defectos de fondo de la providencia judicial acusada, esto con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

Bajo el rótulo de las causales de procedibilidad se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, siendo estas las siguientes: a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, e) Que se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que se haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible, f) Que no se trate de sentencias proferidas en procesos de acción de tutela, acción de cumplimiento o acción popular.

Adicionalmente si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, éste, para poder revocarla, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo⁴: a) Defecto orgánico, b) Defecto procedimental absoluto, c) Defecto fáctico, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

Análisis del caso en concreto

De conformidad con lo expuesto en el escrito de tutela encuentra la Sala que el problema jurídico por resolver consiste en determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales incoados por Marco Antonio Díaz Busts [quien actúa representado por su progenitora y curador provisional], al haber proferido las providencias de 18 de noviembre de 2009 y de 3 de febrero de 2010, por las cuales en síntesis, argumentó, se le negó la posibilidad de liquidar la condena en abstracto decretada en segunda instancia por el Consejo de Estado - Sección Tercera, dentro del proceso de reparación directa promovida contra la Caja Nacional de Previsión Social.

Teniendo en cuenta, entonces, la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencia judicial, en donde se debe acompasar, por un lado, la seguridad

⁴ a) *Defecto orgánico*: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. b) *Defecto procedimental absoluto*: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c) *Defecto fáctico*: Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d) *Defecto material o sustantivo*: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e) *Error inducido*: Se presenta cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f) *Decisión sin motivación*: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. g) *Desconocimiento del precedente*: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h) *Violación directa de la Constitución*: Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

jurídica y la autonomía e independencia de los jueces y, por el otro, la supremacía de la constitución y la justicia material, la jurisprudencia ha desarrollado una serie de requisitos que se deben superar previamente a la decisión de entrar a analizar de fondo los cargos incoados contra un pronunciamiento de una autoridad judicial.

En el presente asunto, concretamente y de las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que: (i) **la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional**, pues recae sobre el acceso efectivo y material al derecho a la administración de justicia de una persona que, además de gozar de especial protección constitucional por poseer una disminución de su capacidad física y mental, el presunto yerro se evidenció cuando era, por lo menos cronológicamente, menor de edad; (ii) dentro del escrito de tutela se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que lo llevan a atacar por esta vía las providencias judiciales; y, (iii) las providencias cuestionadas se profirieron dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Análisis especial, empero, merece en el presente asunto los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Veamos:

- En relación con el primer aspecto, ha entendido la jurisprudencia de cara a la configuración constitucional de la acción de tutela, que dicho mecanismo de amparo de derechos constitucionales fundamentales no puede ser utilizado como una instancia a la que se acude luego de haber dejado vencer los mecanismos ordinarios de defensa con los que se contaba, so pena de desnaturalizar su razón de ser dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, el juez de tutela debe ser cuidadoso al momento de analizar si el caso sometido a su consideración es susceptible de ser debatido o no en acción de tutela, máxime si lo que se encuentra de por medio es la discusión de una decisión judicial.

En el presente asunto, atendiendo al hecho de que contra el Auto que rechazó por extemporáneo el incidente de liquidación de la condena en abstracto no se

interpuso recurso alguno, habría que concluir, si se aplica en estricto rigor el test de procedencia formal de la acción, que este amparo resulta improcedente.

No obstante lo anterior, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de esta Corporación han sostenido que en situaciones excepcionales, dada la trascendencia del bien jurídico discutido y la afectación de personas en condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, dichos requisitos formales también deben ceder, pues el juez constitucional de tutela debe, como principio máximo, aplicar la Constitución y garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, en providencia T-156 de 2009, se manifestó:

“Bajo las consideraciones precedentes, por mandato constitucionales actuaciones de las autoridades judiciales que involucren menores deben regirse por el interés superior de los niños y niñas. Por consiguiente, para la corte en atención a la valoración que merecen los derechos del menor Roberto Luis Castro Contreras, quien se encuentra representado por su mamá, no es admisible constitucionalmente negarle el acceso a la administración de justicia⁵ con base en la falta de agotamiento de su recurso. En efecto, en este caso resultan aplicables los precedentes jurisprudenciales mencionados en los que la corte ha avalado la procedencia de la acción de tutela pese a la no interposición de un recurso con base en la trascendencia de los derechos del menor.

(...)

En consecuencia, teniendo en cuenta las especiales características de este caso, para la Corte es procedente la acción de tutela aún cuando no se agotó el recurso de súplica, porque la violación a los derechos fundamentales de un menor, que actúa por medio de su señora madre como representante legal, continúa y están referidos a derechos de

⁵ En la sentencia C-426 de 2202 MP. Rodrigo Escobar Gil, esta Corporación señaló sobre el alcance y contenido de este derecho, lo siguiente: “(...) el acceso a la administración de justicia se define también como un derecho medular, de contenido múltiple complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte de un proceso, y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares, (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo entorno a las pretensiones que han sido planteadas, (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas, (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos.

especial trascendencia que por mandatos constitucionales directos y del bloque de constitucionalidad, se prefieren a los de los demás.”.

Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 3 de mayo de 2007, con ponencia del Consejero doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, radicado No. 2006-00815-00 AC, manifestó:

*“Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela no puede tornarse en instrumento para suplir las deficiencias, errores y descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades de defensa judicial, también ha sostenido que ello no impide reconocer **que en determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que permitan sus defensa, lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva,** atendiendo la prevalencia del derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario, máxime si los intereses corresponden a menores, quienes no pueden resultar sacrificados en sus derechos, por la omisión de quienes los representaron en el juicio ordinario.”.*

Por lo anterior, y pese a que en el presente asunto la parte apoderada no cuestionó por la vía judicial ordinaria la decisión del juez de rechazar de plano el incidente de liquidación de la condena en concreto, encuentra la Sala que es viable, por este aspecto, viabilizar el estudio de fondo del amparo invocado pues de por medio se encuentran los intereses de quien no ha podido agenciar sus derechos en nombre propio [dada su condición de diversidad funcional], en un asunto que repercute precisamente en el mejoramiento de sus condiciones de vida.

- Adicionalmente encuentra la Sala que la providencia que se está cuestionando en últimas, esto es aquella que decidió rechazar de plano el incidente de liquidación de condena en abstracto -por extemporáneo-, data del 18 de noviembre de 2009, por lo cual, en principio, podría concluirse que no reúne el requisito de inmediatez.

A pesar de ello, en el presente asunto debe resaltarse que a partir de dicho momento la familia del afectado ha desplegado una actuación, que si bien no fue la indicada procesalmente, ha estado dirigida a que, por la vía ordinaria judicial, se viabilice la liquidación a que se ha hecho referencia. Además de lo anterior, y de manera similar a lo que previamente se refirió, en el presente asunto se está discutiendo un asunto que afecta directamente a una persona con discapacidad, quien, por lo mismo, no ha podido ejercer de manera directa su defensa. Al respecto, en la providencia previamente citada, la Sección Primera del Consejo de Estado precisó:

“No puede la Sala desconocer el tiempo transcurrido desde cuando se profirió el auto que negó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la cual se predica la vía de hecho (20 de febrero de 2001) y el momento en que se presentó la demanda de tutela (6 de julio de 2006), esto es, que entre una y otra fecha se cuentan cinco (5) años y cuatro (4) meses, lo cual conduce a la consideración de que el ejercicio de la acción no resultó oportuno.

*Sin embargo, la Sala no puede perder de vista que en el sub lite están en juego los intereses de dos menores, **SAMMY MADELYN y YURANY LIZETH ESCOBAR OLIVA**, quienes se encuentran en estado de indefensión, respecto del derecho de acceso a la administración de justicia por no haber obtenido una decisión del juez con respecto a sus pretensiones y si se enfrenta esa situación con la necesidad de actuar oportunamente en el reclamo de los derechos fundamentales (principio de inmediatez), necesariamente, habría que darle prelación a la primera, es decir, a la protección del derecho de acceso a la administración de justicia de las menores.”.*

En similar sentido, la Corte Constitucional en providencia T-717 de 2011, expresó:

49.2.3 A manera de conclusión, podemos decir entonces que si bien los requisitos de procedencia formal para la acción de tutela aumentan su rigor cuando ésta es interpuesta contra fallos judiciales, existen excepciones en las que el juez constitucional debe estudiarlos de una manera flexible, particularmente si se trata de sujetos en estado de vulnerabilidad que merecen una especial protección constitucional.”.

Por lo anterior **en razón a las características de este caso**, al amparo de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y atendiendo al hecho de que para el momento en que se generó la presunta comisión del yerro judicial el afectado era menor de edad [por lo menos desde el punto de vista cronológico] y que, además, el mismo se encuentra en condición de discapacidad [situación que no se discute, máxime cuando mediante Sentencia de 18 de noviembre de 2011 del Juzgado Trece de Familia de Bogotá se declaró en estado de interdicción por discapacidad mental absoluta a Marco Antonio Díaz Bustos, nombrándosele como guardador legítimo a su hermano Pablo César Díaz Barrera], se considera indiscutible afirmar que, por lo menos desde el punto de vista formal, la presente acción es procedente, por lo que a continuación se procederá a analizar de fondo el asunto debatido en el siguiente orden: (i) De los supuestos acreditados en el presente asunto; (ii) Del marco normativo aplicable; y, (iii) Del caso en concreto.

i) De los supuestos acreditados en el presente asunto.-

- De conformidad con la copia del registro civil de nacimiento que reposa a folio 34 del expediente, Marco Antonio Díaz Bustos, hijo de Rosa Amelia Bustos Sierra y Néstor Díaz Saavedra, nació el 1º de mayo de 1992.

