

Sentencia T-1021/08

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inexistencia de vía de hecho en el caso concreto

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que la demandante promovió proceso ordinario contra Bancoldex y el Banco de la República para el reconocimiento de la pensión de vejez/PRINCIPIO LEX LOCI SOLUTIONIS

En el caso que se revisa, la Sala no encuentra motivo alguno para pensar que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en grave afrenta a los derechos fundamentales de la accionante, al desatar desfavorablemente el recurso de apelación que interpuso contra el auto dictado por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, por el cual terminó, por falta de jurisdicción, el proceso laboral promovido contra Bancoldex y el Banco de la República para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. En efecto, al examinar el contenido y fundamentos de la decisión impugnada se advierte que la corporación accionada obró correctamente, dentro de la órbita de autonomía que le reconocen la Constitución y la ley para examinar los hechos y las pruebas obrantes dentro de la actuación, pues con acierto estimó que habiendo trabajado la accionante en Toronto (Canadá), en desarrollo del contrato de trabajo celebrado en ese lugar con el director de la oficina de Proexpo, bien hizo el a quo al considerar que en aplicación del principio “lex loci solutionis”, consagrado en el artículo 2° del CST, la ley y jurisdicción foránea es la aplicable para dirimir la controversia planteada.

Referencia: expediente T-1953399

Acción de tutela presentada por María Lucy Sánchez de Kongas, contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Procedencia: Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá D.C, diecisiete (17) de octubre de dos mil ocho (2008).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la dictada en primera instancia por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por María Lucy Sánchez de Kongas contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

### I. ANTECEDENTES

El 27 de marzo del año en curso, María Lucy Sánchez de Kongas a través de apoderado judicial presentó acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por los hechos que a continuación son resumidos:

#### A. Hechos relevantes y relato contenido en la demanda

La accionante laboró por más de 25 años al servicio del Estado colombiano, de los cuales los últimos 15 años y 10 meses fueron en Canadá como trabajadora oficial al servicio del Fondo de Promoción de Exportaciones, Proexpo -que luego se transformó en el Banco de Comercio Exterior, Bancoldex-, entre el 1° de diciembre de 1980 y el 1° de octubre de 1996, sin solución de continuidad.

Expresa, que su vinculación laboral a Proexpo obedeció a la designación que en Bogotá le hizo el director de la entidad mediante carta del 14 de octubre de 1980, para desempeñarse en Canadá como auxiliar administrativo, en lo que inicialmente se denominó oficina permanente y luego agregaduría comercial dependiente de la embajada de Colombia en dicho país, suscribiendo contrato el 10 de diciembre de ese año con el Director de tal oficina con arreglo a las instrucciones contenidas en la mencionada comunicación.

Afirma que el contrato fue novado el 2 de junio de 1986 por el Director de Proexpo en Canadá para ejecutar la labor bajo la continua dependencia y subordinación de ese

funcionario y las directivas de la entidad en Bogotá, el cual fue reemplazado el 20 de enero de 1992 por uno nuevo celebrado en Toronto con el Director de la Oficina Comercial de Bancoldex, extendiéndose hasta el 1° de junio de 1996, sin que hubiere existido solución de continuidad en esas vinculaciones.

Indica que en el primer contrato se acordó que se regiría por lo establecido en la ley canadiense, en virtud de lo dispuesto artículo 37 del Decreto 1175 de 1976, que reformó los estatutos de Proexpo, según el cual los actos que realizara la entidad para el desarrollo de sus actividades comerciales estarían sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, cláusula que no fue incluida en los contratos posteriores que lo novaron.

Sostiene que para sumir sus funciones fue provista por el Ministerio de Relaciones Exteriores del pasaporte que la acreditó como designada para ejercer “cargos oficiales de carácter permanente en el exterior” y agrega, que con la transformación de Proexpo en Bancoldex percibió sus salarios con cargo a ésta entidad siendo su última remuneración CAD\$ \$ 5.216.26, según certificado de Fiducoldex.

Señala que durante el tiempo que laboró para Proexpo no fue afiliada a ninguna entidad de seguridad social ni administradora de pensiones, por lo cual en cumplimiento del Decreto 1848 de 1969, que en esos casos obliga al empleador hacerse cargo directamente de la pensión, cumplidos los 55 años de edad el 20 de octubre de 2002 solicitó la pensión por aportes a Bancoldex y al Banco de la República, entidades que negaron el reconocimiento y pago de esa prestación; la primera adujo que no existía relación laboral con Proexpo, sino con la oficina en Canadá, por lo cual el contrato se regiría por las leyes de ese país; y la segunda sostuvo que Bancoldex era responsable del tiempo de servicio para efectos pensionales.

Manifiesta que para dirimir la controversia presentó demanda ordinaria laboral contra las citadas entidades, de la cual conoció en primera instancia el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, que en auto del 27 de mayo de 2007 declaró probada la excepción de falta de jurisdicción nacional, decisión que fue apelada ante el Tribunal Superior de Bogotá, que por auto del 23 de noviembre de 2007 confirmó la decisión del a quo, “con lo que puso fin al proceso”.

