

SENTENCIA T-1264/08

(Diciembre 18, Bogotá D.C)

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Subordinación o indefensión frente al particular accionado

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ-Alcance

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ADULTO MAYOR-Protección constitucional especial

ADULTO MAYOR-Protección especial en materia pensional

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

DERECHO DE ASOCIACION-Fundamental

COMUNIDAD DE VECINOS-Naturaleza, vigilancia y facultades sobre el espacio público

ESPACIO PUBLICO-Alcance

ESPACIO PUBLICO-Reglas constitucionales

PERSONA EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección especial

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección especial por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta

CONTRATO DE TRABAJO-Elementos

CONTRATO DE TRABAJO-Transformación en contrato a término indefinido

ACCION DE TUTELA-Imposibilidad de ordenar a los accionados el reconocimiento de los derechos pensionales del actor por no existir certeza absoluta sobre las cargas laborales que existen al respecto en términos temporales a pesar de la primacía de la realidad sobre las formas

ACCION DE TUTELA-Orden a la Secretaría de Gestión Social del Distrito de Barranquilla para determinar si el accionante reúne los requisitos para acceder a uno de los programas de protección para las personas de la tercera edad en circunstancias de debilidad manifiesta

Referencia: Expediente T-1.700.762.

Accionante: Pablo Flórez.

Accionados: Gustavo Vergara y Comunidad de Vecinos Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla.

Fallo de tutela objeto revisión: sentencia del Juez Quinto Civil Municipal de Barranquilla del 10 de abril de 2007 (sin impugnación).

Derechos vulnerados: derecho a la vida, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social de persona de la tercera edad. Vulneración: omisión del deber legal de inscribir y cancelar las mesadas pensionales de un ciudadano, por más de 20 años. Pretensión: concesión transitoria de la pensión de jubilación.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Pretensión del accionante.

El ciudadano Pablo Flórez, solicitó ante los jueces de instancia amparo constitucional contra el señor Gustavo Vergara y la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla, por considerar que la omisión de las personas accionadas de vincularlo a un fondo de pensiones o a una entidad de seguridad social, en los más de veinticinco años en que aproximadamente prestó sus servicios como jardinero en ese parque, viola sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentra aquejado por una enfermedad terminal, que le impide trabajar.

El accionante, de 70 años de edad, indica que desde al año 1982 fue contratado por el señor Gustavo Vergara, en representación de la Comunidad de Vecinos del parque Ezequiel Rosado de Barranquilla, para ejercer la labor de jardinería y cuidado del parque, ubicado en el sector comprendido entre las carrera 56 y 57 y las calles 79 y 81 de la ciudad de Barranquilla. Por motivos graves de salud, recientemente le solicitó a su empleador información acerca del fondo de pensiones al que lo tenían afiliado, en procura de su retiro laboral definitivo.

Descubrió entonces que los accionados no habían realizado aportes en materia de seguridad social en pensiones a su favor, a pesar de haber trabajado y seguir trabando en ese parque desde hace más de 20 años. De esta forma, a sus setenta años, se encontró con la imposibilidad de retirarse de laborar, a pesar de padecer de un cáncer que dificulta la ejecución de sus funciones, debido a que sin mesada alguna, no tiene dinero para sostenerse. A su vez, seguir trabajando en sus condiciones es muy complejo, porque si bien sus empleadores le afirmaron que le garantizaban la cotización en salud necesaria para el tratamiento de sus dolencias, su condición de debilidad aumenta y teme que por ello lo retiren del trabajo. Por esta razón, acude a la acción de tutela con el objetivo de que se le cancele la pensión a la que alega tener derecho, y se le permita así descansar, cuidar de su salud y tener una mesada que le asegure su sostenimiento básico, sin volverse una carga para su hija desempleada, que se ha ofrecido a acompañarlo en su enfermedad.

2. Respuesta del ciudadano accionado.

En escrito del 23 de marzo de 2007, el señor Gustavo Vergara, a través de apoderado judicial, manifestó su oposición a las peticiones del actor, así:

2.1. Afirma no ser el representante legal de la comunidad descrita, como bien lo expresa una resolución de la Gobernación del Atlántico que el accionante anexó a la tutela¹, relacionada con la constitución de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla.

2.2. Manifiesta, que en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo de Trabajo², el señor Vergara no es el empleador del accionante, pues del contrato de trabajo que presenta como prueba el actor se puede colegir que el accionado no responde a dicha calidad.

Vencido el término otorgado por el juez de instancia, la Comunidad de Vecinos, por su parte, guardó silencio frente a las pretensiones del actor³.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

Conforme a lo aportado al expediente y a lo allegado por las partes, la Sala destaca los siguientes hechos y medios de prueba relevantes:

3.1. Mediante la Resolución 669 del 26 de septiembre de 1974, el Gobernador del Atlántico reconoció la personería jurídica de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de la ciudad de Barranquilla, como una entidad dedicada al mantenimiento y embellecimiento del parque del mismo nombre, de acuerdo a la copia del acto administrativo correspondiente y a los estatutos de esa comunidad, que el actor acompaña al escrito de tutela⁴.

3.2. El señor Pablo Flórez, afirma haber laborado en el parque Ezequiel Rosado en la ciudad de Barranquilla desde el 28 de abril de 1982 hasta la fecha, tal como lo indica el contrato individual de trabajo celebrado con esa Comunidad de Vecinos, que el actor anexa a la presente acción⁵ y ratifica, en el escrito de tutela. La continuidad de la labor del actor durante todos esos años, no fue objeto de controversia por la parte accionada en la respuesta al amparo deprecado por el demandante. El contrato que se aporta, es un contrato individual de trabajo pro forma, inferior a un año, celebrado el 28 de abril de 1982, entre el actor y la Comunidad de Vecinos descrita, para realizar “labores usuales de jardinería dentro de las instalaciones del Parque, lo mismo que velar por la propiedad”. En su parte final, el contrato reza lo siguiente: “Para conveniencia del trabajador se le permite utilizar la caseta del Parque, que es de Propiedad Municipal, para habitarla, mientras sea empleado de la Comunidad de Vecinos, y a título gratuito”⁶. En declaración extrajuicio presentada por los señores Edilberto de Sales Beleño y Yolanda Baldovino Martínez, el 12 de febrero de 2008, esos ciudadanos afirman conocer al señor Pablo Flórez “y por ese conocimiento sabemos y nos consta que cuando llegamos a este sector en ejercicio de nuestras labores, ya el señor Pablo se encontraba laborando como celador del parque Ezequiel Rosado, el citado señor realizaba desde entonces y realiza aún funciones de limpieza del parque, coloca surtidores de agua para el césped y vigilante 24 horas”⁷.

3.3. El accionante, tiene 70 años de edad⁸, padece cáncer linfático, como lo acreditan los diferentes diagnósticos y órdenes médicas que anexa a la acción de tutela⁹. El demandante, además, se encuentra afiliado en al régimen contributivo en salud, a través de la EPS Saludcoop, quien le ha suministrado las radioterapias y demás procedimientos requeridos,

con ocasión de su particular condición de salud¹⁰.

3.4. El señor Pablo Flórez, manifiesta que su residencia se encuentra en el Parque Ezequiel Rosado, y que ha vivido en la casa del parque desde que inició sus labores ahí. Sostiene que el señor Gustavo Vergara es la persona que lo contrató y la que siempre le ha pagado el salario, “por más de 25 años en [su] calidad de jardinero del Parque Ezequiel Rosado, inclusive el POS al cual [se] encuentra afiliado en Saludcoop, inicialmente se cotizaba a través de él o de su esposa como patronos y después de la noche a la mañana [le] dijeron que lo iban a poner a cotizar directamente y a nombre propio pero en todo caso son ellos los que pagan las cotizaciones y se encargan de todo (...). De igual manera es el Dr. Vergara o su esposa si él no está, quien por más de 25 años siempre me ha cancelado en efectivo [su] salario en su propia casa ubicada en frente del parque¹¹”. También afirma el actor sobre la negativa del señor Vergara de reconocer su relación laboral, lo siguiente:

“[El señor Vergara] sabe quien es cada uno de los miembros de la sociedad de vecinos del parque Ezequiel Rosado quienes fueron y son sus amigos, pues él es miembro activo y cabeza visible de la misma, su casa donde reside queda prácticamente en el mismo parque, y si es verdad como él dice, que no ostenta el cargo de representante legal, ... adopta la misma ... actitud que adoptó en el Ministerio de trabajo de sustraerse y sustraer a los demás miembros de la comunidad ... y no proporciona el más mínimo nombre, ni dato que conlleve a restablecerme el derecho de tantos años vulnerado”¹².

3.5. Indica, que el señor Gustavo Vergara se ha rehusado a acudir a las citaciones realizadas por el Ministerio de Protección Social en búsqueda de una conciliación. De hecho, afirma que su empleador le ha indicado reiteradamente que si procede a demandarlo por la vía ordinaria, debe irse, pero que si no demanda, puede ocupar la casa del parque hasta que “Dios [lo] recoja (sic)”¹³. En palabras del actor, “me encuentro actualmente en el Aire, pues si me voy y demando, como lo sugiere el Dr. Vergara, de seguro no me va a alcanzar el tiempo; adicionalmente no tengo el dinero que requiere esa acción ordinaria laboral, pues si dejo de percibir el salario mensual que es con el que me he sustentado a lo largo de tantos años, (por ahora no tengo posibilidad de pensión), dejo de tener un lugar donde vivir y adicionalmente no tendría ningún ingreso ni pensión con que procurarme una nueva vivienda y una mínima alimentación. (...) El Dr. Vergara no quiere oír que ya no tengo fuerzas para cuidar el parque...”¹⁴.

3.6. El señor Gustavo Vergara, actuando mediante apoderado, y en el escrito de respuesta a esta acción constitucional, sostiene que (i) no es él, el representante legal de la comunidad de vecinos del parque Ezequiel Rosado y nunca lo ha sido. Por ende, a su juicio, la tutela carece de legitimación por activa en su contra; (ii) que el empleador del señor Pablo Flórez es la Comunidad de Vecinos demandada y no el accionado, “como lo demuestra la copia del contrato que el mismo querellante aportó”; (iii) que esa comunidad adolece de la debida inscripción de su personería jurídica, en la Cámara de Comercio de Barranquilla¹⁵ conforme a la ley y (iv) que la acción constitucional es improcedente, porque la acción de tutela es un mecanismo residual que no puede entrar a reemplazar la acción ordinaria laboral¹⁶.