- Mediante Sentencia de 29 de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera dentro de la acción de reparación directa incoada por la señora Rosa Amelia Bustos Sierra y otros contra la Caja Nacional de Previsión Social, se decidió⁶:

1º. Declarar administrativamente responsable a la Caja Nacional de Previsión Social por la lesión cerebral ocasionada al menor Marco Antonio Díaz Bustos por falla en la prestación del servicio hospitalario;

2º. Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social al pago de: **daños materiales** por valor de \$49'133.542,00 (sic); **perjuicios morales** así: 1000 gramos oro a favor del menor lesionado y de sus padres [los señores Amelia Bustos Sierra y Néstor Díaz Saavedra] y 500 gramos de oro a favor de su hermano [Pablo César Díaz Saavedra] y de sus abuelos [los señores María Emiliana Sierra de Bustos,

⁶ Con ponencia de la Magistrada doctora Fabiola Orozco de Niño.

Abel Bustos Monsalve y Angelina Saavedra Vda. de Díaz]; y, **daño fisiológico** a favor del menor por la suma equivalente a 500 gramos de oro.

3º. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

4º Negar las demás pretensiones de la demanda.

Fundó su decisión en las razones que a continuación se sintetizan:

Luego de referirse al material probatorio obrante dentro del expediente [del cual se concluyó que los procedimientos que se siguieron para el nacimiento del niño fueron los indicados pero que no se efectuó un seguimiento y atención adecuada a la hipoglicemia que sufrió] concluyó que el asunto debía analizarse de cara a la teoría de la falla probada del servicio médico. Al respecto, continuó:

“Del acervo probatorio se pudo establecer que la conducta desplegada por los galenos produjo una clara falta o falla en la prestación del servicio hospitalario, en la medida en que no se realizaron los procedimientos adecuados que exige la ciencia médica, pues de la prueba documental que obra en el expediente y de manera específica del experticio rendido por peritos en la especialidad de Neonatología, se concluye con certeza que el recién nacido presentaba un cuadro clínico consistente en disminución de ingesta, hipoactividad y dificultad en la respiración, situación que no fue atendida con la pericia y diligencia necesaria por parte del personal médico para evitar los efectos de la hipoglicemia. Más aún, con los síntomas presentados, no solo se dejaron de tomar medidas que evitaran el daño cerebral, sino que se practicó otro tipo de procedimiento, tal como remitir al paciente a consulta externa.”.

Ante dicha evidencia, empero, la accionada no demostró haber actuado con diligencia en la atención post-parto, limitándose a afirmar que al momento del nacimiento el bebé venía en condiciones normales. Para la Sala, además, no existe duda del daño [generado por la hipoglicemia neonatal] y del nexo causal [entre la falla médica y la lesión sufrida por el menor].

Por lo anterior, además de los perjuicios morales y fisiológicos referidos con claridad en la parte resolutive de la providencia, se negaron las costas y se concedieron los perjuicios materiales bajo las siguientes precisiones:

PERJUICIOS MATERIALES	
CONCEPTO	VALOR
Suma en la que han incurrido los padres por suministro de drogas, terapias físicas, fisioterapias y educación especial.	\$2'500.019,00
Indemnización a futuro: correspondiente a los gastos en los que se incurrirá para mantenerlo en condiciones adecuadas. El valor que se toma como base es el correspondiente a la educación especial.	\$19'201.044,00
Indemnización futura a partir de los 25 años: correspondiente a incapacidad laboral. El valor que se toma como base es del salario mínimo	\$45'661.342,00

- Contra la anterior decisión, además de Cajanal (fls. 180 a 182 del expediente en el que se tramitó la acción de reparación directa), la parte actora incoó recurso de apelación, argumentando para el efecto, entre otras cosas, que no se había incluido dentro del daño emergente futuro la pretensión del numeral 2, a) *“consistente en los gastos en que se debe incurrir para mantenerlo en condiciones adecuadas a su condición, gastos consistentes en la atención en un centro médico con especialidad en neuropediatría, enfermeras para atender sus necesidad (sic) fisiológicas, cesiones de fisioterapia para mejorar el área comunicativa y motriz, realización de electroencefalogramas, controles mensuales de niveles cericos de ácido valproíco y valor de los medicamentos que se le formulen; (...)*”. Agregó que la suma final reconocida en la parte resolutive de la providencia no corresponde

con aquella que resulta de adicionar cada ítem reconocido por perjuicios materiales.