En su parecer, las anteriores decisiones judiciales desconocen el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma y las disposiciones legales que definen la naturaleza jurídica y el régimen al interior de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y agregadurías comerciales y culturales (Decreto 714 de 1978) y las normas que adscriben a la jurisdicción ordinaria laboral el conocimiento y solución de los conflictos jurídicos que se originan en el contrato de trabajo (Ley 712 de 2001).

Considera que la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá al confirmar la decisión del Juzgado 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, incurrió entonces en una vía de hecho por error sustantivo que viola sus derechos al debido proceso, igualdad y seguridad social, además porque desconoce la doctrina del Consejo de Estado en relación con lo agregados comerciales respecto de quienes se ha considerado que las mencionadas entidades deben responder por sus prestaciones sociales.

Estima que en razón del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta, el poder acudir a la jurisdicción ordinaria laboral representa la condición más benéfica en la consecución del derecho que le asiste a la pensión de jubilación por cumplir con los requisitos establecidos legalmente.

En su parecer se le ha violado el debido proceso, por cuanto sin una razón que constitucionalmente lo justifique se le ha privado de su derecho a acceder a la administración de justicia para hacer valer su derecho a la pensión de jubilación ante su juez natural y en un proceso reglado, a diferencia de lo que ocurriría con una demanda presentada en Canadá donde prima el derecho anglosajón, por su naturaleza consuetudinario.

Expresa que el Tribunal no valoró las pruebas allegadas, tales como el contrato para la organización y administración del Proexpo del año 1967, el acta de terminación y liquidación de se contrato, la certificación de Fiducoldex sobre tiempo de servicio y remuneración y el pasaporte oficial.

Asevera que también se le vulneró el derecho a la igualdad, pues todos los servidores del Estado colombiano y también los extranjeros que trabajan en sedes de misiones diplomáticas y consulares gozan del derecho a la jurisdicción nacional y así mismo se le desconoció el derecho a la seguridad social, ya que tanto Bancoldex como el Banco de la República

desatendieron los preceptos constitucionales y legales que obligan afiliar a los trabajadores al sistema de seguridad social en pensiones, exponiéndola así arbitraria e injustamente a la pérdida del derecho y a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia.

Por último, asegura que la acción que ejercita es procedente no sólo porque busca hacer efectivo un derecho constitucional fundamental, como es la pensión de jubilación, sino además porque carece de otro medio de defensa judicial al haber agotado los recursos ordinarios previstos en la ley.

## B. Pretensiones

Con base en los anteriores hechos la accionante solicita la tutela de sus derechos constitucionales a la igualdad, debido proceso y seguridad social, ordenando a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá “dejar sin valor ni efectos” el auto proferido el 23 de noviembre de 2007 dentro del proceso ordinario promovido contra Bancoldex y el Banco de la República, fallado por el Juzgado 2° Laboral del Circuito, para que declarando no probada la excepción previa de falta de jurisdicción nacional, “en su lugar profiera la providencia que... disponga seguir con la actuación”.

## C. Actuación Judicial

De la acción de tutela conoció en primera instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en auto de 31 de marzo de 2008 la admitió y ordenó correr traslado de las diligencias a los despachos accionados y a las entidades que fueron parte en la actuación judicial, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo constitucional, obteniendo respuesta solamente de Bancoldex y del Banco de la República.

### 1. Contestación de Bancoldex

El apoderado especial de la entidad se refiere al alcance de la acción de tutela, manifestando que la accionante en anterior oportunidad había promovido amparo contra esa entidad para solicitar el pago de la pensión de vejez, la cual fue negada en primera instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, decisión que fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Indica que si la labor del juez fuere declarativa se perdería el sentido de la inmediatez que cobija la tutela, ya que un proceso ordinario exige mayor tiempo y una evaluación más detenida del tema en discusión y agrega que por la justicia laboral ya fue definida la inexistencia del derecho alegado por la accionante, con lo cual una nueva acción no tiene sentido, ya que buscaría desconocer el valor de las providencias dictadas por las autoridades judiciales y es por ello que a su juicio la petición de amparo resulta contraria a derecho.

Estima que las decisiones judiciales impugnadas son válidas, por cuanto entre Bancoldex y la accionante nunca existió relación laboral de la cual pueda derivarse la prestación reclamada, además porque tal como lo acepta la demandante los servicios fueron prestados en el exterior, razón por la cual la legislación colombiana no es aplicable al caso.

Reconoce que por mandato legal Bancoldex asumió los derechos y obligaciones de Proexpo, pero no para el caso concreto de la accionante ya que sus servicios no fueron prestados en territorio colombiano, siendo claro que a la luz del principio de extraterritorialidad la ley colombiana sólo cobija a los miembros de misiones diplomáticas que ejercen la representación del país tales como agentes comerciales o diplomáticos, pero no a otras personas que simplemente colaboran con el funcionamiento operativo de la embajada.

Expresa que el Decreto 1175 de 1976, que aprobó los estatutos de Proexpo, dispuso que el personal distinto al designado por decreto y que fuera enganchado directamente en las oficinas en el exterior, sería nombrado por los respectivos agregados y en sus relaciones laborales se someterían a la legislación del país en el cual prestan sus servicios, que fue lo que aconteció con la señora Sánchez de Kongas, quien fue vinculada directamente en Ottawa por el director de Proexpo en esa ciudad para desempeñarse como Auxiliar de Oficina y no para asumir la representación del país.