3.7. Ante la creciente incapacidad física que padece el actor por su enfermedad, éste manifiesta que su deseo es trasladarse a vivir con su hija, para cuidar de su salud, en sus últimos años. Sin embargo, advierte que no puede modificar su domicilio hasta tanto se le otorgue la pensión a la que tiene derecho, pues no cuenta con los suficientes recursos económicos para sobrevivir si se retira de su trabajo, como tampoco los tiene su hija -que es desempleada- dados los costos relacionados con su manutención y la atención de su enfermedad. Por esta razón, el demandante insiste en que acude a la acción de tutela, teniendo en cuenta que su estado de salud se deteriora rápidamente, quiere descansar, y su única fuente de ingresos es la eventual pensión a la que tiene derecho y que ha sido objeto de omisión por parte de sus empleadores en su situación particular.

4. Decisión de tutela objeto de revisión.

4.1 Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla.

En sentencia del 10 de abril de 2007, el juez constitucional decidió negar el amparo de tutela. Argumentó que de la revisión del expediente, se pudo constatar que el actor se encuentra afiliado al régimen contributivo del Sistema General en Salud, por lo que no se puede concluir que exista vulneración a ese derecho, pues ha recibido la atención necesaria para el tratamiento de su enfermedad.

Por otro lado, considera que las pretensiones perseguidas en la tutela son de carácter prestacional, las cuales hacen que el amparo sea improcedente, pues la jurisdicción laboral ordinaria es la competente para resolver la disputa a la que se hace referencia, en cuanto a los derechos pensionales que alega.

5. Trámite y pruebas en sede de Revisión.

5.1. El Magistrado Sustanciador solicitó pruebas en el proceso, con el fin de determinar (i) la identidad del representante legal de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla en la actualidad; (ii) la identidad de los miembros actuales de esa comunidad; (iii) la situación pensional del ciudadano Pablo Flórez, particularmente el estado de las cotizaciones de las mesadas pensionales legales correspondientes; (iv) si el accionante continuaba ejerciendo las labores de cuidado y jardinería del parque y (v) el estado de salud actual del trabajador.

En ese sentido, se ofició a la Secretaría de Gobierno del Departamento del Atlántico para que informara a esta Corporación sobre la identidad de la persona o personas que se encontraban inscritas en la Sección de Negocios Generales de esa entidad, así como su representante legal o los pertenecientes a la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla y el estado actual de la personería jurídica de dicha entidad.

Así mismo, se le solicitó al señor Gustavo Vergara, dada su pertenencia estatutaria a esa Comunidad, que informara a esta Sala de Revisión sobre (i) la persona que en la actualidad actúa como representante legal de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado; (ii) información sobre las personas que en la actualidad pertenecen a la comunidad de vecinos y (iii) si dicha comunidad le cotizó en algún momento o no al trabajador accionante las mesadas pensionales correspondientes. Igualmente, el Magistrado Sustanciador requirió al señor Flórez, para que informara a la Sala sobre su estado actual de salud y su situación laboral

5.2. Bajo los términos del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991¹⁷, el Magistrado Sustanciador dictó una medida cautelar ordenando a la Comunidad y/o al señor Vergara abstenerse de despedir al trabajador Pablo Flórez con ocasión de la presente acción de tutela, dada la presunta amenaza que el ciudadano alegaba padecer, ante el posible ejercicio de su derecho de acción ante las autoridades judiciales correspondientes¹⁸.

5.3. En escrito del 18 de febrero de 2008, la Secretaría del Interior del Departamento del Atlántico indicó que tras revisar los archivos de la Subsecretaría de Participación Comunitaria y Convivencia, se encontró con que mediante la Resolución 669 de 1974 se le otorgó el reconocimiento jurídico a la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de

Barranquilla. La entidad añade, que en el mismo expediente no existe documentación alguna de inscripción de dignatarios, representantes legales y miembros de la Junta Directiva. Finalmente, señala que mediante el Decreto 2150 de 1995 se suprimió el trámite de reconocimiento de la personería jurídica y se le otorgó a las Cámaras de Comercio la responsabilidad de la inscripción de las entidades sin ánimo de lucro y el registro de sus dignatarios¹⁹.

En escrito del 20 de febrero de 2008, el señor Gustavo Vergara, por su parte, afirmó (i) desconocer la identidad del representante legal de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla. Así mismo, indicó que (ii) no conoce quienes en la actualidad son miembros de dicha comunidad y tampoco si existen registros sobre la misma. (iii) Finalmente señaló que como no ha ejercido la representación legal de la entidad, desconoce si la misma pudo cotizar o no mesadas pensionales a algún trabajador²⁰.

En escrito presentado el 19 de febrero de 2008, el ciudadano Pablo Flórez, por su parte, indicó que a la fecha continúa laborando en el parque Ezequiel Rosado de Barranquilla, y que el señor Vergara es quien le sigue pagando su sueldo así como la cotización al régimen contributivo de salud. Así mismo anexa una serie de certificados clínicos que dan cuenta de su enfermedad y del diagnóstico de un linfoma maligno folicular y de los tratamientos de radioterapia y quimioterapia que está recibiendo²¹.

5.4. El Magistrado Sustanciador, mediante auto del 10 de marzo de 2008, solicitó nuevamente información al accionante, teniendo en cuenta que en atención a la documentación allegada, eran necesarias nuevas pruebas para mejor proveer. De esta manera, se le solicitó al señor Flórez que enviara a la Corte Constitucional copia de todos los recibos de pagos de los salarios que hubiese devengado, así como de las cotizaciones a la seguridad social en que aparezcan los datos de su empleador. Igualmente se le solicitó que presentara cualquier evidencia que demostrara quién ejercía autoridad sobre él, esto es quién le daba las instrucciones y órdenes para el cuidado del parque; quién le suministraba los materiales para su trabajo y quién cancelaba los salarios que decía haber recibido. En el mismo auto, se ofició a la Cámara de Comercio de Barranquilla para que certificara si esta Comunidad de Vecinos aparecía registrada en sus archivos como entidad sin ánimo de lucro,

así como el nombre y dirección de su actual representante legal, si era del caso.

5.5. En escrito presentado el 26 de marzo de 2008, la Cámara de Comercio de Barranquilla certificó que no existe un registro actual en sus archivos que de cuenta de la existencia de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado o de quien ostenta su personería legal²². A su vez el ciudadano accionante, en escrito del 31 de marzo de 2008, confirmó lo indicado en su declaración anterior y en el escrito de tutela, en el sentido de que el señor Gustavo Vergara o su esposa la señora Maria Luisa de Vergara, son las personas encargadas del pago en efectivo de su salario. Adicionalmente señala que sólo hasta que le diagnosticaron cáncer en el año 2006, sus empleadores le empezaron a hacer firmar periódicamente comprobantes de esos pagos. Adjunta al escrito, una declaración juramentada elevada ante la Notaría Séptima del Círculo de Barranquilla donde ratifica cada una de sus afirmaciones realizadas, así como dos comprobantes de pagos calendados el 15 de abril de 2007 - firmado por el actor y sin ningún sello de papelería-, y el 30 de agosto de 2006 respectivamente²³, comprobante que sí fue realizado aparentemente con papelería de la Comunidad de Vecinos accionada.

5.6. En auto del 1 de agosto de 2008, el Magistrado Sustanciador, solicitó al Banco de Bogotá que certificara a ésta Corporación, la identidad del titular de la cuenta corriente que aparecía en uno de los recibos de pago de salarios aportado por el señor Flórez. Así mismo, ordenó oficiar a la Cámara de Comercio de Barranquilla, a fin de que le indicara a la Sala lo que conociera sobre los registros del numero NIT que aparecía en el mismo comprobante indicado.

En escrito presentado el 15 de agosto de 2008, el jefe de servicios de la oficina del Parque Washington del Banco de Bogotá en Barranquilla, certificó conforme a la solicitud de la Sala, que la cuenta corriente reseñada en el auto de pruebas tiene como titular actualmente a la entidad Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel A. Rosado de Barranquilla. Vencido el término probatorio la Cámara de Comercio, no dio respuesta al requerimiento de esta Corporación.

5.7. Mediante auto del 19 de septiembre del año en curso, el Magistrado Sustanciador solicitó al Banco de Bogotá, una relación de las personas naturales que a nombre de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel A. Rosado habían realizado o estuvieran realizando

transacciones bancarias desde la apertura de la cuenta corriente antes reseñada.

En escrito presentado el 8 de octubre de 2008, el jefe de servicios de la oficina del Parque Washington del Banco de Bogotá en Barranquilla, indicó que las personas autorizadas para manejar la cuenta corriente a nombre de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla, eran las siguientes: (i) Godofredo Armenta Jimeno (en calidad de Presidente de la Comunidad); (ii) Gustavo Vergara Rodríguez (actuando como subtesorero) y; (iii) Andrés Gómez García (Asistente de Presidencia)²⁴.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del 21 de septiembre de 2007 de la Sala de Selección de Tutela número Nueve de la Corte Constitucional.

2. Problema Jurídico.

2.1. Corresponde a la Corte Constitucional revisar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla, que decidió no tutelar los derechos fundamentales del ciudadano Pablo Flórez, dentro del amparo constitucional promovido por éste, contra la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla y el señor Gustavo Vergara.

Esta Sala de Revisión, en consecuencia, deberá establecer: (i) si es la tutela el medio de defensa judicial conducente para la protección de los derechos invocados por el ciudadano, o si lo pertinente, en sentido contrario, es confirmar la decisión de primera instancia que consideró improcedente el amparo constitucional para la protección del derecho a la seguridad social del actor y sus demás derechos constitucionales invocados; de concluir que la acción de tutela es procedente, la Corte deberá examinar de fondo, (ii) si la omisión en la inscripción y cancelación de las mesadas pensionales del actor, en la que incurrió aparentemente la entidad sin ánimo de lucro accionada y/o el ciudadano acusado, implican la vulneración de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del demandante, al

comprometer su dignidad y hacer de esta situación una problemática constitucionalmente relevante en las circunstancias en que se encuentra el ciudadano, o si por el contrario no existe tal vulneración fundamental y son entonces pertinentes las acciones ordinarias de orden laboral.