- A través de providencia de 13 de agosto de 2008, el Consejo de Estado - Sección Tercera decidió (fls. 259 a 275 del expediente original):

Primero: Confirmar los numerales 1º, 3º y 5º de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera;

Segundo: Modificar el numeral 2º de la Sentencia recurrida, en los siguientes términos:

- Conceder por concepto de perjuicios morales, a cada uno, la suma de 100 smlmv a favor de Marco Antonio Díaz Bustos, Néstor Díaz Saavedra y Rosa Amelia Bustos Sierra; y la suma de 50 smlmv a favor de Pablo César Díaz Barrera, Angelina Saavedra, Abel Bustos Monsalve y María Emiliana Sierra.
- Conceder por concepto de daño emergente: la suma de \$211'758.386,95 a favor de Néstor Díaz Saavedra y Rosa Amelia Bustos Sierra;
- Conceder por concepto de lucro cesante: la suma de \$89'925.588.11 a favor de Marco Antonio Díaz Bustos; y,
- Conceder por daño a la vida en relación 300 smlmv.

Tercero: Revocar el numeral 4º de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera, así:

“CUARTO: CONDENESE en abstracto a la Caja Nacional de Previsión Social a pagar, a favor de Marco Antonio Díaz Bustos, la indemnización debida y la indemnización futura por concepto del daño emergente correspondiente a los gastos de atención personal, atención médica y terapias no reconocidos por el a quo, comprendidos en los numerales 7.2.1.2 y 7.2.2.2 de esta providencia, de acuerdo con la liquidación que haga el Tribunal de Cundinamarca con fundamento en las bases establecidas en la parte motiva de esta providencia.”.

Con tal objeto, argumentó el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Del material probatorio allegado al expediente es preciso concluir que: (i) el menor Marco Antonio Díaz Bustos sufre de un “severo daño neurológico”; (ii) no está acreditada la diligencia desplegada por Cajanal en el trabajo y en el parto mismo [llegándose a sugerir por los médicos neonatólogos la ocurrencia de una asfixia perinatal]; (iii) es evidente la falla en el servicio en que incurrió Cajanal en la atención posnatal, en el reingreso a la clínica y en la atención intrahospitalaria, enfatizándose en la falta de diagnóstico y tratamiento oportunos para la hipoglicemia; y, (iv) con base en lo anterior, está probado el nexo causal.

A continuación el Tribunal analizó la procedencia de los perjuicios materiales reclamados, efectuando la siguiente síntesis frente al daño emergente:

PERJUICIOS MATERIALES DAÑO EMERGENTE		
CONCEPTO		VALOR
Indemnización debida (gastos ya sufragados)	Atención personal y terapias	\$3'689.568,00
	Atención personal, médica y terapias no reconocidas por el <i>a quo</i> alegadas por la parte accionante en el recurso	Condena en abstracto
	Educación especial	\$159'230.599,7
Indemnización futura	Educación especial [desde la fecha de la Sentencia hasta que cumpla 25 años de edad]	\$48'838.218,8
	Atención especial - médica y terapias no reconocidas por el <i>a quo</i>	Condena en abstracto

En relación con la primera condena en abstracto referida, se afirmó que:

“... los demandantes no acreditaron la naturaleza, periodicidad, duración ni valor de dichas atenciones, razón por la cual no existen

bases suficientes para condenar en concreto por este concepto. Se proferirá, entonces, condena en abstracto. Para efectuar la liquidación respectiva, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenará la práctica de un nuevo dictamen pericial, por parte de médicos neurólogos, para que se evalúe al paciente y se establezca la naturaleza, periodicidad, duración y valor de las atenciones personales, médicas y terapias que Marco Antonio Díaz Bustos ha necesitado hasta el momento y que, bajo el título de indemnización futura necesitará hacia delante.

La Sala aclara que la condena en abstracto, y la necesidad de que se adelante el incidente de liquidación respectivo ante el a quo, no impide la ejecución de la condena en concreto que se dicta respecto de los otros conceptos incorporados en la sentencia y así lo dirá en la parte resolutive.”.

Por concepto de lucro cesante se concedió la suma de \$89'975.588,11 [tomando para el efecto el salario mínimo legal mensual vigente y el periodo comprendido entre la fecha en que cumplirá 25 años de edad y aquella que resulte de aplicar la expectativa de vida para una persona nacida en 1992]. Finalmente, se condenó al pago de 300 smlmv por concepto de daño a la vida en relación.

- Por Auto de 18 de diciembre de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección B, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Alberto Vargas Bautista, dispuso, conforme lo establece el artículo 362 del C.P.C., obedecer y cumplir la providencia de 13 de agosto de 2008 del Consejo de Estado - Sección Tercera [para el efecto transcribió su parte resolutive]. Agregó (fls. 55A y 56 del expediente) :

“Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría de la Sección, los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el artículo séptimo y noveno del acuerdo No. 2552 de 2000, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Una vez cumplido lo ordenado en el párrafo anterior, por Secretaría de la Sección, archívese el proceso de la referencia conforme lo dispone el artículo 126 del Código de Procedimiento Civil.”.