Comenta que el caso de la accionante es muy similar al planteado por Liliana Gómez Molina contra Bancoldex y Fiducoldex, fallado por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 14 de septiembre de 2005, que no casó la sentencia impugnada por considerar que el ad quem no incurrió en violación de la ley sustancial, al aplicar el artículo 2° del CST, que consagra el principio de territorialidad de la ley laboral.

No entiende porqué la demandante presentó acción de tutela alegando violación del derecho de acceso a la administración de justicia, si ella pudo debatir en primera y segunda instancia

su pretensión de reconocimiento de pensión de vejez, la cual fue denegada conforme a la normatividad y procedimiento judicial del país.

A su juicio la accionante pretende desvirtuar el principio de la cosa juzgada, sin que pueda alegar la aplicación a su caso del concepto del Consejo de Estado sobre aplicación de la ley nacional a los agregados comerciales, pues su situación laboral era distinta, comoquiera que trabajaba como auxiliar de oficina en la agregaduría de Colombia en Canadá.

## 2. Respuesta del Banco de la República

El representante del Banco se opuso a la tutela expresando que resulta improcedente, toda vez que no puede plantearse como recurso adicional para volver sobre la causa litigiosa, revivir etapas procesales precluidas o imponer determinada interpretación de la ley al juez ordinario.

Considera que la tutelante se duele que la justicia ordinaria laboral en dos instancias haya considerado, al unísono, que como había prestado sus servicios en el extranjero el litigio no podía ser tramitado con sujeción a la jurisdicción local sino a la del Canadá.

En su criterio, lo que importa resaltar en esta oportunidad es que esa decisión de los jueces laborales está acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, que en una causa similar adelantada por Liliana Gómez Molina contra Bancoldex y Fiducoldex, consideró que no había lugar a casar la sentencia impugnada, pues si los servicios habían sido prestados en Nueva York el conflicto laboral tenía que ser dirimido por la jurisdicción foránea.

Estima que la accionante, actuando en contravía de la jurisprudencia antes citada, pretende revivir una controversia que fue finiquitada por la justicia laboral, a fin de que el juez de tutela imponga al ordinario una interpretación muy particular y opuesta a la ley, ignorando que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia en múltiples decisiones han hecho énfasis en la imposibilidad de utilizar el amparo con ese objetivo.

En su parecer la tutela es improcedente por inexistencia de vía de hecho, como quiera que el Tribunal Superior de Bogotá al desatar la apelación contra el auto del a quo, que terminó el proceso por estar probada la excepción de falta de jurisdicción, no incurrió en defecto sustantivo al dar correcta aplicación al artículo 2° del CST sobre territorialidad de la ley

laboral; tampoco incurrió en defecto fáctico, pues para tomar la decisión tuvo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, ni cayó en error inducido, porque su decisión fue autónoma y sin intervención de terceros, habiéndola también motivado sin contrariar el precedente jurisprudencial en la materia, sin que violara la Constitución, ya que el planteamiento del actor recayó sobre normas legales.

Sostiene que la accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable en términos de urgencia, impostergabilidad, inminencia y gravedad de la presunta afrenta a sus derechos fundamentales y añade que con su proceder está desconociendo la cosa juzgada constitucional de las sentencias de tutela, que en anterior oportunidad le fueron falladas negativamente por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

### 3. Sentencia de primera instancia

En sentencia de abril 8 de 2008, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó la acción de tutela promovida por María Lucy Sánchez de Kongas contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al considerar que esa corporación ha sido del criterio de que no procede la tutela contra providencias judiciales, atendiendo los principios de la cosa juzgada, independencia y autonomía de los jueces y ausencia de base normativa.

Sostiene que esa Sala de Casación inicialmente sostuvo la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, tesis que ha sido revaluada por la jurisprudencia de modo que ahora no es posible desconocer su arraigo y afianzamiento en todas las jurisdicciones, en especial, en las otras Salas de esa alta corporación, realidad que impone morigerar aquella postura cuando en casos excepcionales resulten vulnerados de forma evidente derechos constitucionales, aplicando al efecto reglas de ponderación. Sin embargo, para esa Sala sigue siendo valor esencial que la tutela no puede ser medio ni pretexto para abolir la independencia del juez natural.

En el caso analizado, la Sala no evidenció en el proceder del Tribunal encartado comportamiento que pueda ser objeto de reproche, ya que las consideraciones sobre aplicación territorial de la ley que sustentaron la providencia censurada corresponden a una interpretación razonable que el juzgador hizo de las normas pertinentes, la cual resulta admisible a la luz del ordenamiento que gobierna la materia en ejercicio de la labor

hermenéutica propia de los operadores jurídicos, dentro del marco de autonomía que le reconoce la Constitución y la ley.

Afirma que la actuación del Tribunal accionado no da cuenta de una circunstancia que amerite la medida de protección preferente, pues lo que se advierte es una discrepancia de la accionante frente al modo como el fallador resolvió la solicitud de su derecho a la pensión, tarea interpretativa que no se observa arbitraria o caprichosa, por lo cual no es posible la intromisión del juez de tutela en una cuestión que fue ventilada al interior de un proceso específico, de conformidad con las ritualidades propias de su procedimiento.

#### 4. Impugnación

Expresa la tutelante que contrariamente a lo que decidió la Sala de Casación Laboral, el pronunciamiento del Tribunal accionado, aun cuando razonado, contaría el orden constitucional, ya que desconoció la naturaleza del servicio exterior y la territorialidad de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y agregadurías comerciales.

Asevera que sustraer del conocimiento de los jueces colombianos el litigio laboral planteado contra Bancoldex y el Banco de la República, constituye una discriminación frente al resto de los servidores públicos nacionales y extranjeros que prestan servicios en esas dependencias y gozan del reconocimiento de prestaciones sociales, tales como la pensión de jubilación con la garantía de la jurisdicción nacional para decidir eventuales controversias.

A su juicio, el Tribunal accionado también le vulneró el debido proceso en la medida en que el razonamiento de su decisión está desconectado de la normatividad superior, lo cual la torna en una vía de hecho, pues no basta que haya habido un discernimiento, aun inteligente, si elude la Carta Fundamental, como ocurrió en su caso.

Aduce que su solicitud de amparo no expresa una simple discrepancia con lo decidido por el Tribunal, sino que busca hacer efectivas las garantías constitucionales a la igualdad, seguridad social y debido proceso, con arbitrio, en este último caso del juez natural, que no es otro que la jurisdicción nacional, ya que esos derechos resultan indiscutiblemente quebrantados por la decisión de dejar el conflicto fuera del ámbito de la jurisdicción nacional.

Insiste en la presunta violación del derecho a la igualdad, dado que el Decreto 714 de 1971 reconoce el derecho a la pensión de jubilación de los extranjeros que prestan servicios administrativos en las oficinas consulares de Colombia, de modo que no es constitucional ni legítimo excluir su caso del conocimiento de las autoridades judiciales del país.

## 5. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 10 de junio de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, partiendo de la consideración según la cual la acción de tutela tiene carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un mecanismo alternativo para atacar, impugnar o censurar decisiones judiciales, criterio que reitera en el presente caso ya que el amparo está dirigido contra la decisión proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y ordenó la terminación del proceso y la emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto la confirmó.

Esa Sala de Casación descartó la presencia de esas causales de procedibilidad en el caso analizado, pues en su criterio las providencias que se pretende dejar sin efectos no son resultado de la arbitrariedad ni del capricho de los funcionarios que las expedieron, por el contrario, fueron proferidas en el decurso del procedimiento laboral con plenas garantías para las partes y obedecen a la aplicación de la normatividad vigente, sin vulnerar ningún derecho fundamental.

Constató además que el juez de primera instancia expuso y fundamentó las razones que lo llevaron a declarar probada la excepción de falta de jurisdicción, al evidenciar que los servicios prestados por la demandante lo fueron totalmente en el exterior, razón por la cual consideró que la jurisdicción nacional no era competente para conocer del litigio, lo cual fue corroborado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al abordar en debida forma el punto objeto de impugnación, a la luz de artículo 2° del CST que consagra el principio de territorialidad de la ley laboral colombiana.

Estima que no existiendo duda para el Tribunal accionado de que el lugar donde la demandante prestó servicios fue Toronto y bajo el imperio de la ley canadiense, era lógico que considerara que en virtud del principio “lex loci solutionis” la ley nacional no era aplicable, ya que los efectos del contrato debían regirse por la ley de su país, decisión que no

sólo está en consonancia con la jurisprudencia laboral, sino que también corresponde a la valoración que debe hacer el juez con arreglo al principio de libre formación del convencimiento.

A su juicio, el razonamiento de los funcionarios judiciales no puede controvertirse en el marco de la acción de tutela, toda vez que no se percibe ilegítimo, arbitrario, caprichoso o irracional como lo quiere hacer ver la accionante, quien pretende cuestionar el raciocinio del juez laboral en las dos instancias, olvidando que para satisfacer su pretensión es establecieron una serie de mecanismos que ya ejercitó al interior del proceso laboral, lo cual demuestra que siempre le estuvo garantizado el acceso a la justicia.

Manifiesta, que la acción de tutela no es una cuarta instancia donde el actor pueda plantear su inconformidad respecto de la interpretación de la ley aplicable al asunto o la valoración de los medios de prueba, pues de aceptarse tal posibilidad no sólo se desconocerían los principios que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios de independencia, sujeción exclusiva a la ley y juez natural.

Finalmente, recuerda que la tutela no es un mecanismo adicional ni alternativo a los previstos en la ley ordinaria, sino un instrumento residual, preferente y sumario para la protección inmediata de derechos fundamentales que sólo procede cuando el afectado no cuenta con otro medio eficaz, salvo que lo utilice para evitar un perjuicio irremediable.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución Política y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. El problema jurídico a resolver

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar en la presente oportunidad si la acción de tutela presentada por María Lucy Sánchez de Kongas, es mecanismo idóneo para cuestionar la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el fallo del Juzgado 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, que dio por terminado por falta de jurisdicción el proceso ordinario promovido por la accionante contra Bancoldex y el Banco de la República para el reconocimiento de la pensión de vejez, afectándole los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo.

### 3. Verificación de los presupuestos procesales de la tutela en revisión

Debe esta Sala abordar, como cuestión previa, el punto atinente a la procedencia de la acción de tutela, determinando si se dan las circunstancias generales que tienen que estar presentes para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar y decidir el amparo en revisión.

3.1 El primer presupuesto procesal de la acción de tutela exige que ella haya sido interpuesta para la defensa de un derecho fundamental y no de otra categoría de derechos, exigencia que cumple la acción bajo análisis, pues al revisar el escrito de tutela se advierte que los invocados por la accionante efectivamente corresponden a derechos reconocidos como tales por la propia Constitución y por reiterada jurisprudencia de esta corporación, a saber, igualdad (art. 13 Const.), debido proceso (art. 13 ib.) y seguridad social (48 ib.).

3.2. El segundo presupuesto procesal se refiere a la existencia de legitimación en la causa por activa, es decir, que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona. En el presente caso, la demandante es titular de los derechos cuya protección solicita, toda vez que es quien se siente afectada por la decisión del Tribunal Superior de Bogotá de confirmar el fallo del Juez 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, de dar terminado el proceso promovido contra Bancoldex y el Banco de la República por falta de jurisdicción, que en su sentir la ha privado de la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación, a la cual cree tener derecho

3.3 El tercer presupuesto procesal de la acción de tutela es la legitimación en la causa por pasiva, exigencia que implica que contra quien se interpone la acción sea la autoridad o el

particular que vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental. En el presente caso también está satisfecho, pues la demanda se dirige contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, autoridad pública a la que la demandante endilga la violación de sus derechos al desatar desfavorablemente la apelación del auto dictado por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, que se declaró carente de jurisdicción para pronunciarse en relación con la solicitud de pensión de jubilación.

3.4. El cuarto presupuesto procesal que debe verificar la Sala para determinar la procedencia de la presente acción, es la inexistencia de otro medio de defensa judicial, para lo cual debe considerarse que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 86 superior, la acción de tutela “sólo 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”; la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante (art. 6-1 D.2591 de 1991).

Según la jurisprudencia, existen dos supuestos excepcionales en los cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización, a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance de los interesados. La primera, prevista directamente en el artículo 86 de la Constitución transcrito, surge cuando se ha interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y la segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, excepción que ha sido introducida por la jurisprudencia de esta corporación.<sup>1</sup>

En el asunto bajo revisión la accionante agotó los medios de defensa judicial que estaban a su alcance, pues contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación contra el auto del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de la misma ciudad que terminó el proceso por falta de jurisdicción, no procede recurso de casación, ya que este medio extraordinario de impugnación está consagrado solamente respecto de sentencias, tal como lo dispone expresamente el artículo 87 del CPL.

Por lo anterior, la demandante estaba relevada de demostrar la existencia de perjuicio irremediable, que se exige en aquellos eventos en los cuales no existe medio de defensa

judicial o existiendo no resulta tan efectivo como la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo.

3.5 Para la procedencia de la acción de tutela, también es menester verificar que el accionante haya acudido oportuna y prontamente a solicitar salvaguarda de sus derechos fundamentales, pues aun cuando no existe un término de caducidad para el ejercicio de la acción, sí es necesario que sea presentada en un plazo razonable que el juez de tutela debe ponderar, ya que el amparo ha sido consagrado para la “protección inmediata” de derechos constitucionales.

En el asunto en estudio también se satisface esa exigencia, por cuanto la decisión del Tribunal Superior de Bogotá que se acusa de afectar los derechos de la accionante fue proferida el 23 de noviembre de 2007 y la acción de tutela fue presentada el 27 de marzo de 2008, esto es, cuatro meses después, término que se juzga razonable para promover la protección de los derechos fundamentales presuntamente afectados con tal determinación.

3.6. Por último, la Sala debe establecer si existió temeridad en el ejercicio de la acción de tutela, ya que según la afirmación hecha por el apoderado del Banco de la República la accionante formuló con anterioridad y por los mismos hechos otra tutela contra esa entidad y Bancoldex, para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Debe recordarse que para que se configure temeridad en el ejercicio de la acción de tutela (art. 38 D.2591 de 1991) deben concurrir, (i) identidad fáctica en relación con una acción de tutela presentada previamente; (ii) identidad de demandante, en cuanto la nueva tutela se presenta por parte de la misma persona o su representante; (iii) identidad del sujeto accionado, (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción.<sup>2</sup>

Revisado el expediente se observa que obra copia de la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió la impugnación que presentó la ahora accionante contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal del 7 de mayo de 2007 que negó la tutela presentada por la señora Sánchez de Kongas contra Bancoldex y el Banco de la República, por presunta violación de sus derechos a la seguridad social, mínimo vital, vida, dignidad, igualdad y trabajo, presuntamente vulnerados por las accionadas al negarle el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Con base en tal información ha de concluirse que en el asunto que se revisa no existe temeridad de la acción de tutela, pues es evidente que no hay identidad del sujeto accionado, ya que en la presente oportunidad el amparo se dirige contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; además, el motivo de la acción actual es distinto al otrora invocado, pues en la presente la demandante no pretende el reconocimiento y pago de la pensión sino “dejar sin valor ni efectos” el auto proferido el 23 de noviembre de 2007 por la corporación judicial accionada, para que declarando no probada la excepción previa de falta de jurisdicción nacional, “disponga seguir con la actuación”.

Hecho el anterior análisis, la Sala estima que la presente tutela resultaba procedente como mecanismo principal y directo de defensa judicial, al estar satisfechos los presupuestos generales de procedibilidad de la acción.

4. Acción de tutela contra decisiones judiciales e inexistencia de vía hecho en el caso concreto.

4.1. Otro asunto que debe ser abordado antes de efectuar el examen de fondo es el atinente a la procedencia muy excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, toda vez que la acción que se revisa está dirigida contra el auto dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó el de primera instancia proferido por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, que por falta de jurisdicción dio terminado el proceso adelantado por la accionante contra Bancoldex y el Banco de la República, para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Al efecto, debe recordarse que según constante jurisprudencia constitucional, si bien es cierto que en virtud de la sentencia C-543 del 1° de octubre de 1992 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban la acción de tutela contra decisiones judiciales que pongan fin a un proceso, al estimar precisamente inviable el especial amparo constitucional en actuaciones dentro de las cuales están previstos, al interior del respectivo proceso, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, allí mismo fue contemplada la excepción cuando se estuviere en presencia de “una actuación de hecho” perpetrada por el propio funcionario judicial.

Desde entonces, paulatinamente fue conformándose la doctrina de la “vía de hecho”, a partir

de la cual y de manera muy excepcional, se permite el uso de la acción de tutela para remover aquellas “decisiones” que formal y materialmente contrarían, de manera evidente, grave y grosera, el ordenamiento constitucional, de modo que no pueden en realidad reputarse como verdaderas providencias judiciales, pues sólo son arbitrariedades con apariencia de tales.<sup>3</sup>

4.2. La noción de “vía de hecho” se ha venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte<sup>4</sup>, de manera tal que actualmente se emplea el concepto de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, el cual abarca los distintos supuestos en los que, para la mayoría de la Corte, una decisión judicial que implique una vulneración grave de derechos fundamentales puede ser dejada sin efectos mediante un fallo de tutela.

4.3. En el caso que se revisa, la Sala no encuentra motivo alguno para pensar que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en grave afrenta a los derechos fundamentales de María Lucy Sánchez de Kongas, al desatar desfavorablemente el recurso de apelación que interpuso contra el auto dictado por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de la misma ciudad, por el cual terminó, por falta de jurisdicción, el proceso laboral promovido contra Bancoldex y el Banco de la República para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

“Establece el artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo que el mismo rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad, por lo que es dable entender que el indicado precepto regula las relaciones dadas entre trabajadores y empleadores cumplidas en territorio colombiano, contrario sensu excluye de su ordenamiento los vínculos laborales cumplidos en el extranjero y que se presenten entre personas, colombianos o extranjeros, que no habiten en Colombia.

Descendiendo al caso concreto, no cabe duda alguna acerca de que el lugar donde la demandante prestó sus servicios fue Toronto Canadá. Así por ejemplo el contrato de trabajo (folio 52) suscrito entre las partes, el día 2 de junio de 1986, en su numeral séptimo estableció como domicilio para su cumplimiento la ciudad de Toronto, igualmente, se desprende lo mismo del contrato constante a folios 56 y 57 del plenario. A su vez en carta suscrita por el señor Manuel Cárdenas director de PROEXPO (folio 51), se fijó que su contrato laboral tendrá las características de un contrato local que ha de celebrarse en Ottawa con el

director de nuestra oficina, conforme a la legislación laboral canadiense. Parámetros ratificados en comunicación de fecha 10 de diciembre de 1980 (folio 52), mediante la cual se dispuso expresamente que el contrato de trabajo estaría regido por la ley canadiense y por consiguiente las obligaciones y derechos que de él se desprendan, estarían regulados por las normas establecidas para los trabajadores en este país.

Se concluye así que la demandante, durante el periodo que prestó sus servicios personales, inicialmente para el Fondo de Promoción de Exportaciones PROEXPO y posteriormente para el BANCOLDEX, lo hizo en territorio canadiense, es decir, bajo el imperio de la ley canadiense. En consecuencia, en aplicación del principio 'lex loci solutionis' los efectos del contrato de trabajo suscrito entre las partes en contienda, deben regirse por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido, como efectivamente lo decidió el a quo.

... ..”.

El anterior análisis que hizo el Tribunal es consecuente con los hechos probados en el expediente, toda vez que efectivamente en la carta de intención a la que hace referencia, cuya copia se adjuntó a la tutela (f. 73 cd. pruebas), se lee lo siguiente:

“Bogotá, 14 de octubre de 1980

Señora

LUCY SANCHEZ DE KONGAS

Ciudad

Apreciada señora:

Tenemos el gusto de comunicarle que el Fondo de Promoción de Exportaciones ha decidido contratarla para desempeñar el cargo de Auxiliar en la Oficina Comercial de Colombia en Ottawa, con una asignación mensual de US \$1. 100.00.

Su contrato laboral tendrá las características de un contrato local que ha de celebrarse en Ottawa con el Director de nuestra oficina, conforme a la legislación laboral canadiense.

Para el efecto le agradeceríamos presentarse en la fecha acordada a la mencionada oficina

situada en la siguiente dirección: 330 Sparks Street, Suite 2811 Tower "C" Ottawa - Canadá -K1R-7R9.

El Director de la misma le asignará también las funciones a desempeñar y le impartirá las instrucciones pertinentes.

Deseándole muchos éxitos en las nuevas labores como Auxiliar de la Oficina de Proexpo en Canadá, nos suscribimos de usted, atentamente.

Fdo. Manuel José Cárdenas

Director". (Subraya la sala).

En comunicación PX-OTT 448 (fs. 74 y 75 cd. pruebas), también dirigida a la accionante con fecha diciembre 10 de 1980, el Director de la Oficina de la Oficina de Proexpo en Ottawa, le hace las siguientes precisiones:

"Ottawa, diciembre 10 de 1980

PX-OTT 448

Sra Da.

Lucy Sánchez de Kongas

E.S.M.

Apreciada señora:

De conformidad con nuestras conversaciones anteriores e instrucciones recibidas en las Oficinas Centrales de Proexpo, en Bogotá, me complace ratificarle su designación como Auxiliar de esta oficina con retroactividad al primero de diciembre, fecha en la cual Ud. efectivamente inició sus actividades.

Su vinculación laboral con esta oficina estará regida por las siguientes condiciones:

... ..

Su contrato de trabajo estará regido por la ley canadiense y por consiguiente las obligaciones y derechos que de él se desprenden, estarán regulados por las normas establecidas para los trabajadores en este país, en cuanto ellas sean aplicables por razón de la Visa que le sea concedida por las autoridades competentes.

De antemano agradezco a Ud. su colaboración y me suscribo muy atentamente,

Jaime Ochoa Arizmendi

Director.” (Subraya la Sala).

Así mismo, en los contratos de trabajo suscritos por la accionante quedó claramente establecido que “el domicilio para el cumplimiento del este contrato será en la ciudad de Toronto en las oficinas de la Misión” (fs. 77 y 79 cd. pruebas), cláusula que fue desarrollo del mandato contenido en el parágrafo 3° del artículo 28 del Decreto 1175 de 1976 (junio 9), por el cual se reformaron los estatutos del Fondo de Promoción de Exportaciones, según el cual “el personal distinto al que se designa por decreto y que se enganche directamente en las oficinas del exterior, será nombrado por los respectivos agregados o quienes hagan sus veces, y estará sujeto en sus relaciones laborales a la legislación del país en el cual preste sus servicios”.

Por lo anterior, no erró el Tribunal al dar aplicación al artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual ese ordenamiento “rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”, pues quedó plenamente establecido que la labor contratada fue desarrollada por la accionada íntegramente en territorio extranjero y, por lo tanto, no estaba sometida a la legislación colombiana ni al juez colombiano que, en virtud de la citada disposición legal, carece de jurisdicción y competencia para conocer de controversias en las que se encuentran comprometidos servicios personales prestados totalmente por un trabajador en el exterior.

Además está acreditado, (i) que el contrato de trabajo celebrado entre las partes se sometió en todo a la legislación extranjera; (ii) el empleador no estaba radicado en Colombia sino en Ottawa (Canadá); (iii) la demandante ejecutó el contrato en el exterior bajo directa y exclusiva subordinación del director de la oficina de Proexpo en ese país, fijando allí para tal efecto su domicilio; y (iv) el contrato de trabajo y su liquidación se pactaron bajo las leyes

foráneas, por expreso acuerdo de las partes contratantes.

La decisión del Tribunal accionado consulta así mismo la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la territorialidad de la ley laboral colombiana, según la cual “el principio general es que con arreglo al artículo segundo del Código Sustantivo del Trabajo la legislación colombiana no se aplica a servicios prestados en el exterior, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso, caso en el cual el empleador contrae un deber cuya fuente es su propia voluntad, sin que nada impida que se obligue a ello, preservándose así los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad”. 5

Para llegar a tal conclusión, bastaban las pruebas mencionadas, sin que fuera relevante para el Tribunal tener en cuenta, por impertinentes, el contrato para la organización y administración del Proexpo del año 1967, el acta de terminación y liquidación de ese contrato, la certificación de Fiducoldex sobre tiempo de servicio y remuneración de la accionante y su pasaporte oficial.

Por otra parte, lo decidido por la corporación accionada coincide con un asunto semejante fallado por la Sala de Casación Laboral de la Corte en sentencia 14 de septiembre de 2005, M. P. Isaura Vargas Díaz, que no casó la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso instaurado por Liliana Gómez Molina contra Bancoldex y Fiducoldex, para que se declarara la existencia de una relación laboral y la consecuente responsabilidad por las obligaciones causadas.

“... si la Corte analizara la conclusión que el Tribunal extrajo del artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo con fundamento en las sentencias de casación transcritas, y en las conclusiones fácticas en cuanto a que tanto el contrato como la prestación de servicios de la demandante se efectuaron en la ciudad de New York, bajo las condiciones de los estatutos de Proexpo, que señalan que ‘las personas que se enganchan en las oficinas del exterior estarán sujetos a la legislación del país en el cual presten sus servicios, en lo que hace a las relaciones laborales (folio 148, cuaderno 2); resulta que no fue desacertado su entendimiento, por cuanto, la jurisprudencia ha sostenido con base en el principio de la ‘lex loci solutionis’ que su carácter no es absoluto, por cuanto en especiales circunstancias en

que el contrato es realizado en el país, entre nacionales y bajo las leyes colombianas, pero ejecutado en el exterior, cabe su solución dentro de nuestra legislación laboral; situación que no corresponde a la aquí analizada, por cuanto de acuerdo a los hechos establecidos e inmutables dentro de la vía seleccionada para formular el cargo, la demandante fue contratada en la ciudad de Nueva York y fue allí donde se ejecutó el contrato de trabajo. Por lo anterior, el cargo no prospera.”

Conviene precisar que aunque la accionante fue contactada en Colombia para realizar la labor contratada, su vinculación se llevó a cabo en Ottawa (Canadá), quedando allí bajo la directa subordinación del director de la oficina de Proexpo en esa ciudad, sin que hubiere pactado sujeción a la ley colombiana, evento en el cual su situación hubiera sido distinta, ya que la relación laboral habría quedado sometida al imperio de la legislación nacional, lo cual como se ha visto no aconteció, siendo entonces atinada la valoración y la decisión que tomaron tanto el juez de primera instancia que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción así como el Tribunal Superior al confirmar tal determinación.

Entonces, no existió violación del debido proceso por parte del Tribunal accionado, ya que la determinación censurada fue proferida con arreglo al procedimiento establecido para el trámite del recurso de apelación y dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 2° del CST sobre territorialidad de la ley colombiana; tampoco se le conculcó el derecho de acceso a la administración de justicia, porque la pretensión de la demandante fue tramitada y decidida con base en el anotado principio, quedándole claro que debe ventilarla ante la justicia extranjera porque la ley colombiana no se aplica a los contratos de trabajo celebrados y ejecutados en el exterior.

Igualmente, no se presentó vulneración del derecho a la seguridad social, porque tanto el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá como el Tribunal accionado no se pronunciaron de fondo negándole a la peticionaria el derecho a la pensión de jubilación, sino que se abstuvieron de conocer del proceso por carecer de jurisdicción con base en la regla universal “lex loci solutionis” consagrada en el artículo 2° del CST.

Por último, en lo que respecta a la presunta vulneración del derecho a la igualdad de María Lucy Sánchez de Kongas, en razón de que el Tribunal accionado habría ignorado el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>6</sup> sobre aplicación de la ley

colombiana a los agregados comerciales y asunción de sus prestaciones por parte de Fidulcodex, sin dificultad se advierte que no se presentó tal conculcación, ya que la situación laboral de la accionante era totalmente distinta a la de los citados funcionarios, como quiera que fue contratada para desempeñar el cargo de “auxiliar” y luego fue promovida al de “asistente” del Director de la Oficina de Proexpo en Ottawa, empleos que por su propia naturaleza operativa no son equivalentes ni asimilables al de agregado comercial y no conllevan representación diplomática del país, como bien lo indica Bancoldex en su intervención y lo corrobora la certificación laboral que obra en el expediente (f. 68 cd. pruebas).

Con base en las anteriores consideraciones, esta Sala de Revisión confirmará la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que a su turno confirmó la proferida por la Sala de Casación Laboral de esa misma corporación, denegando la acción de tutela presentada por María Lucy Sánchez de Kongas contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida el 10 de junio de 2008 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la dictada el 8 de abril del mismo año, por la Sala de Casación Laboral de dicha Corte, que negó la acción de tutela promovida por María Lucy Sánchez de Kongas contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cf, entre otras, las sentencias T-414 de 1992 y SU-961 de 1999.

2 T-883 de 2001 (agosto 9), M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

3 T-001 de 2007 (febrero 18), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

4 Cfr., entre muchas otras, las sentencias T-079 y T-173 de 1993; T-231 de 1994; T-492 y T-518 de 1995; T-008 de 1998; T-260 de 1999; T-1072 de 2000; T-1009 y SU-1184 de 2001; SU-132 y SU-159 de 2002; T-481, C-590 y SU-881 de 2005; T-088, T-196, T-332, T-539, T-565, T-590, T-591, T-643, T-723, T-780 y T-840 de 2006, en algunas de estas últimas con salvamento de voto de quien obra como ponente de este fallo.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral., Sentencia de junio 28 de 2001, radicación 15468. M. P. José Roberto Herrera Vergara.

6 Se refiere al concepto con radicación N° 1472 del mayo 18 de 2006, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, que respondió la consulta Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, acerca de la entidad que debe asumir el reporte y pago de los derechos pensionales de quienes se desempeñaron como agregados comerciales, a lo que la corporación respondió que “corresponden a FIDUCOLDEX, en virtud del traslado que se le hizo de la totalidad del valor

presente del cálculo actuarial en la liquidación de las obligaciones que estaban a cargo de PROPEXPO. Así mismo, por disposición del decreto ley 274 del 2000, FIDUCOLDEX asume todos los pagos laborales, incluidas las cotizaciones a la seguridad social”.