2.2. Para abordar las anteriores problemáticas y dar una respuesta constitucional, la Sala analizará previamente los siguientes asuntos: (i) Procedibilidad de la acción de tutela contra particulares y como mecanismo subsidiario de defensa judicial. De estimarse procedente la tutela, se revisará adicionalmente por la Sala (ii) el régimen jurídico de las comunidades de vecinos y sus facultades sobre el espacio público y la contratación laboral; (iii) las reglas jurisprudenciales alrededor de los sujetos de especial protección constitucional y su protección integral en cabeza del Estado, y (iv) el análisis del caso concreto.

3. Procedibilidad de la acción de tutela frente a particulares y como mecanismo subsidiario de defensa judicial.

3.1. Basado en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991²⁵ precisa los casos de viabilidad de la acción de tutela contra particulares, siendo será procedente cuando la solicitud de amparo busque proteger a un ciudadano que se encuentra en situación de subordinación o indefensión respecto de quien es accionado en el proceso.

A su vez, la jurisprudencia constitucional ha entendido por subordinación, aquella condición que permite que una persona se sujete a otra o resulte dependiente de ella²⁶, es decir, alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, generalmente en condiciones derivadas de una relación emanada de la ley o de una relación contractual entre las partes²⁷. Tal situación puede darse, por ejemplo, entre un empleado y su empleador en virtud de un contrato de trabajo²⁸; en las relaciones entre estudiantes y directivos de un plantel educativo²⁹; entre los copropietarios y residentes de una unidad habitacional frente a los diversos órganos de dirección y administración de la propiedad horizontal³⁰, o entre padres e hijos en virtud de la patria potestad³¹, entre otras situaciones.

El estado de indefensión, por el contrario, surge especialmente de la imposibilidad de defensa fáctica³² de una persona frente a una agresión injusta de un particular³³, más que de la obligatoriedad que se deriva de un vínculo jurídico específico. Ocurre en situaciones en las que existe ausencia o insuficiencia de medios de defensa para que el demandante pueda

resistir u oponerse a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales³⁴ derivados de la acción u omisión del particular³⁵.

3.2. De este modo³⁶, concluye la Sala, que la acción de tutela en esta oportunidad es procedente contra la Comunidad de Vecinos accionada y contra el ciudadano Gustavo Vergara, toda vez que se trata de particulares que según el señor Flórez, en su calidad de presuntos empleadores, han colocado al actor en una situación fáctica desfavorable de dependencia y subordinación, en circunstancias en que su condición de salud y de persona de la tercera edad exigen un cuidadoso análisis constitucional.

3.3. También debe recordarse que la procedencia general de la tutela, se condiciona (art. 86 C.P.) a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo o a la existencia de un perjuicio irremediable, que haga necesaria esta acción constitucional para la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En cuanto a las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de derechos pensionales, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que el amparo constitucional no es el mecanismo judicial idóneo para dar respuesta a estas específicas necesidades laborales³⁷, por cuanto existen otros medios judiciales de defensa. De hecho, la improcedencia de la tutela en tales casos ha sido la regla general, especialmente por tratarse de derechos litigiosos de orden legal, cuyo conocimiento prevalente le ha sido asignado a la justicia laboral o a la contenciosa administrativa, según el caso, siendo entonces tales autoridades las llamadas a garantizar su protección³⁸. Con todo, en algunas circunstancias concretas en las que la afectación de derechos pensionales ha comprometido derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida digna, la salud o la integridad de las personas, y además, cuando los medios de defensa ordinarios no han sido concebidos como idóneos o es demostrable la existencia de un perjuicio irremediable, esta Corporación ha protegido derechos de orden pensional, en aquellos casos especialmente en que los titulares de los mismos han sido personas de la tercera edad o ciudadanos que por su condición económica, física o mental se encuentran en una situación de debilidad manifiesta³⁹.

Precisamente en la sentencia T-463 de 2003⁴⁰, la Corte Constitucional precisó en cuanto a la protección especial de los adultos mayores en materia pensional, lo siguiente:

“Entre los sujetos de especial protección constitucional se encuentran los adultos mayores⁴¹,

quienes al alcanzar cierta edad ven disminuida su capacidad física y con ello la posibilidad de ejercer en toda su dimensión algunos de sus derechos. Dada esta pérdida progresiva de – entre otras cosas- la fuerza laboral, es probable que la única fuente de ingresos que puedan percibir sea la pensión de jubilación – quienes lograron acceder a ella, por supuesto -. Es por esto que resulta especialmente grave la no cancelación o la cancelación parcial de las mesadas pensionales, pues ello puede menoscabar el derecho a disfrutar de condiciones de vida digna⁴², el derecho a la salud⁴³ y el derecho al mínimo vital⁴⁴ , entre otros, de las personas ancianas. (...)

“¿Qué sucede entonces, cuando una persona que tiene una edad avanzada pero no ha cumplido 71 años, estimados como límite mínimo de la ancianidad, reclama la protección de derechos fundamentales cuyo objeto está constituido por pretensiones no requeridas previamente ante la administración? En primer lugar, y de acuerdo con la jurisprudencia sobre la materia, para que el no pago de las mesadas pensionales o su reajuste constituya una vulneración directa de derechos fundamentales, aquel debe afectar de manera grave la posibilidad fáctica de subsistencia del accionante, es decir, el perjuicio que ocasiona la omisión de un deber legal debe redundar en un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales de la persona. (...)”⁴⁵ (Subraya fuera del original).

Por lo tanto, en conflictos relativos al reconocimiento o reliquidación de pensiones en los que se ha demostrado la afectación de derechos fundamentales e incluso la dignidad o subsistencia de las personas, la Corte ha justificado el desplazamiento excepcional del medio laboral ordinario de defensa, cuando se ha acreditado la falta de idoneidad del mecanismo alternativo o el perjuicio irremediable, precisamente, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales.

3.4. Sobre el concepto de perjuicio irremediable, la Corte ha establecido en no pocas oportunidades, los elementos constitutivos del mismo. Dicho perjuicio, debe valorarse de acuerdo a las circunstancias de hecho en que se encuentra el actor⁴⁶, y para su identificación, deben tomarse en consideración los siguientes elementos: (a) que el perjuicio que se alega sea inminente, es decir que, “amenaza o está por suceder prontamente”⁴⁷. (b) Que las medidas necesarias para impedir el perjuicio, son urgentes, a fin de que no se de “la consumación de un daño irreparable”⁴⁸ sobre un derecho fundamental; y (c) que el perjuicio sea grave, es decir, que afecte bienes jurídicos que son “de gran significación para la

persona, objetivamente”⁴⁹ y que la gravedad de su perturbación sea determinada o determinable.

Con fundamento en los criterios anteriormente expuestos, la acción de tutela es procedente para reconocer derechos pensionales, únicamente cuando el juez constitucional llega a la convicción de que es necesario brindar una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales invocados, sea cuando ello no se puede lograr a través del mecanismo ordinario de defensa, o cuando existe un perjuicio irremediable en los términos indicados.

3.5. En el caso concreto, la Sala considera razonable concluir que las condiciones de inminencia, urgencia y gravedad que caracterizan al perjuicio irremediable, se encuentran debidamente acreditadas en la situación propuesta por el señor Pablo Flórez, a partir de un análisis de las circunstancias de hecho que rodean al actor. En efecto, si bien puede considerarse que existe otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral para la protección del derecho del actor a recibir en el futuro y a través de un proceso ordinario laboral una mesada pensional de sus empleadores en los términos en los que él la solicita, lo cierto es que en esta oportunidad el actor se encuentra en condiciones evidentes de debilidad manifiesta que amenazan con comprometer su situación básica de supervivencia y su dignidad humana, en la medida en que: (i) vive en un parque; (ii) es una persona de la tercera edad (70 años); (iii) presenta cáncer linfático; (iv) ha laborado, - y sigue laborando según indica -, por más de veinte años en ese parque de Barranquilla sin reconocimiento alguno de sus derechos pensionales; (v) además, ha sido amenazado de ser objeto de despido -esto es, de que no le sigan cancelando su salario y la cotización en salud para el tratamiento del cáncer que lo aqueja, y que deba retirarse de su casa de habitación en el parque-, si interpone las acciones ordinarias de defensa de orden laboral para el pago de su pensión; (vi) no cuenta con otros medios de subsistencia distintos a su salario y (vii) su trabajo está comprometido en concreto, - y así su manutención-, teniendo en cuenta que con ocasión de la debilidad física que padece a consecuencia de su enfermedad, se expone a ser despedido y a ser desalojado de la habitación en la que reside, por la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones laborales.

En estos términos, el perjuicio al que se enfrenta el actor ante la presunta omisión de sus empleadores, es inminente, porque de ser despedido con ocasión de su debilidad física, no tendría medio alguno de subsistencia ya que ante la edad que tiene y la enfermedad lo

aqueja, sus expectativas de un trabajo futuro son prácticamente inexistentes. Es urgente, porque esperar un pronunciamiento de la justicia ordinaria, teniendo en cuenta su enfermedad y su edad, puede significar en la práctica la denegación de los derechos fundamentales y prestacionales a los que alega tener derecho. Y finalmente el perjuicio es grave, porque de ser comprobado por esta Corte que las consideraciones del actor son ciertas, la afectación de la dignidad humana del ciudadano puede ser tan desproporcionada frente a sus derechos a la subsistencia y a la salud, que un resultado efectivo de la justicia laboral en el futuro no sería suficiente para atajar la gravedad del compromiso actual de los derechos fundamentales invocados, especialmente su subsistencia.

3.6. Así las cosas, no comparte la Corte la conclusión del juez de instancia que consideró que por tratarse de controversias surgidas a partir de obligaciones de carácter prestacional no se podía acudir a la vía constitucional para obtener un amparo.

4. Las comunidades de vecinos: su naturaleza, vigilancia y sus facultades sobre el espacio público.

4.1. El derecho de asociación, es un derecho reconocido en la historia constitucional colombiana desde tiempo atrás. El artículo 44 de la Constitución de 1886⁵⁰ permitía que todo ciudadano colombiano formara compañías, asociaciones o fundaciones, bajo la condición de que éstas no contradijeran el orden legal o moral de la República. El constituyente en la nueva Carta, recogió igualmente esta libertad en el artículo 38 de la Constitución⁵¹ de 1991, atribuyéndole a este derecho un carácter de fundamental que le ha permitido a la jurisprudencia constitucional reconocer las dos dimensiones de este derecho, a saber: como facultad de toda persona para fundar o integrar libre y voluntariamente, organizaciones reconocidas por el Estado y capacitadas para operar en el tráfico jurídico, comprometidas en la realización de diversos proyectos, ya sea de carácter social, cultural, económico, etc.; y como facultad que tiene toda persona de negarse o abstenerse de formar parte de determinada asociación y su derecho correlativo a no ser obligado ni directa ni indirectamente a ello.

4.2. Así, las comunidades de vecinos, - distintas a las juntas de acción comunal⁵² y a las reguladas actualmente por el régimen de propiedad horizontal⁵³ -, fueron concebidas antes de la Carta del 91, como asociaciones de derecho privado, sin ánimo de lucro, que debían ser

reconocidas como personas jurídicas⁵⁴ en los términos del artículo 44 constitucional de la Carta precedente, ya citado⁵⁵. Según el artículo 638 del Código Civil, las corporaciones y asociaciones de esa naturaleza, se rigen por sus estatutos, ya que sus miembros a través de ellos, establecen el objeto y la voluntad de la persona jurídica descrita. Se consolidan entonces, a partir de una declaración de voluntad colectiva, que tiene el propósito de crear una persona jurídica nueva que asuma el compromiso de llevar a cabo el beneficio común propuesto. Por ende, como asumen plena capacidad de contraer obligaciones y de ejercer derechos a partir de su reconocimiento o inscripción como personas jurídicas de derecho privado, - cuando ello es del caso⁵⁶-, puede decirse que en materia laboral también se rigen por el derecho privado.

4.3. Ahora bien, las entidades sin ánimo de lucro, en sus orígenes, conforme con el Decreto 1326 de 1922, artículo 1°⁵⁷, obtenían la personería jurídica correspondiente en las gobernaciones de cada Departamento, que eran las entidades responsables de certificar tal condición, de acuerdo al procedimiento legal correspondiente. De la misma manera, el artículo 2° del Decreto 1510 de 1944⁵⁸ recogió la disposición antes señalada y reiteró la obligación del gobierno ejecutivo a nivel departamental, de reconocer legalmente a las entidades sin ánimo de lucro. A su vez, según el Decreto 1529 de 1990 del orden nacional, “por el cual se reglamenta el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos”, el reconocimiento y la cancelación de personerías jurídicas de las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común que tuvieran su domicilio principal en un departamento, se debían regir por las disposiciones del mencionado decreto⁵⁹. Esa norma autorizaba ese reconocimiento por parte de los Gobernadores, a quienes también se les atribuyó la potestad de cancelar la personería jurídica de tales entidades e incluso de proveer en la congelación de sus fondos, cuando “la actuación que se le atribuye a la entidad es grave y afecta los intereses de la misma o de terceros, mientras se adelanta la investigación y se toma una decisión”.

4.4. Vigente la Carta de 1991, el Decreto Ley 2150 de 1996, en su artículo 40, suprimió expresamente el trámite del reconocimiento de la personería jurídica de las entidades sin ánimo de lucro contenida en las normas antes referidas y estableció, en cabeza de las Cámaras de Comercio de cada municipio y distrito del país, la responsabilidad de asumir el registro de las mismas⁶⁰. El artículo 40 de esa normativa, en su párrafo pertinente

aseguró además, lo siguiente:

“Parágrafo. Con sujeción a las normas previstas en este capítulo, el Gobierno Nacional reglamentará la forma y los plazos dentro de los cuales las personas jurídicas de derecho privado actualmente reconocidas se inscribirán en el registro que lleven las cámaras de comercio”. (Subrayas fuera del original).

4.5. El Decreto 427 de 1996, que reglamentó lo dispuesto en el artículo 40 citado, consagró expresamente además, que las entidades que debían ser objeto de dicho registro ante las Cámaras de Comercio, eran, entre otras, las asociaciones de vecinos, en la medida en que éstas no se encontraban reguladas por las leyes de propiedad horizontal del momento⁶¹. Entre tales asociaciones, pueden ubicarse sociedades de vecinos como la del “Parque Ezequiel Rosado” de Barranquilla.

4.6. Ahora bien, los artículos 7º y 8º del Decreto 427 de 1996, expresaron lo siguiente, en cuanto al requisito de la inscripción de las personas jurídicas sin ánimo de lucro ya reconocidas, para la fecha de expedición del Decreto 2150 de 1996, así:

“Artículo 7o. <Inciso 1o. modificado por el artículo 1o. del Decreto 2376 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Inscripción de las personas jurídicas actualmente reconocidas. La inscripción de las personas jurídicas actualmente reconocidas a que se refieren el parágrafo del artículo 40 y el artículo 148 del Decreto 2150 de 1995, deberá hacerse a partir del 2 de enero de 1997, en los libros que para el efecto llevarán las cámaras de comercio. La inscripción de las Juntas de Acción Comunal reconocidas como personas jurídicas de derecho privado, se realizará en el registro que lleven las Cámaras de Comercio, a partir del 31 de diciembre de 1998 (...).”⁶²

“Artículo 8o. Certificación y Archivo. A partir del registro correspondiente, las Cámaras de Comercio certificarán sobre la existencia y representación de las entidades de que trata el presente decreto, así como la inscripción de todos los actos, libros o documentos respecto de los cuales la ley exija dicha formalidad.

A partir del 2 de enero de 1997, las entidades que certificaban sobre la existencia y representación de las personas jurídicas de que trata este decreto, solamente podrán expedir el certificado especial que se indica en el artículo anterior y con destino exclusivo a la

Cámara de Comercio respectiva. Sin embargo, dichas autoridades conservarán los archivos con el fin de expedir, a petición de cualquier interesado, certificaciones históricas sobre las reformas de estatutos u otros eventos que consten en los mismos, ocurridos con anterioridad al 2 de enero de 1997.

4.7. De lo anterior es posible concluir que para constituir una entidad sin ánimo de lucro en la fecha en que fue creada la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla - esto es en el año 1974 -, era pertinente para el efecto, lograr el reconocimiento por parte de la Gobernación del Atlántico. La Resolución 669 del 26 de septiembre de 1974, del Gobernador de ese Departamento da fe de ese reconocimiento⁶³. Desde esa fecha, esa entidad debía regirse por estatutos, que en su artículo 5º le atribuyeron, además, una duración indefinida⁶⁴. En la actualidad sólo se requiere la inscripción ante la Cámara de Comercio correspondiente.

Con todo, dado que de acuerdo con el Decreto Ley 2150 de 1996, precisamente quienes prueban la existencia y representación legal de estas entidades sin ánimo de lucro son las Cámaras de Comercio, lo cierto es que toda persona jurídica de esta naturaleza, debía, a partir de las fechas indicadas por el legislador extraordinario y el decreto reglamentario 427 de 1996, inscribirse y empezar a acreditar sus modificaciones estatutarias, su representación legal, etc., ante dichas entidades supervisadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. En atención a las disposiciones de ley que se han resaltado, el incumplimiento de ese deber por parte de una persona jurídica en particular, significaría en la práctica, la omisión de un deber legal que afecta significativamente su tráfico jurídico, la oponibilidad de sus decisiones frente a terceros y las actividades propias de la persona jurídica existente.

4.8. Ello lleva a la Corte a recordar, que en lo que concierne con la inspección, vigilancia y control de estas entidades sin ánimo de lucro, el numeral 19 del artículo 120 de la Carta Política de 1886 establecía en cabeza del Presidente de la República, la atribución de ejercer las facultades inspección relaciona con instituciones de utilidad común⁶⁵ para que sus rentas se conservaran y se cumpliera con la voluntad de los fundadores. Amparado en esa determinación constitucional, la Ley 22 de 1987 estableció en su artículo 2º, que el Presidente de la Republica podría delegar en los Gobernadores de los Departamentos y en el Alcalde Mayor de Bogotá, la función de inspección, control y vigilancia sobre las instituciones de sin ánimo de lucro. El Decreto 1529 de 1990 ya citado, también se consagró la potestad

de inspección, vigilancia y control de tales entidades en cabeza de los Gobernadores⁶⁶.

La norma constitucional anterior, se reprodujo de manera similar en el artículo 189 numeral 26 de la Carta de 1991⁶⁷. Sobre el particular, el Decreto 427 de 1996 en su artículo 12, precisó igualmente lo siguiente:

“Artículo 12. Vigilancia y Control. Las personas jurídicas a que se refiere el presente decreto continuarán sujetas a la inscripción, vigilancia y control de las autoridades que venían cumpliendo tal función. (...)”.

De este modo, las entidades sin ánimo de lucro constituidas para la fecha y las que se crearon con reconocimiento de la Cámaras de Comercio, continuaron sujetas al control y vigilancia que hasta ese momento las cobijaba. En el caso de las asociaciones de vecinos, o comunidades como la del “Parque Ezequiel Rosado” de Barranquilla, la entidad que venía cumpliendo tal función era la Gobernación del Atlántico⁶⁸.

4.9. Ahora bien, frente a las facultades de las entidades sin ánimo de lucro para “contribuir” en el cuidado del espacio público y establecer el alcance de sus obligaciones en estas materias, es necesario recurrir a la Ley 9 de 1987 que permite a las autoridades locales contratar efectivamente con entidades privadas, la administración, mantenimiento⁶⁹ y aprovechamiento económico de este tipo de bienes.

Al respecto, debe entenderse por espacio público, en virtud de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, el “conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.”⁷⁰

Esta definición expande la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil⁷¹ (artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general⁷² en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva, como puede ocurrir precisamente con el caso de los parques⁷³.

La Carta de 1991 en los artículos 8274, 6375 y 10276 consagró la protección al concepto de espacio público y a los bienes de uso público, y recordó la responsabilidad del Estado en su garantía. En cuanto al uso o administración del espacio público, la Sala debe recordar igualmente, que la Carta fijó las siguientes reglas constitucionales: los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63 C.P). La Constitución política faculta a los municipios para orientar el desarrollo de sus territorios (art. 311) y regular los usos del suelo (art. 313). Precisamente, el artículo 313 de la Constitución señala que son los Concejos municipales quienes tienen la función de reglamentar los usos del suelo⁷⁷ y de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de los inmuebles destinados a la vivienda. Lo anterior, implica que cada municipio fija sus reglas de manera autónoma, no sólo en lo relacionado con la actividad urbanizadora, sino en lo concerniente a las áreas del suelo que tienen el carácter de espacio público, al establecer criterios con arreglo a los cuales la administración, generalmente por conducto de los Departamentos de Planeación, determinará dicha destinación⁷⁸. Desde el punto de vista legal, la La ley 152 de 1994 (Art. 41) estipuló que además del Plan de Desarrollo, los municipios contarían con un Esquema de Ordenamiento Territorial. La Ley 99 de 1993 (Art. 65-8) estableció que los municipios deberían dictar sus propias normas sobre ordenamiento territorial y reglamentación del uso del suelo, de conformidad con la Constitución y la Ley. En la Ley 388 de 1997 se estableció la obligación de localizar y dimensionar el equipamiento colectivo y los espacios libres para parques y zonas verdes, los cuales debían regularse de manera especial dentro de las normas urbanísticas, tanto estructurales como generales.

Igualmente, y de conformidad con el artículo 315 de la Carta, los Alcaldes, en su calidad de primera autoridad de policía en el área de su competencia, son quienes deben cumplir y hacer cumplir en el respectivo ámbito territorial, las normas constitucionales y legales y las que expida el Concejo Municipal correspondiente, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con el concepto de espacio público. Por ende, es en los Alcaldes en quienes recae por expresa atribución constitucional la responsabilidad de hacer cumplir por todos los ciudadanos las normas relativas a la protección y acceso al espacio público en su respectiva localidad, atendiéndose, como es apenas natural, a las normas constitucionales, legales correspondientes.

En vista de todo lo anterior, la afectación y utilización de los bienes de uso público de conformidad con el artículo 6º de la citada Ley 9ª de 1989, “no puede quedar librada a la

voluntad de los particulares ni a la decisión de organismos administrativos a los cuáles no se confía por la Constitución la responsabilidad atinente a la definición, “planificación y regulación de su uso”.⁷⁹ En consecuencia, “los derechos y los intereses privados, sea cual fuere su origen (la ley, la concesión, el acto administrativo, etc.) si entran en conflicto con el interés público, deben subordinarse a éste”.⁸⁰

4.10. En la actualidad, la posibilidad de entregar la administración de bienes de uso público a particulares, y de promover la protección del cuidado de parques, por ejemplo, se encuentra regulada por el régimen general de contratación estatal⁸¹. De hecho, la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado de instalaciones públicas, destinadas por ejemplo, a la recreación o deporte, no sustrae tales bienes de la calidad de “áreas de espacio público”⁸², ni de los límites que por ese motivo les atribuye la ley⁸³.

5. Los sujetos de especial protección constitucional y su protección por parte del Estado.

5.1. Esta Corporación ha desarrollado todo un marco de protección alrededor de los sujetos de especial protección constitucional, haciendo énfasis sobre la responsabilidad que tiene el Estado frente a tales individuos. La cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución Política impone una obligación en cabeza del Estado colombiano de proteger de manera privilegiada a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, sancionando los abusos y maltratos que contra ellas se cometan.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente ciertos colectivos de personas. A juicio de la Corte, dada la situación de debilidad manifiesta e indefensión de algunas personas, en el marco del estado social de derecho surge la necesidad de adoptar acciones afirmativas que permitan corregir los efectos nocivos de la desigualdad, avanzar de forma consistente hacia su erradicación total y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades⁸⁴.

5.2. Para el caso de las personas de la tercera edad, en reiterada jurisprudencia⁸⁵ la Corte

Constitucional se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de los derechos de quienes son sujetos de la protección especial indicada. Así es como, el artículo 46 de la Constitución Política de 1991 establece que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. En virtud de ese mandado constitucional, la Corte Constitucional ha señalado que:

“El artículo 46 constitucional señala el derecho a una protección mínima frente a la inseguridad que significan determinadas condiciones de vida, tales como el desempleo, la falta de vivienda, de educación y salud. Derecho que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, adquiere el carácter fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su falta de reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad.

Es así como, de acuerdo con el contenido de las normas señaladas, la Constitución, al enunciar los sujetos obligados a prodigar atención o cuidado a las personas de la tercera edad, señala en una primera instancia a la familia en la que los lazos de pertenencia, gratitud, solidaridad, etc, que se presume, se han generado durante la convivencia de sus miembros, la obligan a velar por cada uno de ellos, en especial por aquellos que, dadas sus condiciones especiales, requieran de atención especial. En ausencia de la familia o ante la imposibilidad de sus miembros de asistir a los adultos mayores el Estado y la sociedad son los llamados a brindar las condiciones para que la protección se haga efectiva”⁸⁶. (subraya fuera del texto).

Este principio de solidaridad que desarrolla la Carta Política, se ve apoyado por los pactos internacionales que Colombia ha suscrito en la materia. En ese sentido es bueno recordar que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra un adulto mayor debe responder a medidas especiales de protección, como lo indica el Protocolo de San Salvador que en su artículo 17 dispone de una serie de compromisos que los Estados partes deben asumir, con respecto a las condiciones de vida de los ciudadanos de la tercera edad⁸⁷.

5.3. Por otro lado, debe advertir la Sala que en desarrollo del mandato constitucional de

protección al adulto mayor, un aspecto importante de protección es el amparo al mínimo vital de estos ciudadanos. En diferentes oportunidades, esta Corporación ha señalado de manera categórica que un Estado Social de Derecho es perentorio garantizar a estos ciudadanos los medios para acceder a una subsistencia digna. En ese sentido, ha señalado la jurisprudencia que en ocasiones, el acceso al mínimo vital para las personas de la tercera edad, se convierte en un presupuesto básico para el efectivo ejercicio y goce de los demás derechos fundamentales consagrados en la Constitución⁸⁸.

6. Análisis del caso concreto.

6.1 El juez de primera instancia, al momento de resolver el amparo de tutela impetrado por el ciudadano accionante, consideró que la acción era improcedente en atención a que la solicitud del actor surgía de una controversia sobre derechos prestacionales que debía ser resuelta por la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, como ya se explicó con anterioridad, la tutela en este caso resulta pertinente, ya que ante las circunstancias de hecho que rodean al señor Pablo Flórez, se debe concluir que existe el riesgo inminente y cierto de un perjuicio irremediable de sus derechos fundamentales.

6.2. De los hechos y las pruebas presentadas, la legislación descrita y la jurisprudencia constitucional analizada, la Sala de Revisión de esta Corporación debe hacer las siguientes precisiones:

(i) La Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado, es una entidad sin ánimo de lucro, que desde 1982 vinculó a Pablo Flórez en calidad de jardinero y celador del Parque en mención, en la ciudad de Barranquilla. El actor trabaja allí desde hace más de 25 y lo hace aún hoy en día, como lo confirman dos testigos que aportaron declaraciones extrajudiciales en las que afirman que el ciudadano sigue cumpliendo sus labores en el parque⁸⁹. Estos hechos no son refutados en modo alguno por el señor Gustavo Vergara, actual Subtesorero de esa Comunidad de Vecinos⁹⁰, quien se limita a afirmar en su defensa, (a) que no es el representante legal de esa comunidad; (b) que no sabe quien es el representante en la actualidad; (c) que no sabe quienes son los miembros que componen esa comunidad de vecinos ni sus registros y (d) que ciertamente el empleador del ciudadano, es la comunidad de vecinos y no él, como lo demuestra el contrato suscrito y aportado por el actor.

Está probado que el señor Gustavo Vergara, (a) es uno de los miembros fundadores de la

Comunidad de vecinos, según el artículo 1º de sus estatutos de esa entidad sin ánimo de lucro⁹¹. (b) Vive como lo señala el demandante, en la Cra. 57 con 79, es decir en frente del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla⁹² y (c) es el Subtesorero de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de esa Comunidad, porque la calidad de Subtesorero activo de esa entidad fue corroborada por esta Corporación de las pruebas recaudadas por la Corte, de acuerdo con la certificación del Banco de Bogotá de Barranquilla del 3 de octubre de 2008. Se recuerda además que es al señor Vergara a quien, (d) el demandante señala como quien le cancela sus salarios; quien recoge los cheques y hace recaudo de las expensas de los miembros asociados⁹³; quien paga además su salud y le da instrucciones relacionadas con el cuidado del parque desde hace 25 años.

(ii) Otros hechos le permiten confirmar a esta Corporación, adicionalmente, que la Comunidad de Vecinos accionada ha obrado en abierto desconocimiento de las disposiciones legales pertinentes en diferentes áreas, así:

(a) Esta Sala advierte que la configuración legal de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado en la ciudad de Barranquilla no cumple con los requisitos legales señalados por la ley. Particularmente esta Corporación considera alarmante que las normas sobre el reconocimiento de la personería jurídica por parte de la Cámara de Comercio de ese Distrito no se hayan observado, pues si bien la constitución de la entidad en 1974 respondió a los procedimientos indicados en su momento, sus miembros no acataron lo estipulado por el Decreto 2150 de 1995, como efectivamente se comprueba con el certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla allegado al proceso.

Se ha omitido el deber legal de ajustarse a las normas jurídicas que impusieron la obligación de inscripción de las entidades sin ánimo de lucro en las Cámaras de Comercio, junto con sus modificaciones estatutarias y el registro de su representante legal. Este hecho ha generado dificultades y confusiones a la hora de atender los requerimientos judiciales y legales de diversa índole que el actor ha intentado. En efecto, según las indagaciones de la Corte Constitucional, en los estatutos originales de 1974, aparece el nombre del señor Andrés Gómez García, como Presidente y representante legal de esa entidad⁹⁴. No obstante, en el contrato de trabajo suscrito con el actor, quien preside la entidad para el año de 1982 a nombre de la Comunidad accionada, es el señor Godofredo Armenta⁹⁵. Igualmente, según las recientes indicaciones del Banco de Bogotá, en la actualidad continúa siendo el señor

Godofredo Armenta Jimeno⁹⁶, el Presidente de esa entidad sin ánimo de lucro, aunque no existen soportes de Junta Directiva o Asamblea que acrediten dicha designación. Nótese además que por ese hecho, las presuntas conciliaciones laborales que promovió el trabajador en contra de la Comunidad de Vecinos y del señor Vergara, resultaron infructuosas, ante la dificultad de determinar con exactitud la persona que ejerce en concreto y en la actualidad la representación legal de esa Comunidad, dado que el señor Vergara siempre ha manifestado desconocer a la persona que ostenta dicha calidad actualmente y ha rechazado igualmente ser el empleador del actor, de manera directa.

(b) La Comunidad de vecinos, ha omitido también el deber legal de cumplir con los compromisos fijados en los estatutos de la Comunidad, puesto que luego de la elección de la junta directiva promovida en 1974, al parecer no han realizado convocatorias a nuevas Asambleas de asociados ni a Juntas Directivas, según la referencia misma que hace el señor Vergara en su contestación, ya que presenta los mismos documentos de 1974 como acreditantes de la comunidad, después de más de 40 años de existencia de esa entidad, y sin hacer hechos posteriores de alguna índole⁹⁷.

(c) Por si fuera poco, esta entidad ha ejercido una serie de actividades en un espacio público sin cumplir lo señalado por las leyes que sobre la materia existen. En el caso, no existe prueba alguna sobre la capacidad legal que tiene la comunidad para realizar labores de mantenimiento y cuidado en el parque, como tampoco hay certeza sobre la legitimidad para ocupar esa zona verde ya que la misma no proviene de un proceso contractual debido, que les otorgue dicha potestad.

(d) Por último, la entidad sin ánimo de lucro ha omitido también el deber legal de actualizar la relación laboral que estableció con el señor Pablo Flórez, teniendo en cuenta que el demandante acredita como único fundamento del vínculo laboral que tiene con esa Comunidad por más de 25 años, un contrato firmado en 1982 a término fijo inferior a un año. Esta situación se agrava aún mas pues el ciudadano accionante ha sido por más de 20 años contratado por esta entidad, sin seguir apropiadamente las normas laborales, desconociendo los derechos prestacionales del actor y su derecho actual a un trabajo en condiciones dignas y justas. De hecho, afirma que no le pagaron pensiones durante todo este tiempo, ni aún después de la vigencia de la Ley 100, y que sólo se le empezó a cubrir la cotización en salud a partir del año 2006, cuando se le diagnosticó el cáncer que padece. Estas consideraciones

del actor no fueron refutadas tampoco en forma alguna por el señor Vergara.

Ante esta situación, la Corte recuerda que el contrato de trabajo supone la prestación de un servicio personal, bajo dependencia continuada y subordinación, a cambio de una remuneración (art. 22 C.S.T.). Concurriendo los tres elementos esenciales el contrato de trabajo, éste existe, sin que deje de hacerlo por razón del nombre que se le de, ni de otras condiciones y modalidades que se le impongan. Es lo que la doctrina ha denominado contrato realidad⁹⁸. Por lo tanto, al trabajador sólo le bastará con acreditar la existencia de la relación laboral para que opere la presunción legal de contrato de trabajo, con lo cual se invierte la carga de la prueba para el empleador, que para desvirtuarla tendrá que acreditar que esa relación nunca estuvo presidida por un contrato de trabajo, aportando los elementos probatorios que le permitan al fallador llegar a tal conclusión⁹⁹.

En este caso sin embargo, existe prueba del contrato entre la Comunidad y el actor, ya que hay un contrato y un comprobante del pago de salario por parte de la entidad accionada¹⁰⁰ del 2006. Igualmente, el actor afirma haber trabajado por más de 25 años en el parque – consideración que no fue refutada – y sostiene seguir trabajando allí, como lo confirman dos personas que fueron testigos de ese hecho.

Por otra parte, existiendo un vínculo laboral, el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que “el contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella”. De allí, que uno de los elementos que por ley pertenecen a ese contrato, resulte precisamente la obligación del empleador de brindar protección y seguridad a sus trabajadores, cumpliendo con las obligaciones de ley (art. 56 CST)¹⁰¹. En este sentido, el hecho de que el Estado haya venido a sustituirse en la actualidad a las obligaciones patronales, no supone entonces que el empleador haya quedado liberado de sus obligaciones prestacionales. Para el trabajador, activo o retirado, la seguridad social es un derecho constitucional irrenunciable. En el evento de que el empleador no cumpla con su obligación de cancelar los aportes obrero-patronales, sobre él recae la obligación de cubrir las respectivas prestaciones sociales, derivadas por ley de la relación laboral (art. 259 C.S.T). La asunción de los respectivos riesgos por parte del Seguro Social o de los fondos de pensiones, de ser el caso, está condicionada a la cancelación completa y oportuna de los aportes obrero-

patronales al sistema de seguridad social¹⁰².

(iii) Ahora bien, encuentra la Corte que aunque el señor Vergara sostiene mediante apoderado que “no es el patrono a título directo ni como representante de persona natural o jurídica alguna en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo de Trabajo, puesto que jamás ha ostentado la representación legal de la comunidad citada, pues la representación la detenta otra persona de conformidad con la prueba presentada por el accionante”¹⁰³, lo cierto es que él es la persona que el trabajador considera ejerce las funciones de empleador o de administrador de la Comunidad, porque es quien le paga el salario, le da las instrucciones y órdenes de cuidar el parque y es frente a quien el actor se considera subordinado. Además, sus atribuciones como subtesorero de la Comunidad, certificadas por el Banco de Bogotá, dan cuenta de que efectivamente el accionado cumple en la Comunidad de Vecinos una posición prominente al interior de esa entidad sin ánimo de lucro, que hace del actor un miembro del personal directivo de dicha organización.

Según los estatutos de la Comunidad, ésta contará precisamente con un Administrador, “que será el ejecutor directo de las obras y actos de la comunidad, según las instrucciones u órdenes de la asamblea General de Socios y de la misma Junta. El Administrador podrá ejercer en determinados casos particulares aquellas atribuciones que el Presidente le delegue parcialmente. Pero deberá ocuparse preferentemente de dichas obras y actos, de vigilar que los empleados subalternos cumplan debidamente sus obligaciones, de llevar o dirigir la contabilidad de las operaciones comunitarias, de preparar las cuentas, inventarios y balances (etc.)”.

Acorde con el artículo 32 del C.S.T.¹⁰⁴ entonces, las atribuciones que normalmente corresponden directamente al empleador, pueden ser ejercidas por personal directivo, con capacidad de mando, que sustituya al representado, con todos los efectos y consecuencias, de manera expresa o tácita. La figura de la representación, en efecto, implica que el delegado o encargado, obliga con sus acciones u omisiones, al representado -empleador-, quien deberá asumir las consecuencias de las conductas de aquel, por entenderse que de él provienen las gestiones, comportamientos, decisiones o directrices que ejerce e imparte el representante a los trabajadores. De esta forma, los pagos salariales, prestacionales,

indemnizatorios de los empleados corren a cargo exclusivo del empleador, sujeto del contrato de trabajo, quien se beneficia de los servicios prestados por los trabajadores, sin que transmita sus obligaciones a quien lo representa, sino que delega expresa o tácitamente sus derechos, con respecto a un grupo determinado de trabajadores que laboran para él.

Por lo anterior, colige la Corte de las pruebas presentadas, recogiendo además las observaciones descritas de la jurisprudencia constitucional, que efectivamente si existe un contrato de trabajo entre la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla y el actor, que se transformó además materialmente, en un contrato a término indefinido. Por su parte, el señor Vergara sí obró como representante de esa comunidad frente al trabajador, en la medida en que a ojos del actor es quien le da órdenes, se trata de un socio fundador de la asociación, vive en frente del parque y ocupa el cargo de subtesorero de la entidad según las acreditaciones probatorias.

6.3. Con todo, en cuanto a la pretensión particular del actor de que se le conceda por vía de tutela y de manera transitoria una mesada pensional que le permita asegurar una subsistencia digna, - ante la enfermedad catastrófica que padece y su inminente imposibilidad de trabajar -, la Corte se encuentra con la imposibilidad probatoria de acreditar debidamente algunos elementos de la relación contractual que le permitan llegar a esa conclusión que espera el ciudadano.

En primer lugar la Sala debe reconocer que pese a los numerosos intentos que se hicieron para determinar la posible representación legal de la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla, y a pesar de ser notificada en debida forma esa entidad, no fue posible establecer a ciencia cierta en quien recae actualmente la representación jurídica de la misma, teniendo en cuenta que la entidad sin ánimo de lucro ha omitido su deber legal de ajustar sus estatutos y hacer las inscripciones de ley, desde el año de 1974. Por ende, si bien la Corte podría especular y concluir que es el señor Godofredo Armenta, por aparecer en calidad de Presidente en el último certificado bancario de la Comunidad, la Corte no tiene certeza de que no se trate de quien está registrado originalmente en los estatutos de la entidad.

En segundo lugar, recuerda la Corte que en materia de reconocimiento pensional, esta Corporación, cuando ha procedido excepcionalmente a conceder la protección jurídica en

materia de estos derechos frente a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, ha contado generalmente con todos los elementos de juicio para establecer probatoriamente la existencia plena del derecho pensional que se invoca, lo que la autoriza a protegerlo de manera transitoria. En esta oportunidad, la Corte no pudo establecer desde cuando ejerció la representación tácita de la Comunidad el señor Vergara y si efectivamente el señor Pablo Flórez laboró de forma ininterrumpida como trabajador, por más de 25 años en esa entidad. Se recuerda que si bien el principio de buena fe cobija lo expresado por el actor, dado que la procedencia de la tutela en estos casos es excepcional, la Corte debía contar con otros elementos de juicio adicionales que le permitieran a la Sala constatar esta situación a ciencia cierta y establecer la existencia del derecho invocado. De las pruebas aportadas por el trabajador, éste sólo pudo presentar dos soportes del pago de salarios, uno del 2006 y otro del 2007, sin adjuntar ninguna cotización adicional o comprobante de sus más de 20 años de servicio, con lo que la Corte se encontró nuevamente con la imposibilidad de probar todas las circunstancias de hecho en materia pensional que se pretende acreditar, que no en materia laboral, que sí están debidamente probadas.

6.4. Por estas razones, la Sala concluye que le es imposible ordenar a los accionados que reconozcan los derechos pensionales del actor por vía de tutela, pues no hay una certeza absoluta sobre las cargas laborales que existen al respecto en términos temporales, a pesar de la aparente primacía de la realidad sobre las formas.

Con todo, esto no implica que la Corte Constitucional vaya a librar a su suerte al actor, que busca en esta acción un recurso último para evitar verse abocado indefinidamente a la indigencia, después de tantos años de servicio. Esta Corporación entiende que le corresponde al Estado, en consideración al principio de solidaridad y ante su omisión frente al deber de control de la arbitrariedad de los particulares vinculados a la entidad sin ánimo de lucro descrita, entrar a apoyar al actor, para que logre una forma alternativa de manutención hacia el futuro, como un mecanismo indirecto de protección del goce efectivo de sus derechos fundamentales, mientras logra el reconocimiento efectivo de sus derechos pensionales a través de la jurisdicción ordinaria laboral.

Por lo tanto se oficiará a la Secretaria de Gestión Social del Distrito de Barranquilla a fin de que establezca si existen recursos disponibles para la atención y manutención del actor dentro de los programas de cuidado al adulto mayor en el Distrito de Barranquilla, con el

propósito de que si éste decide retirarse de su trabajo, no se vea abocado a la indigencia, y se encuentre cubierto con recursos mínimos para su sostenimiento vital.

En efecto, ante las irregularidades encontradas en esta oportunidad frente a la constitución de la entidad sin ánimo de lucro accionada, se debe advertir que las autoridades públicas encargadas del control, vigilancia e inspección sobre estas comunidades de vecinos, han omitido flagrantemente su deber de vigilancia en más de 25 años. Por ende, se hace necesario oficiar a las mismas para que a partir de la notificación de la presente providencia realicen las gestiones necesarias para resolver de fondo las inquietudes sobre la constitución legal de la entidad accionada y su legitimidad para ocupar el espacio público urbano. En la toma de las decisiones administrativas conducentes para resolver las posibles inconsistencias legales que se presenten en este caso, las autoridades deberán abstenerse de poner en juego los intereses del actor, hasta tanto no se hayan consolidado las medidas en su favor, dispuestas por la Gobernación, Alcaldía u otras autoridades municipales.

Por último, la Corte considera necesario advertir que, hasta tanto no se resuelva de fondo la situación de indefensión del ciudadano accionante, éste no podrá ser desalojado de su domicilio que ha sido su casa de habitación, como es el parque. Tampoco podrá ser apartado de sus labores, hasta que exista una medida suficiente proteger al actor de la inminente lesión a sus derechos fundamentales, de forma tal que si se retira de su trabajo cuente con recursos necesarios para su sostenimiento y la protección en salud que le correspondería a una persona en su situación de debilidad.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el proceso de la referencia.

Segundo.- REVOCAR por las razones expuestas en la presente providencia la decisión del Juez Quinto Civil Municipal de Barranquilla, que resolvió la acción de tutela impetrada por el ciudadano Pablo Flórez contra el señor Gustavo Vergara y Comunidad de Vecinos Parque

Ezequiel Rosado.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaria de Gestión Social del Distrito de Barranquilla que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, determine si el accionante reúne los requisitos para acceder a alguno de los programas de previsión social de carácter nacional, departamental o municipal que protegen a las personas de la tercera edad en circunstancias de debilidad manifiesta. De encontrar que de acuerdo con la disponibilidad de servicios sociales no es viable la inscripción inmediata del actor en alguno de los programas que adelanta esa Secretaría, la Alcaldía deberá adelantar una labor de acompañamiento y de asesoramiento al actor, con el objetivo de que se lo incluya en alguno de los programas que otras entidades públicas o privadas adelanten con grupos de población que se encuentran en una situación de desprotección, a fin de que reúna las condiciones de manutención y protección en salud, que le permitan hacia el futuro proteger su dignidad y su mínimo vital. El actor deberá separarse de su trabajo en la Comunidad accionada, una vez sea incluido en alguno de los programas del distrito, que le aseguren un sostenimiento personal básico y suficiente y una protección en salud.

Cuarto.- ORDENAR a la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla y al señor Gustavo Vergara, abstenerse de dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con el señor Pablo Flórez; de retrasar o no cancelar los salarios mensuales correspondientes o de no realizar las cotizaciones en salud que le corresponden al señor, hasta tanto el actor no supere su situación de vulnerabilidad, sea por la acción efectiva de las autoridades administrativas que se proponen en esta tutela; sea porque se de una conciliación entre las partes avalada por la Defensoría del Pueblo o porque se de un fallo definitivo de la justicia ordinaria que confirme o deniegue el derecho pensional que el ciudadano solicita.

Quinto- ORDENAR a la Gobernación del Atlántico que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, realice las labores de vigilancia, control y inspección que por ley ostenta sobre la Comunidad de Vecinos Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla con el fin de determinar si existen irregularidades en la constitución legal de la misma y en la ejecución de las labores dirigidas a la consecución de sus finalidades. Con todo, la Gobernación no podrá tomar decisiones administrativas que lesiones los intereses del actor, hasta tanto no se hayan consolidado las medidas en su favor, dispuestas por la Gobernación, Alcaldía u otras autoridades municipales.

Sexto.- ORDENAR al Instituto Distrital de Urbanismo y Control de Barranquilla, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de este fallo, realice las labores de vigilancia, control y inspección que por ley ostenta sobre la Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla con el fin de determinar si existen irregularidades en las labores de dicha entidad sobre el espacio público de la ciudad. En el caso de encontrar meritos para sancionar a esta comunidad, se deberá abstener de alterar de alguna manera el domicilio del accionante, hasta que se compruebe que éste abandonó el mismo tras haber superado su situación de vulnerabilidad.

Séptimo.- ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que remita copia del expediente completo a la Regional Atlántico de la Defensoría del Pueblo, para que asesore y acompañe al actor, en la defensa de sus derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria laboral, ante las autoridades municipales de Barranquilla y en cualquiera de las circunstancias necesarias para superar su situación de debilidad. En 0.21este sentido, la Defensoría de conformidad con sus responsabilidades legales, deberá disponer lo necesario para cerciorarse de que el actor ha sido incluido en algunos de los programas sociales referidos en la orden segunda de esta providencia o ha superado a través de la actuación de la justicia la situación de vulnerabilidad.

Octavo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 32, cuaderno 1.

2 Artículo 32.-Modificado por el Decreto 2351 de 1965, Artículo 1o. Representantes del patrono. Son representantes del patrono, y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas: a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono. b) Los intermediarios.

3 En el folio 27, cuaderno 2 del expediente de tutela, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla, ofició “a la Entidad Comunidad de Vecinos del Parque Ezequiel Rosado de Barranquilla y a su representante legal Gustavo Vergara R o quien haga sus veces”, sobre la tutela de la referencia. Con oficio 663 del 20 de marzo de 2007 se notificó a la comunidad de vecinos accionada, sin recibir respuesta alguna.

4 Cfr. Folios 18-23, cuaderno 1.

5 Cfr. Folio 17, cuaderno 1.

6 Cfr. Folio 17, cuaderno 1.

7 Folio 27, cuaderno 2.

8 Copia de la cédula de ciudadanía (folio 11, cuaderno 1).

9 Cfr. Folios 13-16, cuaderno 1.

10 Copia del Carnet de afiliación y de los exámenes médicos que le han practicado. Folios 12 a 16 cuaderno 1.

11 Cfr. Folio 48, cuaderno 1.

12 Cfr. Folio 49, cuaderno 1.

13 Cfr. Folio 3, cuaderno 1.

14 Cfr. Escrito de tutela. Folio 3, cuaderno 1.

15 Cfr. Folio 32, cuaderno 1.

16 Contestación de la tutela. Folios 31 a 37, cuaderno 1.

17 Artículo 7o. Medidas Provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. //Sin embargo, a petición de parte o de oficio se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. //La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como con secuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. // El juez podrá, de oficio o a petición de parte por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

18 En el auto de la referencia, se suspendieron además los términos del proceso.

20 Cfr. Folio 22, cuaderno 2.

21 Cfr. Folio 29, cuaderno 2.

22 Cfr. Folio 51, cuaderno 2.

23 Cfr. Folios 53-56, cuaderno 2.

24 Cfr. Folio 72, cuaderno 2.

25 Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización. (...) 9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela. (Nota: Ver sentencia C-134 de 1994).

26 Ver sentencias T-290 de 1993 y T-808 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

27 Sentencia T-377 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

28 Ver, entre otras las sentencias T-099 de 1993, T-627 de 2004, T-362 de 2004 y T-165 de 2004.

29 Sentencia SU -641 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

30 Ver las sentencias T-761 de 2004, T-1193 de 2003, T-633 de 2003, T-596 de 2003 y T-555 de 2003.

31 Ver, por ejemplo, sentencia T- 290 de 1993; SU-519 de 1997; T-172 de 1997, T-1686 de 2002, T-1750 de 2000, T-921 de 2002, T-211 de 2001, T-611 de 2001 y T-482 de 2004.

32 Sentencia T-290 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

33 Sentencia T-761 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

34 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-537 de 1993, T-190 de 1994, T-379 de 1995, T-375 de 1996, T-351 de 1997, T-801 de 1998 y T-277 de 1999, T- 1236 de 2000, T-921 de 2002 y T-377 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

35 Sentencia T-296 de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Cfr. también la sentencia T- 172 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y la providencia T- 482 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

36 Ver sentencias T-036 de 1995, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-379 de 1995, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-375 de 1996, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y; T-1302 de 2005 MP: Jaime Córdoba Triviño.

37 Ver entre otras las sentencias T-1089 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis y la T-607, y T-562 de 2005 Marco Gerardo Monroy Cabra. Además, las T-487 de 2005, T-245 T-812 y T-083 de 2004, T-463 de 2003, T-1042 y T- 634 de 2002, T-1316 y, T-977 de 2001, T-1116 y T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 y T-325 de 1999, T-718 y T-116 de 1998, T-637 de 1997, T-371 de 1996, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

38 Sentencia T-1089 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis

39 En efecto, con fundamento en los artículos 13 y 46 de la Carta, el Estado tiene el deber de brindar una protección especial a aquellas personas que se encuentren en tales circunstancias. Ver Sentencia T-1089 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-487 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. También la T-083 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

40 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

41 Ver, entre otras, las sentencias SU-043 de 1995, SU-III1 de 1997, SU-480 de 1997 y T-670 de 1997.

42 Ver las sentencias T-042 de 2001, T-481 de 2000, T-099 de 1999, T-351 de 1997, T-426 de 1994 y T-116 de 1993

43 Ver las sentencias T-443 de 2001, T-360 de 2001, T-518 de 2000 y T-288 de 2000

44 Ver las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997.

45 Ver las sentencias: T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T.637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992

46 Sentencia T-383 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

47 Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

48 Sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, citada en la sentencia T-206 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

50 Artículo 44. Constitución Política de 1886. Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas. Las asociaciones religiosas deberán presentar a la autoridad civil, para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, autorización expedida por la respectiva superioridad eclesiástica”.

51 Artículo 38. Constitución Política de 1991. “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

52 Al respecto, ver originalmente la Ley 19 de 1958 y recientemente la Ley 743 de 2002.

53 Ver la Ley de Propiedad Horizontal, Ley 675 de 2001.

54 Al respecto, el artículo 633 del Código Civil colombiano establece que toda persona jurídica se entenderá como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. El artículo 634 del C.Civil establece además que, “ No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de la Ley”.

54 Artículo 38. Constitución Política de 1991. “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

55 Las personas jurídicas sin ánimo de lucro son generalmente de derecho privado. No obstante pueden existir algunas otras relacionadas con atender funciones administrativas o prestar servicios públicos etc. En tal caso, se regirían por el Decreto 3130 de 1968 y por la Ley 489 de 1998 artículo 70. Las privadas, si tuviesen ánimo de lucro, serían concebidas como sociedades civiles, cuyo régimen es el de la Ley 222 de 1995 y el del Código de Comercio, ya que la ley que se cita, unificó el tratamiento para las sociedades civiles y comerciales.

56 Ver el pie de página anterior y el Decreto 2150 de 1996.

57 Artículo 1°. Decreto 1326 de 1922. “Las solicitudes sobre reconocimiento de personería jurídica deberán dirigirse por conducto de la respectiva Gobernación, la cual, antes de enviarles al Ministerio de Gobierno deberá emitir su concepto sobre si los fines y organizaciones de la respectiva entidad no contienen nada contrario a la moralidad ni al orden legal, y si reúnen los demás requisitos que las leyes exigen para el reconocimiento de las personas jurídicas”.

58 Artículo 2°. Decreto 1510 de 1944. Las solicitudes sobre reconocimiento de personería jurídica, que por mandato del Decreto 1326 de 1922, hacia el Gobierno, deberán dirigirse por conducto de la respectiva Gobernación, la cual antes de enviarla al Ministerio de Gobierno, para su reconocimiento, deberá emitir su concepto sobre si los fines y organización de la respectiva entidad no contienen nada contrario a lo moral ni al orden legal, y si reúne los demás requisitos que las leyes exigen para el reconocimiento de de las personas jurídicas.

59 En el caso de Bogotá, el decreto correspondiente es el Decreto Distrital 059 de 1991 que confirió al Alcalde Mayor de Bogotá esa potestad de inspección y vigilancia.

61 Artículo 2°. Decreto 427 de 1996. “Conforme a lo dispuesto por los artículos 40 a 45 y 143 a 148 del Decreto 2150 de 1995 se registrarán en las Cámaras de Comercio las siguientes personas jurídicas sin ánimo de lucro (...) 8. Asociaciones de copropietarios, coarrendatarios, arrendatarios de vivienda compartida y vecinos, diferentes a las consagrados en el numeral 5° del artículo siguiente”. El numeral 5° se refería a las asociaciones regidas por las leyes de propiedad horizontal que eran la ley 182 de 1948 y 16 de 1985, aunque ahora ya existe la Ley 645 de 2001.

62 El resto del artículo enunciado, reza lo siguiente: Para la inscripción, el representante legal de cada persona jurídica entregará a la Cámara de Comercio respectiva un certificado de existencia y representación, especialmente expedido para el efecto por la entidad competente para tal función hasta antes de esa fecha. Dicho certificado deberá contener los datos establecidos en el art. lo. del presente decreto y el nombre de la persona o entidad que desempeña la función de fiscalización. //En el evento de faltar la información señalada en el inciso anterior, las Cámaras de Comercio deberán abstenerse de efectuar la inscripción, en cuyo caso, a solicitud del particular interesado, la autoridad que expide el certificado de que

trata el inciso precedente deberá complementarla o aclararla. //Parágrafo. Los representantes legales de las personas jurídicas actualmente reconocidas a que se refiere el presente decreto deberán, al momento de solicitar el registro en la Cámara de Comercio respectiva, informar la dirección, teléfono, fax y demás datos que permitan la ubicación exacta de la misma”.

63 Cfr. Folios 18-23, cuaderno 1.

64 Cfr. Folio 21, cuaderno 1.

65 Frente al concepto de utilidad común es importante resaltar que desde sus orígenes la doctrina lo ha utilizada para referirse a instituciones que, teniendo origen privado, por razón de sus fundadores prestan a la sociedad un servicio que sin ser oficial y de la Nación, es de notoria utilidad pública. El Decreto 3130 de 1968 en su artículo 5 señalaba sobre estas entidades de utilidad común lo siguiente: “Artículo 5o.- De las fundaciones o instituciones de utilidad común. Son instituciones de utilidad común o fundaciones las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores. //Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni vinculadas a la administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza continuará ejerciéndose por el gobierno en los términos de la ley 93 de 1938 y demás disposiciones pertinentes”. De este modo, si bien en general sólo corresponden al concepto de instituciones de utilidad común las fundaciones, ya que las corporaciones y asociaciones a veces limitan su gestión a grupos específicos de la comunidad, en materia de control del Estado, se ha entendido que se tratan también de entidades cobijadas por esa acepción, si carecen de ánimo de lucro.

66 En el artículo 23 del Decreto 1529 de 1990 se dijo igualmente lo siguiente: “Los Gobernadores ejercerán la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común que tengan su domicilio principal en el respectivo Departamento, de conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1318 de 1988 y 1093 de 1989 y demás normas que los modifiquen y adicionen. Si dichas entidades tienen fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales, de recreación o deportes, se dará aplicación al Decreto 525 de 1990 y demás normas que lo modifiquen y adicionen, no solo en cuanto a la inspección y vigilancia de

éstas, sino también en lo relativo al reconocimiento y cancelación de personería jurídica y demás aspectos tratados en el mismo. Y en el artículo 24º, lo que sigue: “Inspección y vigilancia. Además de lo previsto en los Decretos 1318 de 1988 y 1093 de 1989, para ejercer la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, el Gobernador podrá ordenar visitas a las dependencias de la entidad y pedir la información y documentos que considere necesarios. Así mismo podrá asistir, directamente o a través de un delegado, a las sesiones que realicen las Asambleas de dichas entidades, con domicilio principal en el Departamento, en las cuales se elijan representantes legales o demás dignatarios”.

67 El artículo 189 de la Carta dice: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”. En el artículo 13 de la Ley 489 de 1998 se dice sobre el particular lo siguiente: “Delegación del ejercicio de funciones presidenciales. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política”. (Subraya fuera del original).

68 El Decreto 1529 de 1990 se encuentra vigente, salvo en lo concerniente con el reconocimiento de las personerías jurídicas descrito.

69 Artículo 7o. Ley 9 de 1987. Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores. Cuando las áreas de cesión para las zonas verdes y servicios comunales sean inferiores a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas, o cuando su ubicación sea inconveniente para la ciudad, se podrá compensar la obligación de cesión, en dinero o en otros inmuebles, en los términos que reglamenten los concejos. Si la compensación en dinero, se deberá asignar su valor a los

mismos fines en lugares apropiados según lo determine el Plan de Desarrollo o Plan de Desarrollo Simplificado. Si la compensación se satisface mediante otro inmueble, también deberá estar ubicado en un lugar apropiado según lo determine el mismo plan. Los aislamientos laterales, parámetros y retrocesos de las edificaciones no podrán ser compensados en dinero ni canjeados por otros inmuebles.

70 Ley 9 de 1989. Artículo 5º.

71 Corte Constitucional. Sentencia Su- 360 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver sentencia C-346 de 1997. Antonio Barrera Carbonell.

72 La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (Marienhoff).

73 Tomando en consideración las precisiones anteriores, pueden reconocerse como elementos que integran el concepto de espacio público, según la sentencia SU- 360 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) según la Ley 9ª de 1989, artículo 5, entre otros los siguientes: a) Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular (vías públicas), - como por ejemplo las calles, plaza, puentes y caminos -.b) Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, - léase estadios, parques y zonas verdes, por ejemplo-. c) Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, - es decir andenes o demás espacios peatonales-. d) Las fuentes agua, y las vías fluviales que no son objeto de dominio privado⁷³. e) Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos o para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones. f) Las áreas para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje. g) Los elementos naturales del entorno de la ciudad. h) Lo necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales i) En general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo”.

74 Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

75 Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

76 “Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

77 Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992; T- 518 de 1992; T-550 de 1992

78 Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo.

79 Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

80 Citando a Zamboni. Ver sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala constitucional. Sentencia de mayo 5 de 1981. M.P. Jorge Vélez García.

81 Artículo 1°. Ley 80 de 1993. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

82 Corte Constitucional. Sentencia. T- 288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

83 Corte Constitucional SU 360 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

84 Sentencia T-874 de 2007, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

85 Ver Sentencias T-143 de 1999, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz; T-907 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; T-754 de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; T-307 de 2006, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

86 Sentencia T-646 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

87 Artículo 17. Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de san salvador”, ratificado por el Estado colombiano el 22 de octubre de 1997. “Protección de los Ancianos. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones

adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos”.

88 Ver sentencias SU-090 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-193 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-713 de 2000, MP: Álvaro Táfur Galvis; T-1088 de 2001, MP: Manuel José Cepeda; T-772 de 2003, MP: Manuel José Cepeda; y T-362 de 2004, MP: Clara Inés Vargas

89 Folio 27, cuaderno 2.

90 Cfr. Folio 72, cuaderno 2.

91 Folio 20, cuaderno 1.

92 Folio 10, cuaderno 1.

93 Declaración extrajuicio del actor, folio 57 cuaderno 2.

94 Folio 39, cuaderno 1.

95 Anverso del Folio 17, cuaderno 1.

96 Folio 70, cuaderno 2.

97 En efecto, el apoderado del señor Vergara aporta igualmente como pruebas, los mismos documentos acreditados por el ciudadano sobre la Comunidad de Vecinos, que son la resolución y los estatutos de 1974 ya citados.

98 Sentencia T-255 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas.

99 Sentencia T-255 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas.

100 Folio 56, cuaderno 2.

101 Sentencia No. T-287/95 Eduardo Cifuentes Muñoz.

102 Sentencia No. T-287/95 Eduardo Cifuentes Muñoz.

103 Contestación de la tutela. Folio 33, cuaderno 1.

104 Artículo 32.-Modificado por el Decreto 2351 de 1965, Artículo 1o. "Representantes del patrono. Son representantes del patrono, y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas: //a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono. //b) Los intermediarios.