- Mediante memorial presentado el 17 de julio de 2009 por el abogado Carlos Eduardo Sáchica Méndez, la parte actora le solicitó al Tribunal a quo realizar la

liquidación de la condena en abstracto contenida en la Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera de 13 de agosto de 2008 (fl. 57).

- Mediante Auto de 9 de septiembre de 2009 el Tribunal afirmó que, atendiendo a lo ordenado por el Consejo de Estado - Sección Tercera, la liquidación incoada debía tramitarse mediante incidente, en los términos del artículo 137 del C.P.C., *“para así proceder a realizar la liquidación en abstracto conforme a lo ordenado por el H. Consejo de Estado.”* (fls. 58 y 59)..

- Atendiendo a lo anterior, la parte actora formuló el 18 de septiembre de 2009 el incidente con el objeto de obtenerse la liquidación de la condena en abstracto (fls. 60 y 61). No obstante lo anterior, el Tribunal por Auto de 18 de noviembre de 2009 rechazó de plano el mismo por considerarlo extemporáneo al tenor de lo establecido en el artículo 172 del C.C.A. (fls. 62 a 64).

Con tal objeto se precisó que el Auto de obedecer lo ordenado por el Consejo de Estado - Sección Tercera se profirió el 18 de diciembre de 2008 y se notificó por estado del 14 de enero del año siguiente, por lo que la parte interesada contaba hasta el 20 de abril de 2009 para iniciar esta diligencia.

- Por Auto de 3 de febrero de 2010 el Tribunal ordenó el archivo del proceso (fls. 69 y 70).

- Mediante memorial radicado el 16 de febrero de 2010 por la señora Rosa Amelia Bustos Sierra ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal aquí accionado, invocando el artículo 23 de la C.P., solicitó reconsiderar la decisión adoptada mediante Auto de 18 de noviembre de 2009 argumentando que ello cercenaba el derecho reconocido en la Sentencia de 13 de agosto de 2008.

Agregó que en la providencia cuestionada se afirmó que el incidente debió promoverse antes del 20 de abril de 2009, no obstante desde el 22 de enero del mismo año el expediente estaba en archivo (fls. 71 y 72).

- El 13 de diciembre de 2010 el abogado Pablo César Díaz Barrera, en condición de apoderado de los padres de Marco Antonio Díaz Bustos, solicitó nuevamente la revocatoria de la decisión adoptada en la providencia de 18 de noviembre de 2009, argumentando que el Consejo de Estado - Sección Tercera ordenó al Tribunal la realización de un nuevo dictamen pericial y no la iniciación de un incidente. Adicionalmente, continuó, fue el mismo Tribunal el que solicitó la iniciación del referido trámite incidental para posteriormente rechazarlo por extemporáneo sin privilegiar el derecho sustancial sobre el formal (fls. 73 a 76).

- Mediante providencia de 2 de febrero de 2011 el Tribunal, luego de aclarar que las solicitudes formuladas dentro de un proceso judicial no se deciden como derecho de petición y de transcribir apartes de la Sentencia de 13 de agosto de 2008, concluyó que: (i) al tenor de lo expuesto por el Consejo de Estado en el numeral 4º de la parte resolutive de su providencia y en la parte motiva de la misma, se requería de un incidente de liquidación promovido por la parte interesada; (ii) según lo establecido en el artículo 228 de la C.P. los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la Ley por lo que la falta de diligencia de un profesional del derecho no es óbice para acceder a las pretensiones de la parte actora, *"... no sin antes poner de presente que si estuviera en manos de este tribunal y existiera una herramienta legal de dar trámite a su solicitud, no se dudaría en emplearla, ya que sabemos por los hechos de la demanda y las pruebas que obran en el plenario, la problemática que enfrentan en este momento los demandantes."*; (iii) la presentación de un memorial el 17 de julio de 2009 sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 137 del C.P.C. lo que evidencia es la falta de diligencia del apoderado de la parte accionante; y, (iv) finalmente, el debido proceso ha sido garantizado a las partes en contienda, no siendo viable poner en desventaja a una de ellas en un abrupto desconocimiento de la normativa aplicable. Puntualizó:

"... se puede observar que pese a que en auto de 18 de noviembre del año 2009, se rechazó el incidente, el apoderado de la parte actora,

guardó silencio y no interpuso los recursos de ley, conforme se puede corroborar en los folios 295 a 297 del cuaderno No. 1 del expediente. Así mismo la actuación que ahora es objeto del presente auto, fue presentada un año después de la providencia que rechazó el recurso.”.

- A través de memorial radicado el 14 de abril de 2011 el abogado Pablo César Díaz Barrera le solicitó al Tribunal dejar sin efecto las providencias de 18 de diciembre de 2008 y de 18 de noviembre de 2009, fundándose en argumentos similares a los expuestos en esta sede judicial, precisando que (fls. 81 a 88):

“(…) no puedo pasar por alto un asunto que no había querido mencionar; pero las circunstancias me obligan hacerlo y es el hecho que el doctor CARLOS EDUARDO SACHICA MENDEZ, entonces apoderado del menor MARCO ANTONIO DIAS BUSTOS, desde mediados del año 2009, se encontraba en delicado estado de salud, situación que lo llevó a su deceso el pasado mes de octubre de 2010; el citado profesional del Derecho siempre destacó por ser cumplido en el ejercicio de sus obligaciones profesionales.”

- A través del Auto de 18 de mayo de 2011 el Tribunal resolvió estarse a lo resuelto en el Auto de 2 de febrero del mismo año (fls. 89 y 89 vto).

(ii) Del marco normativo aplicable.-

(ii.1) De los derechos a la administración de justicia y al debido proceso.

- De conformidad con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, la administración de justicia es una función pública, relacionada directamente con los fines del Estado consagrados en el artículo 2º ibídem, pues sólo en la medida en que se garantice a los integrantes del país una instancia imparcial, objetiva y efectiva encargada de la resolución pacífica de sus conflictos se puede pretender la consecución de una República Democrática y respetuosa de la dignidad humana.

Atendiendo a dicho enfoque, la administración de justicia no se quedó como un mero servicio a cargo del Estado sino que goza de otra dimensión, de naturaleza subjetiva, esto es, es un derecho fundamental radicado en cabeza de todos los habitantes del país. Al respecto, el artículo 229 de la Carta Fundamental, dispone:

“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. (...)”.

A su turno, debe afirmarse que la protección previamente citada también encuentra sustento en instrumentos internacionales, en los cuales se ha consagrado el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 25 CADH - Pacto de San José). Ahora bien, el derecho al acceso a la administración de justicia no es una mera máxima dentro de nuestra Constitución, sino que encuentra contenido y significado concreto en aspectos tales como la obligación del juez de evitar pronunciamientos inhibitorios y de perseguir, dentro del marco de sus competencias, la justicia material. Al respecto, en la Sentencia C-177 de 17 de noviembre de 2005, M.P. Doctor Jaime Córdoba Triviño, se sostuvo:

“Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene una significación múltiple y compleja. De manera reiterada, ha sostenido esta Corte, que el derecho a acceder a la justicia es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.

(...)

En cuanto a lo segundo, atendiendo a su importancia política, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido al acceso a la administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso, y relacionándolo con otros valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad. Por virtud de tal vinculación, el acceso a la administración de justicia adquiere un amplio y complejo marco jurídico de aplicación que compromete los siguientes ámbitos: (i) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos; (ii) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (iii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas, y que ella se produzca dentro de un plazo razonable; (iv) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.”.

Por su parte, el debido proceso ha sido definido como *“la regulación jurídica que (...) limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley”*⁷, premisa construida con fundamento en el principio superior de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, que, según el artículo 29 de la Constitución Política, *“... se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

El objetivo fundamental del referido derecho, entonces, no es otro que la preservación del valor material de la justicia, situación que demanda de las autoridades públicas que sus actuaciones estén destinadas a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la ley.

En sentido amplio, el referido planteamiento encierra a su vez la protección de ciertas garantías mínimas que la jurisprudencia constitucional ha enlistado de la siguiente manera: *“(i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.”*⁸.

Bajo esta perspectiva, entonces, podemos afirmar que los derechos al acceso a la administración de justicia y al debido proceso imponen una serie de obligaciones y cargas a cumplir por parte de los interesados en llevar sus conflictos a la jurisdicción, empero, en todo caso, las formas y todos aquellos tópicos que impidan un pronunciamiento de fondo deben ser analizados de tal forma que se de

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ *Ibidem*.

prevalencia a lo sustancial y a la garantía de la consecución de la justicia real y material, so pena de incurrir, en denegación de justicia.

(ii.2) De la protección especial de las personas con discapacidad.-

La protección de la dignidad humana en todas sus formas y expresiones se constituye no sólo en un ideal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho sino en una condición sine qua non de su propia existencia.

La concepción de un ser humano dotado de todas las oportunidades y posibilidades para su realización personal y laboral, es una de las facetas de esa dignidad humana de las que se ocupó prioritariamente el constituyente de 1991.

Al respecto, en primer término, precisa resaltar que el artículo 47 de la Constitución Política de 1991, disposición con rango de derecho constitucional, establece como obligación del Estado “adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

El artículo 13 –ibídem- consagra, por una parte, la prohibición de establecer tratos discriminatorios “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión y opinión política o filosófica”; y, por otra, la obligación de adelantar medidas positivas destinadas a la protección de personas en condiciones vulnerables o en estado de debilidad manifiesta.

Por último, los artículos 1 y 90 de la Carta, se refieren al principio de solidaridad social como un fin del Estado y como una obligación que concierne tanto a las autoridades públicas como a los particulares.

De esas disposiciones se desprenden las siguientes conclusiones: las personas en condición de incapacidad, invalidez, o que hayan sufrido una merma en sus

facultades, son sujetos de especial protección constitucional; ninguna autoridad, ni ningún particular, puede adoptar decisiones que los afecten negativamente tomando como sustento de las mismas la condición de discapacidad; son válidas a la luz del principio de igualdad material las medidas diferenciales que el Estado adopte en su favor; y, en virtud del principio de solidaridad, su protección concierne no solo a las autoridades sino también a los particulares, especialmente, cuando se presentan relaciones de subordinación o indefensión.

La protección de personas con discapacidad en Colombia se deriva no sólo de las disposiciones Constitucionales, sino de los instrumentos internacionales incorporados a nuestra legislación⁹, de las normas expedidas por el Congreso¹⁰ y de las providencias judiciales que han materializado su amparo¹¹.

(iii) **Del caso en concreto.-**

- Lo primero que ha de precisar la Sala es que en tratándose de la jurisdicción contencioso administrativa el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia adquiere connotaciones especiales dada la naturaleza predominantemente rogada de ésta; sin embargo, todos los requisitos *formales* del derecho de acción deben ser entendidos y analizados en la medida en que con ellos se protejan derechos sustanciales de las partes, como el debido proceso. Así, los principios en virtud de los cuales las formas adquieren relevancia y deben ser protegidas, son los límites que el juez debe tener en cuenta al momento de determinar si es viable efectuar un análisis de fondo a la cuestión debatida, o si, por el contrario, debe declararse inhibido para emitir un pronunciamiento. No de otra manera pueden armonizarse los requisitos formales de la demanda con el derecho al acceso a la administración de justicia, artículo 229 de la C.P., y el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, artículo 228 *ibídem*.

⁹ V. gr. la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” adoptada por la Ley 762 de 2002; y, la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, adoptada por Colombia a través de la Ley 1346 de 31 de julio de 2009 y ratificada el 10 de mayo de 2011.

¹⁰ Al respecto, ver la Ley 361 de 1967 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de personas con limitación y se dictan otras disposiciones.*”.

¹¹ En sentencia T-198 de 2006 la Corte Constitucional manifestó que el concepto de “discapacidad” es complejo por lo cual se encuentra en constante revisión en los instrumentos internacionales y en los organismos científicos y políticos internacionales; pero que, en cualquier caso, existe una prohibición de discriminación por razón de limitaciones físicas, mentales o sensoriales.

Bajo esta ponderación precisa, entonces, el juez no debe permanecer expectante ante las actuaciones de las partes sino activar sus poderes en aras de, garantizando el derecho de defensa de las mismas, proferir decisiones que resuelvan - positiva o negativamente - el asunto de fondo sometido a su consideración, superando los meros formalismos o, incluso, interpretando lo pretendido por los interesados con el objeto, se reitera, de evitar decisiones inhibitorias cuando los supuestos del caso en concreto permiten proferir una decisión sustancial.

Ahora bien, la fijación de un término dentro del cual es posible efectuar una actuación judicial se constituye en un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos dentro de los cuales es viable efectuar las reclamaciones respectivas, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.

En materia de personas con discapacidad, la Convención adoptada por la ONU al respecto estableció en su artículo 13 que:

“• Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

• A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.”

Lo anterior es un claro **indicativo** que en tratándose del derecho al acceso a la administración de justicia de personas con diversidad funcional, máxime en casos como el presente en el que las capacidades físicas y mentales del joven Díaz

Bustos se encuentran claramente disminuidas, el Estado debe propender por garantizar al máximo el contenido material del mismo, en la medida en que no se encuentra en igualdad de circunstancias a aquél que con el pleno ejercicio de sus facultades puede exigírsele el cumplimiento irrestricto de una normatividad procesal caracterizada por la perentoriedad de términos y etapas, mucho más si con ello lo que se están perjudicando son los intereses del sujeto de especial protección y el mejoramiento de las condiciones de vida [que le fueron desmejoradas por una falla médica del propio Estado], aspecto este último que también se encuentra regulado en la Convención previamente citada en el artículo 28, en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.”.

- Concretamente, aunque debe admitirse que la autoridad judicial actuó de conformidad con el **ordenamiento procesal legal**, rechazando un incidente que fue presentado por fuera del término, lo cierto es que tomando en cuenta máximas constitucionales [claramente definidas desde 1991 y, por tanto, exigibles en el presente asunto] y del derecho internacional de los derechos humanos, en el presente asunto se evidencia una situación particular y compleja que, analizada en conjunto, permite a la Sala concluir que se impone la protección de los derechos invocados. Veamos:

- Tal como se planteó desde el inicio de este análisis, el joven Marco Antonio Díaz Bustos se encuentra en situación de debilidad y vulnerabilidad, la cual exige la protección máxima de sus derechos; por lo que, una actuación negligente de quienes lo representaron dentro de un proceso judicial no puede incidir de manera definitiva -sancionatoria- de cara a sus legítimas reclamaciones;

- Así, en el caso sometido a consideración del a Sala se evidencia que luego de un largo proceso de naturaleza administrativa, se llegó a la conclusión de que la

Caja Nacional de Previsión Social incurrió en una falla médica, la cual determinó su condición actual;

- Dentro de dicho proceso, dada la comprobación de la responsabilidad en cabeza de la accionada del estado actual del joven accionante, se accedió a una condena en abstracto, la cual, tal como se reseñó en el acápite inicial de este análisis de fondo, tiene que ver con aspectos esenciales para el mejoramiento de las condiciones de vida de quien posee una diversidad funcional.

- En este sentido, es claro que la condena en abstracto recayó sobre los medicamentos, cuidados de enfermeras y terapias requeridas por el joven Marco Antonio Díaz Bustos, por lo que, en aras del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia no es dable, en un estado social y de derecho, imputar la negligencia de sus representantes a quien en últimas no pudo defenderse ni ejercer sus derechos.

- Adicionalmente, en el presente asunto se vinculó a quienes de una u otra forma representan los intereses de la extinta Cajanal E.P.S., a quién, además, le fue garantizado su derecho de defensa [dentro del proceso de reparación directa] con el objeto de acreditar que no se trataba de una falla médica lo ocurrido en la salud del joven Marco Antonio.

Por lo anterior, esta Sala considera que es procedente el amparo incoado y, en consecuencia, ordenará al Tribunal accionado dejar sin efectos el Auto de 18 de noviembre de 2009 [así como de las actuaciones posteriores relacionadas directamente con este aspecto] con el objeto de que proceda a iniciar y tramitar el incidente de liquidación de la condena en abstracto.

En un asunto con connotaciones fácticas similares [no idénticas, debe aclararse¹²], el Consejo de Estado - Sección Primera, en la providencia de 3 de mayo de 2007 ya citada, ordenó, a pesar de no haberse adelantado trámite de adición de sentencia dentro del término legal y por tratarse de menores de edad, efectuar el juez natural un pronunciamiento sobre los perjuicios morales y materiales de los que ellos eran beneficiarios. Al respecto, se adujo:

¹² En la medida en que allí se discutió una presunta omisión por parte de la autoridad judicial, sin embargo, resulta ilustrativa de cara a la protección constitucional de sujetos de especial protección.

“Atendiendo la jurisprudencia transcrita, sin lugar a dubitación alguna, en el caso sub examine la Corporación demandada, esto es, el Tribunal Administrativo del Cauca, quebrantó los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de las menores, al no haber resuelto la pretensión encaminada a que el INPEC les reconociera los perjuicios morales y materiales como resultado del fallecimiento del señor Campo Elías Escobar Quistanchal, progenitor de aquellas.”.

Tampoco sobra advertir que dentro del expediente existen serias dudas de las condiciones físicas del apoderado del accionante que permiten afirmar que no está acreditado que, en realidad, el mismo estuviera representando adecuadamente; aspecto que si bien no constituye eje central vale la pena referir de cara a lo alegado en esta instancia.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

TUTELANSE los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso del joven Marco Antonio Díaz Bustos, quien actúa representado por su progenitora [la señora Rosa Amelia Bustos Sierra] y su guardador legítimo [el hermano Pablo César Díaz Barrera], de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DEJASE sin efecto alguno el Auto de 18 de noviembre de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B, por el cual se rechazó, por extemporáneo, el incidente de liquidación de la condena en abstracto contenida en la Sentencia de 13 de agosto de 2008 del Consejo de Estado - Sección Tercera, así como de las actuaciones posteriores relacionadas directamente con este aspecto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ORDENASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B que, dentro de un plazo no superior a 10 días siguientes a la notificación y recibo del expediente, de curso al incidente de liquidación de la condena en abstracto contenida en la Sentencia de 13 de agosto de 2008 del Consejo de Estado - Sección Tercera, resaltándose que en todo caso el juez natural del asunto preserva su criterio y autonomía para resolver de fondo el mismo.

Cópiese, notifíquese y, si no fuere impugnada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase.

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA