

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONOMICAS- Improcedencia

El propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud. Cuando la debida atención médica ya ha sido suministrada, garantizándose con ello la protección de los derechos en conflicto, no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero. El camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria. La acción de tutela no es el mecanismo adecuado para resolver controversias de naturaleza económica. No obstante, la Corte reconoce que en este caso es menester definir ciertos lineamientos a partir de los cuales se fije la responsabilidad en la prestación del servicio de salud al accionante, en razón de la pancreatitis necrotizante que padeció. Se aprecia que en el presente caso dicha responsabilidad radicaba, por un lado, en cabeza del señor Cuervo quien debía realizar los aportes al sistema general de seguridad social pues era un trabajador independiente, y por otro lado, en el Organismo Andino Convenio Hipólito Unanue que tenía el deber jurídico de verificar la afiliación al sistema de seguridad social en salud del señor Cuervo, para pagar los honorarios propios de la ejecución del contrato.

INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LOS APORTES A SALUD DEL TRABAJADOR INDEPENDIENTE

PRINCIPIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCION

PROCESO DE TUTELA-Caso en que el estado actual de éste no supone una controversia sobre derechos fundamentales

El actual estado de la controversia permite inferir que la naturaleza de este proceso ha mutado. En un primer momento, cuando se tramitaron las decisiones de los jueces de instancia, el caso versaba sobre una problemática propia de la jurisdicción constitucional pues su razón de ser era la salvaguarda de los derechos fundamentales del señor Cuervo

Hernández, motivo por el cual la acción de tutela era el mecanismo idóneo y eficaz para solicitar la protección de los derechos en conflicto. En efecto, debido a las decisiones proferidas por los jueces de instancia, la salud y la vida del peticionario ya no se encuentran en peligro. Por este motivo y de conformidad con lo expuesto en los diferentes casos de la jurisprudencia constitucional, dicho asunto debe ser tramitado ante la jurisdicción ordinaria o por medio de los mecanismos acordados entre el Estado colombiano, representado en este caso por el Ministerio de la Protección Social, y el Convenio Hipólito Unanue - ORAS CONHU. En efecto, según se estableció, el señor Cuervo Hernández fue dado de alta en el mes de febrero del año 2010. Por este motivo, la Sala considera que la fase actual de este proceso no reviste una controversia sobre derechos fundamentales. Al respecto, no le corresponde a la Corte entrar a dirimir este tipo de controversias, lo cual no implica que la Sala no considere oportuno hacer ciertas precisiones sobre quién debió asumir los gastos del tratamiento del accionante.

GASTOS DE TRATAMIENTO MEDICO DE TRABAJADOR INDEPENDIENTE VINCULADO MEDIANTE CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS A ORGANISMO ANDINO

El trabajador independiente es responsable de sufragar sus aportes al sistema de seguridad social pues de esto depende la efectiva prestación del servicio de salud. El accionante suspendió la cancelación de sus aportes en el mes de marzo de 2009, lo cual implicaría que, en principio, no podría alegar su propia culpa para solicitar la atención integral en materia del derecho a la salud. Sin embargo, en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios, suscrito entre el Convenio Hipólito Unanue ORAS - CONHU y el peticionario, se supeditaba la remuneración del mismo a que se acreditara “(...) el pago de los beneficios y demás soportes que le corresponden pagar de acuerdo al contrato y a la legislación laboral del país de residencia.” Es manifiesto que el Convenio Hipólito Unanue no verificó de manera diligente que Ludwin Andrés cumpliera con los requisitos legales y contractuales que se exigían para cancelarle la remuneración derivada de la ejecución del contrato. En conclusión, la responsabilidad de asumir los costos derivados del tratamiento del señor Cuervo corresponden, de manera concurrente, al Convenio Hipólito Unanue ORAS CONHU y al accionante pues los dos omitieron deberes legales y contractuales sobre el particular. A juicio de esta Sala de Revisión los postulados expuestos por los jueces de instancia desconocen, por un lado, las reglas jurisprudenciales precitadas con relación a la legitimación por pasiva en materia de tutela y en lo referente al carácter relativo de la inmunidad en materia

jurisdiccional, y por otro lado, presupuestos fácticos y jurídicos que definen los linderos de este proceso.

CONVENIO HIPOLITO UNANUE ORAS CONHU-Deber de verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la ley laboral con relación al pago de aportes a la seguridad social de los contratistas/MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL-Tiene la posibilidad de exigir el reembolso de los recursos destinados al cumplimiento de las sentencias de instancia

Al subsumir estas reglas con los presupuestos del caso concreto se infiere que el Convenio Hipólito Unanue ORAS CONHU, tenía el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la ley laboral con relación al pago de los aportes a la seguridad social de los contratistas vinculados a efectos de desarrollar el objeto del Convenio suscrito con el Estado colombiano. En ese sentido, dicho Convenio goza de inmunidad relativa, de conformidad con los enunciados constitucionales y legales que rigen esta institución, motivo por el cual debe responder, de manera concurrente con el peticionario, por los gastos ocasionados por el tratamiento integral suministrado por la Fundación Universitaria Santa Fe a este último. Esto significa que el Ministerio de la Protección Social tiene la posibilidad de exigir el reembolso de los recursos destinados al cumplimiento de las sentencias de instancia, por conducto de los mecanismos acordados con el Convenio Hipólito Unanue. El 1 de febrero de 2010 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó integralmente la decisión de primera instancia, la cual había protegido los derechos fundamentales del accionante. Por las consideraciones expuestas en esta providencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional revocará esta decisión y concederá al Ministerio de la Protección Social la posibilidad de exigir el reembolso de los recursos destinados al cumplimiento de las sentencias de instancia, al señor Cuervo Hernández y al Convenio Hipólito Unanue Oras Conhu, bien sea por medio de una amigable composición o por medio de las acciones correspondientes en el marco del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones para solicitar la reclamación económica derivada de este proceso.

LEGITIMACION POR PASIVA EN MATERIA DE TUTELA DE MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL-Caso en que no vulneró ni por acción, ni por omisión los derechos fundamentales del demandante/PRINCIPIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCION-Tiene carácter relativo respecto de quienes son titulares del mismo y actúan a título privado

El Ministerio de la Protección Social no vulneró, ni por acción ni por omisión, los derechos fundamentales del peticionario, razón por la cual dicha entidad no tenía legitimación por pasiva en la presente controversia. Además, como lo ha establecido la Corte Constitucional, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la costumbre internacional, el principio de inmunidad de jurisdicción tiene un carácter relativo respecto de aquellas conductas en las cuales quienes son titulares del mismo actúan, no para cumplir los fines propios del tratado suscrito con el Estado colombiano, sino que lo hacen a título privado como cuando contratan al personal que requieren para su respectivo funcionamiento.

Referencia: expediente T-2556084 Lucy Josefina Lamprea Romero en representación del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández contra el Ministerio de la Protección Social y el Convenio Hipólito Unanue-Oras Conhu.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró:

Federico Suárez Ricaurte

Bogotá, DC., trece (13) de agosto de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo dictado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el diez (10) de febrero de dos mil diez (2010), dentro de la acción de tutela iniciada por Lucy Josefina Lamprea Romero en representación del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández contra el Ministerio de la Protección Social y el Convenio Hipólito Unanue-Oras Conhu.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. El 30 de diciembre de 2005 se suscribió el Convenio de Cooperación N° 000358 entre el Ministerio de la Protección Social y el Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue. El objeto de este Convenio es “que el Organismo aporte al Ministerio, en el marco de la implementación y ejecución del Proyecto ‘Control de la Malaria en la Zonas Fronterizas de la Región Andina. Un enfoque comunitario’(PAMAFRO) (...)”

La Cláusula Quinta del mentado Convenio prescribe: “No relación laboral. Este convenio por su naturaleza no constituye vínculo laboral, entre el Ministerio y el personal que ocupe la Organización, para dar cumplimiento al convenio. En consecuencia serán de su exclusiva responsabilidad los compromisos que esta adquiera con terceras personas para la ejecución del presente convenio, respondiendo por toda reclamación que formulen sus trabajadores.”

2. El 17 de mayo de 2006 el Gobierno de Colombia y la Secretaria Ejecutiva del Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue suscribieron un acuerdo para el establecimiento de una oficina del organismo en Colombia. Los representantes de las partes en dicho acuerdo eran, por el Gobierno, el Ministerio de la Protección Social y, por la Secretaria Ejecutiva del ORAS- CONHU, un Jefe de la Oficina en el país.

En la cláusula 2.2 de dicho Convenio se enuncian las funciones de esta Secretaría en Colombia. Estas obligaciones se desarrollan en coordinación con el Ministerio de la Protección Social: “a) Coordinar las acciones necesarias con el Ministerio de la Protección Social y otras instancias gubernamentales para el cumplimiento de los objetivos del proyecto; (...) f) Establecer, previo concepto favorable del Ministerio de la Protección Social, convenios de ejecución de las actividades del proyecto con cada uno de los entes territoriales donde se adelantará este; g) Establecerá un equipo de coordinación en Colombia que articulara (sic) con la dependencia que el Ministerio de la Protección Social designe; y i) Cumplir otras funciones que la Secretaria Ejecutiva del ORAS – CONHU le asigne, previo concepto favorable del Ministerio de la Protección Social.”

3. El señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández suscribió un contrato de prestación de servicios con el Organismo Andino de Salud: Convenio Hipólito Unanue – ORAS-CONHU, para prestar

sus servicios como asesor técnico nacional desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 30 septiembre de 2009, dentro del proyecto “Control de la Malaria en las Zonas Fronterizas de la Región Andina: un Enfoque Comunitario”-PAMAFRO

La cláusula cuarta del contrato indica el valor y la forma de pago del contrato: “El organismo pagará al Asesor Técnico Nacional la suma mensual de dos mil dólares americanos (U\$ 2.000.00), por el término de duración del contrato. El Asesor Nacional realizará su informe mensual con base en los informes de los Técnicos Operativos y los resultados obtenidos en el país. El pago se realizará previa presentación de la Cuenta de Cobro y del Informe Mensual Nacional, revisado y aprobado por la Coordinación Nacional de Colombia y la Coordinación General del Proyecto PAMAFRO. Además deberá acreditar el pago de los beneficios y demás soportes que le corresponden pagar de acuerdo al contrato y a la legislación laboral del país de residencia.”

4. El 22 de septiembre de 2009, el organismo internacional nombró al señor Cuervo Hernández como representante legal en Colombia. El 6 de octubre de 2009, el Director de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó: “Tengo el honor de avisar recibo de la nota número HU-OI-PAMAFRO-713-2009 de fecha 22 de septiembre de 2009 recibida en este Ministerio el 5 de octubre de 2009, por medio de la cual solicita la acreditación del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández como Representante Legal del Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue (ORAS-CONHU), en Colombia en reemplazo de la señora Gloria Beatriz Giraldo Hincapié.”

5. El 22 de octubre de 2009, el señor Cuervo Hernández tuvo que ser atendido de urgencia por un fuerte dolor abdominal, tras lo cual fue diagnosticado “Pancreatitis Necrotizante”, por lo cual fue internado en el Hospital Universitario Santa Fe de Bogotá.

6. El señor Cuervo Hernández pagó sus aportes a la seguridad hasta el mes de marzo de 2009. Por ese motivo, no se encontraba afiliado a ninguna EPS en el momento de su enfermedad.

7. El 29 de octubre de 2009, el Organismo Andino de Salud- Convenio Hipólito Unanue, contestó una comunicación realizada por la accionante. De este texto se destaca lo siguiente:

“El Organismo Andino de Salud- Convenio Hipólito Unanue es un Organismo de Derecho Público Internacional que goza de inmunidades reconocidas en la República de Colombia. En este sentido no se sujeta a la ley nacional alguna y no se somete a los trámites y formalidades ni jurisdicciones administrativas o jurisdiccionales de ningún país.

(...) La oportunidad de hospitalización y el lugar de hospitalización ha sido resultado de una decisión personal en la que el Organismo no ha tenido conocimiento ni participación alguna y tampoco ha consentido en ella. Entendemos que por propia voluntad usted y su esposo decidieron el internamiento en una de las clínicas más caras de Bogotá sin tener los medios suficientes para solventar los pagos.

A la fecha de ocurrida la hospitalización del Sr. Cuervo, se encontraba formalmente sin contrato vigente con el Organismo, ya que el mismo había expirado el 30 de septiembre pasado.

De cualquier modo dicho contrato señala expresamente en la cláusula novena que el contratado debe mantener vigente durante todo el período del contrato un seguro de salud a su cargo. Según nos hemos enterado recientemente, el Sr. Cuervo pagó la Seguridad Social en Colombia sólo hasta el mes de Marzo de 2009. El Sr. Cuervo en consecuencia se encontraba en incumplimiento de nuestro contrato.

Sin perjuicio de lo señalado, la política humanitaria de la Institución es siempre colaborar en la medida de sus posibilidades y dentro de los límites de lo razonable con las personas que han estado vinculadas a ella. En tal virtud le hacemos notar que como una forma de solidarizarnos con su situación, refrendamos a su esposo nuestra voluntad de volver a contratar sus servicios y asimismo y sin tener garantías de que pueda cumplir las contraprestaciones a su cargo, le adelantamos el monto de U\$ 6.000 a cuenta de la extensión de contrato por el período Octubre a Diciembre 2009.”

8. El 6 de noviembre de 2009, la señora Lamprea Romero promovió acción de tutela contra el organismo internacional y el Ministerio de la Protección Social, solicitando la protección de los derechos fundamentales de su esposo. A juicio de la demandante, por la atención médica prestada se adeudaba a la Fundación Santa Fe, al momento de presentación de la acción de tutela, la suma de \$80.000.000. Según la actora, este valor ascendería mientras el señor Andrés Cuervo Hernández continuara requiriendo atención médica, por encontrarse en

estado de coma. Indicó que en caso de no pago los servicios médicos serían suspendidos, lo que colocaría en riesgo la vida del paciente.

Sus pretensiones son las siguientes: “Tutelar sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social, a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos.

Como consecuencia de dicha protección, solicitamos que (...) se ordene al Organismo Andino de Salud- Convenio Hipólito Unanue (ORAS-CONH) y/o al Ministerio de la Protección Social, independiente o conjuntamente, cancelar de manera inmediata todos los costos derivados del tratamiento hospitalario, médico y quirúrgico surgido hasta ahora, y los que surjan con posterioridad sin ninguna limitación, de tal forma que se mantenga la posibilidad de recuperación y no se ponga en peligro su vida.”

9. La señora Lamprea Romero manifestó lo siguiente con relación a la capacidad de pago del tratamiento de su esposo: “Mencionamos de manera categórica que mi esposo y yo carecemos de los recursos necesarios para cubrir el costo del tratamiento adeudado hasta la fecha, y mucho menos el que se seguirá causando mientras que él se encuentre internado, debido a que el salario que devengaba mi esposo cubría todos los gastos familiares, y yo me dedico al hogar, y al cuidado de mi hija. Adicionalmente estoy embarazada, razón por la cual no he podido ni podré generar un ingreso adicional para cubrir los gastos familiares mensuales, lo cual nos pone en una situación de total indefensión y vulnerabilidad extrema.”

Respuesta de la entidad demandada

Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela por falta de legitimación por pasiva, “por cuanto no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por la accionante en la medida que no es la entidad competente para resolver la problemática que se presenta, ni tampoco lo es para ejercer control de orden administrativo sobre el Organismo Andino de Salud Convenio Hipólito Unanue, ORAS-CONHU, por la autonomía que le pertenece.”

Aunado a lo anterior, el Ministerio indicó la naturaleza del Organismo Andino de Salud Convenio Hipólito Unanue: “El gobierno colombiano suscribió el 18 de diciembre de 1971 el Convenio “Hipólito Unanue” sobre cooperación en salud de los países del Área Andina.

Mediante Ley 41 del 5 de diciembre de 1997, el Honorable Congreso de la República de Colombia aprobó el Convenio “Hipólito Unanue”.

De conformidad con la Decisión 445 del 10 de agosto de 1998, expedida por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, se adscribió el Convenio Hipólito Unanue al Sistema Andino de Integración.

Mediante Decisión 528 del 7 de julio de 2002, expedida por el Consejo Andino de Ministro de Relaciones Exteriores, se reconoció al Convenio “Hipólito Unanue” sobre cooperación en salud de los países del área andina, la calidad de convenio social del sistema andino de integración y se le designó con el nombre de Organismo Andino de Salud- Convenio Hipólito Unanue, ORAS-CONHU.

De acuerdo con los artículos 2, 3, y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su protocolo modificadorio suscrito por el Gobierno de Colombia el 28 de mayo de 1996, aprobado por el Honorable Congreso de la República mediante Ley 457 del 4 de agosto de 1998 se establece el efecto vinculante de las decisiones aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, su entrada en vigor, una vez adoptadas y publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

El Organismo Andino de Salud Convenio Hipólito Unanue, ORAS-CONHU, suscribió un convenio con el Fondo Mundial para el refinanciamiento del Proyecto `Control de la Malaria en las Zonas Fronterizas de la Región Andina: Un Enfoque Comunitario`, el cual fue entregado a los presidentes de los países miembros de la comunidad andina durante la XVI Reunión del Consejo Presidencial Andino, celebrada en Lima, Perú, el 18 de julio de 2005.”

Organismo Andino de Salud -Convenio Hipólito Unanue-Oras Conhu

El Organismo en mención envió una comunicación al Ministerio de Relaciones Exteriores en relación con el objeto del presente proceso: “Sin que la presente nota signifique renuncia a nuestras Inmunidades y Privilegios ni sometimiento a jurisdicción nacional, el Organismo,

cumple con poner en su conocimiento la Nota Verbal remitida por este Organismo al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia con motivo de la notificación cursada por su despacho.

En dicha nota se señala que en virtud del Acuerdo entre el Gobierno de Colombia y la Secretaria Ejecutiva del Organismo Andino de Salud- Convenio Hipólito Unanue para el establecimiento de una Oficina del Organismo en Colombia, éste goza de inmunidades y privilegios y a un tratamiento conforme al derecho internacional público. En tal virtud el Organismo tiene la calidad de un Organismo Internacional y por tanto no puede ser objeto de emplazamiento judicial, ni sus bienes y haberes pueden ser objeto de medidas preventivas o de ejecución de ningún tipo por ser inalienables e inembargables en Colombia. Asimismo se señala que cualquier controversia que con motivo de contratos o relaciones de orden privado se solucionarán mediante amigable composición entre el Gobierno de Colombia y el Organismo y que en los asuntos de orden laboral corresponden ser sometidos y resueltos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano jurisdiccional del Sistema Andino de Integración del cual la República de Colombia forma parte.”

Pruebas

En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Lucy Josefina Lamprea Romero. (F. 11 Cuad. 1)
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández (F. 12 Cuad. 1)
- Copia del registro civil de matrimonio de Lucy Josefina Lamprea Romero y de Ludwin Andrés Cuervo Hernández. (F. 14 Cuad. 1)
- Copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue (ORAS-CNHU) y el señor Cuervo Hernández (F. 15-20 Cuad. 1)
- Copia de la incapacidad realizado por el médico de Emermélica, con fecha del 22 de octubre de 2009. (F. 21 Cuad. 1)

- Copia del oficio dirigido por la Dirección de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores al Organismo Andino de Salud, con fecha del 6 de octubre de 2009. (F. 22 Cuad. 1)
- Copia del oficio dirigido por el Organismo Andino de Salud a la Dirección de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha del 22 de septiembre de 2009, con radicado N° 76803 de octubre 5 de 2009. (F. 23 Cuad. 1)
- Copia del formulario de inscripción de funcionarios acreditados en Colombia. (F. 24-26 Cuad. 1)
- Copia de la misiva dirigida por el Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue a la señora Lucy Josefina Lamprea, con fecha del 29 de octubre de 2009. (F. 27-28 Cuad. 1)
- Copia del resumen clínico elaborado por la Fundación Santa Fe, con fecha del 2 de noviembre de 2009. (F. 29 Cuad. 1)
- Copia del "Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y la Secretaria Ejecutiva del Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue para el establecimiento de una oficina del organismo en Colombia." (F.39- 44 Cuad. 1)
- Copia del pasaporte diplomático del representante legal del Convenio Hipólito Unanue. (F.57-58 Cuad. 1)
- Convenio de Cooperación suscrito entre el Ministerio de la Protección Social de Colombia y el Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Proyecto PAMAFRO- Colombia. (F. 68-76 Cuad. 1)
- Copia del Acuerdo de Cartagena, Texto Oficial Codificado, de la Comunidad Andina de Naciones. (F. 77-120 Cuad. 1)
- Copia del contrato de prestación de servicios Pamafro Colombia N° C-17-2008, entre el Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito y el señor Cuervo Hernández (F. 121- 128 Cuad. 1)
- Historia Clínica completa del señor Ludwin Cuervo en CD. (F.3 Cuad. 3)
- Copia del concepto médico emitido por el Dr. Roosevelt Fajardo. (F. 6 Cuad. 3)

- Copia del certificado del Departamento de Facturación y Cartera de la FSFB en donde consta las sumas pagadas y adeudadas por el Ministerio de la Protección Social. (F. 8-11 Cuad. 3)
- Copia de las facturas de ventas emitidas por la FSFB por la prestación de servicios médicos al señor Ludwin Andrés Cuervo. (F. 12-134 Cuad. 3)

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia. Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC.

El 23 de noviembre de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. concedió la acción de tutela interpuesta por la señora Lucy Josefina Lamprea Romero. De conformidad con la decisión adoptada determinó: “Segundo. Ordenar al Ministerio de la Protección Social que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo hubiere hecho, cubra los gastos ya generados y los que surjan correspondientes a los servicios médicos, hospitalarios y quirúrgicos que le han sido prestados y se le prestarán al referido ciudadano por concepto de la pancreatitis severa que padece.

Tercero. Advertir a la señora Lucy Josefina Lamprea Romero y al ciudadano Ludwin Andrés Cuervo Hernández que de no interponer las acciones pertinentes ante la jurisdicción correspondiente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, cesarán los efectos ordenados en el numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia.”

En su providencia indicó lo siguiente, con relación a la naturaleza del Organismo Andino de Salud -Convenio Hipólito Unanue: “Conforme a los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su protocolo modificadorio, aprobado internamente mediante la Ley 457 de 1998, las decisiones aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, órgano del Sistema Andino de Integración también aprobado por Colombia junto con su protocolo modificadorio mediante la Ley 323 de 1996, tienen efectos vinculantes.

(...) el 7 de julio de 2002 el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobó la

Decisión 528, por medio de la cual se reconoció al Convenio Hipólito Unanue la calidad de Convenio Social del Sistema Andino de Integración y se le designó con el nombre de `Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue.` (...) el ORAS-CNHU es un organismo de integración subregional y con fundamento en tal calidad el 17 de mayo de 2006 suscribió con el Gobierno de Colombia un Acuerdo para el establecimiento de una oficina, instrumento que en su artículo VI señala que las oficinas del referido organismo, sus bienes, haberes y archivos gozarán de los privilegios e inmunidades previstas en el artículo 49 del Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino de 1996, aprobado mediante la Ley 323 de 1996 (...) el 3 de julio de 2008 el Ministerio de la Protección Social de Colombia suscribió el Acuerdo de Cooperación 0247 con el ORAS-CONHU, institución de integración subregional, a través del cual se comprometieron a implementar y ejecutar el proyecto `Control de la Malaria en Zonas Fronterizas de la Región Andina: Un enfoque Comunitario - PAMAFRO-COLOMBIA (...) en virtud de los referidos acuerdos y convenios así como los protocolos modificadorios de estos, y las leyes aprobatorias de los mismos, es claro que el ORAS-CNHU goza de inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución reconocidas por el Estado Colombiano, en tanto que los conflictos o diferencias entre este y el organismo pueden ser resueltos a través de arreglos amistosos (f. 43) un Tribunal Arbitral (fl. 19), o en su defecto pueden ser sometidos al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.” No obstante, indicó que esto no es óbice para que las personas no puedan acceder a la administración de justicia “(...) toda vez que en determinada conducta por el sujeto que goza de inmunidad, podría el afectado solicitar al Estado colombiano que supla la actuación del funcionario u organización respectiva, en el evento en que ello fuere posible.”

Con relación a la situación contractual del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández, señaló lo siguiente: “Así las cosas, conforme las pruebas aportadas se tiene que si bien es cierto el contrato de prestación de servicios en cuestión expiraba el 30 de septiembre de 2009, para el 22 de octubre siguiente el señor Cuervo Hernández continuaba trabajando para el ORAS-CONHU, tanto así que fue nombrado como su representante legal en Colombia y reconocido por el Ministerio de relaciones (sic) Exteriores el 6 de octubre de 2009, en tanto que ninguna de las 2 entidades encargadas de ejecutar e implementar el proyecto para el cual aquél trabajaba se percataron de que aquél efectivamente cotizara al sistema de seguridad social en salud. (...) Esa omisión o desentendimiento en la afiliación al sistema de seguridad social en salud, hace responsable al empleador del pago de los gastos médicos por enfermedad de

su trabajador, por cuanto era su deber cerciorarse que este hacía parte del mismo, como derecho irrenunciable y servicio público obligatorio consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política (...)"

Finalmente, con relación a los demás mecanismos judiciales que se podrían alegar en el presente caso, indicó: "Sin embargo, en el presente asunto debe tenerse en cuenta que existen otros mecanismos por medio de los cuales puede solucionarse la controversia laboral planteada, como puede serlo la amigable composición entre el Estado colombiano y el organismo internacional, o el sometimiento del asunto ante nuestra jurisdicción laboral, o ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en dónde (sic) podría adoptarse una decisión definitiva sobre la realidad del contrato del señor Cuervo Hernández y las presuntas faltas el empleador."

Recurso de apelación. Ministerio de la Protección Social.

La representante legal del Ministerio de la Protección solicitó que se denegaran las pretensiones de la accionante. Para sustentar su petición indicó que "en ninguna circunstancia la acción de tutela puede ser usada para obtener el pago de los servicios médicos."

Además, señaló la importancia de que los trabajadores independientes coticen de manera efectiva al sistema de seguridad social: "(...) es necesario resaltar la importancia que tiene el principio de solidaridad en el régimen de salud de la Ley 100 de 1993, el cual constituye un deber exigible a las personas, que (sic) hace referencia a la obligación que tienen los administradores de contribuir con su esfuerzo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual lleva forzosamente a concluir que éstos deban cotizar, si tienen ingresos, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en conjunto. (...) Dado que el señor Cuervo, tenía una orden de prestación de servicios que taxativamente señalaba que este debía mantener vigente un seguro de salud y pensiones él esta en la obligación de cotizar al sistema de Seguridad Social de conformidad con las normas que al respecto se han establecido."

Respecto al tipo de obligación que tenía el señor Cuervo Hernández con el Organismo demandado en esta acción de tutela, el Ministerio indicó: "Para el caso concreto, es claro que el Organismo Andino de Salud Convenio Hipólito Unanue, ORAS-CNHU, suscribió un convenio

con el Fondo Mundial para el refinanciamiento del Proyecto `Control de la Malaria en las Zonas Fronterizas de la Región Andina: Un Enfoque Comunitario`, el cual fue entregado a los presidentes de las países miembros de la comunidad andina durante el XVI Reunión del Consejo Presidencial Andino, celebrada en Lima, Perú, el 18 de julio de 2005, y que en el marco de dicho convenio se suscribió un contrato de prestación de servicios con Andrés Cuervo, dicho convenio establecía la obligatoriedad de una póliza que amparaba salud y pensiones y se establecía la no relación laboral.”

El argumento final que formuló el Ministerio de la Protección Social es la falta de legitimación por pasiva de su entidad en el presente proceso: “Independientemente de lo dicho respecto al Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre el Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue ORAS-CONHU y Ludwin Andrés Cuervo Hernández, la cláusula quinta del convenio de Cooperación 247 suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y el Organismo Andino de Salud – Proyecto Pamafro Colombia se establece claramente la no relación laboral entre el Ministerio y el personal que ocupe la Organización, en consecuencia, serán de exclusiva responsabilidad los compromisos que esta adquiera con terceras personas para la ejecución del convenio, respondiendo por toda reclamación.

Conforme con lo anterior, este Ministerio solicito (sic) la declaración de improcedencia por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esta entidad no es ni fue el empleador del accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre el accionante y esta entidad, y por lo mismo no existen obligaciones ni derechos recíprocos de índole laboral entre estos dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza alguna de los derechos fundamentales invocados por el accionante.”

Segunda Instancia. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

El 1 de febrero de 2010, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó integralmente la sentencia de primera instancia. Los argumentos que sustentaron la decisión de esta autoridad judicial fueron los siguientes: “En la cláusula 9 del contrato de prestación de servicios se estableció la obligación a cargo del contratista de tener y mantener vigente un seguro de salud durante todo el tiempo, sin embargo ello no se satisfizo en la medida en que al momento de presentarse la dolencia el afectado no estaba afiliado a ningún sistema

de seguridad social. La situación así planteada obviamente resulta reprochable tanto para las autoridades accionadas, como para el mismo ofendido, en la medida que tanto los unos como los otros, en materia de contratos tenían unas obligaciones y estaban llamados a respetarlas.”

Con relación a la obligación del Ministerio de la Protección Social en este caso, indicó: “(...) el Ministerio de Protección Social no tenía ninguna relación laboral con el afectado, sin embargo, sí estaba en la obligación, en su calidad de garante como organismo estatal, de verificar la satisfacción de la afiliación de aquellas personas vinculadas al proyecto, como que no es dable desconocer que el ente gubernamental, y como bien se anotó en el libelo de la acción, está encargado de dictar, señalar y controlar las directrices del Organismo Internacional en Colombia. (...) Ahora bien, y por qué habría de ser específicamente en este caso vigía? (sic) La razón: el proyecto que se ejecutaba no le resultaba ajeno, era el ente encargado de direccionarlo y siendo la salud un derecho del afectado, reconocido por la legislación nacional, no podía permanecer inerte de cara a su sometimiento.”

Finalizó afirmando que “El Estado colombiano tiene a su alcance, como bien se anotó en precedencia, en su condición de garante de los derechos a la salud del ciudadano Cuervo Hernández, quien ejecutaba un contrato de prestación de servicios en territorio patrio, y así considerarlo, la opción de someter la discusión que pretendió plantear al interior de la presente acción ante los organismos internacionales llamados para tal fin.”

Solicitud de insistencia

Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo presentó solicitud de insistencia “por considerar relevante el pronunciamiento que en sede de revisión pudiere hacer la Corte Constitucional, acude con solicitud de insistencia en revisión, para que, si esa Corporación así lo advierte, por un lado aclare si un organismo internacional al negarse a pagar los gastos generados por la atención médica prestada a una persona vinculada a éste mediante contrato de prestación de servicios vulnera los derechos fundamentales a la vida, la salud, integridad personal y seguridad social y, por otro, se establezca si ante la negativa del organismo internacional y aduciendo razones de inmunidad dicha responsabilidad recae en el Estado colombiano.”

En su escrito también manifestó que el Ministerio de la Protección Social fue el órgano que le solicitó a la Defensoría la interposición de esta solicitud: “El Ministerio de la Protección Social solicita a la Defensoría del Pueblo insistir ante la Corte Constitucional para la selección en la revisión de los fallos de tutela referidos por estimar que los fallos tutelados ‘Ocasionalmente ocasionan un perjuicio grave al sistema de seguridad social en salud’ habida cuenta que la suma a desembolsar asciende a cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000.00), la cual no se encuentra presupuestada a la luz de la normativa legal que rige el sistema de aseguramiento de nuestro país, (...) que el ministerio como entidad de derecho público no tiene dentro del presupuesto asignada una partida con cargo a la que jurídicamente pueda asumir la erogación ordenada en el fallo de tutela, pero además porque ‘efectuar dicho pago es abrir una compuerta de la que se pueden desencadenar un sin número de casos, en cuanto ello equivaldría tanto como a convalidar que las personas no deben sujetarse a la red de prestadores que tenga la entidad contratada bien en el régimen contributivo o en el subsidiado sino que es de su libre albedrío, la escogencia de la entidad de salud en la que desean que le presten los servicios para que posteriormente sean recobrados a este ente ministerial, que enfatizamos, no cuenta dentro del presupuesto aprobado por el Congreso de la República con una partida que le permita dicha erogación.”

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISION

El magistrado sustanciador solicitó, mediante auto de pruebas proferido el 15 de julio de 2010, la siguiente información:

“Primero.- Ordenar que por Secretaría General se le envíe copia del proceso de la referencia al Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá con la solicitud de que, en un término máximo de veinticuatro (24) horas a partir de la notificación de este auto, se pronuncie sobre los hechos y las pretensiones de la acción de tutela, y responda el siguiente cuestionario:

1. Sírvase informar a este despacho a cuál entidad promotora de salud se encuentra afiliado el señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández, identificado con la C.C. 93.401.442, de la ciudad de Piedras, Departamento del Tolima.
2. Sírvase informar cuáles servicios (medicamentos, exámenes o tratamientos) le han sido prescritos y cuáles le han sido prestados al señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández.

3. Sírvese informar cuál es el actual estado de salud del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández.

4. Sírvese informar cuáles servicios (medicamentos, exámenes o tratamientos), adicionales a los que han sido suministrados, son requeridos para garantizar un adecuado estado de salud al señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández.

5. Sírvese informar el valor que le han pagado por los servicios que su institución le ha suministrado al señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández. De igual forma, sírvese informar el valor que le adeudan por los servicios que su institución ha prestado.

6. Favor remitir todos los documentos que considere importantes para la resolución de este proceso.”

“1. No es competencia de la Fundación Santa Fe de Bogotá certificar a qué EPS se encuentra afiliado el señor Cuervo, sin embargo de acuerdo con la información suministrada por el Departamento de Facturación y Cartera de la Fundación Santa Fe de Bogotá, el señor Ludwin Cuervo en el momento que ingresó al servicio de urgencias (23 de octubre de 2009) no se encontraba afiliado a ninguna entidad promotora de salud.

Se anexa reporte tomado de la página web del Ministerio de la Protección Social y del Fondo de Solidaridad y Garantías en Salud FOSYGA, en el que consta como última fecha de cotización el mes de marzo de 2009 a RED SALUD ATENCION HUMANA EPS S.A. (Anexo 5)

2. Como informó el Departamento de Facturación y Cartera de la Fundación Santa Fe de Bogotá, al señor Cuervo Hernández se le prestaron servicios de hospitalización y cirugía, laboratorios, procedimientos, medicamentos (sic) insumos y cafetería por la suma de trescientos cuarenta millones cuatrocientos sesenta y tres mil ochocientos siete pesos M/CTE. (\$340.463.807). Se anexan las facturas y relaciones de cuentas correspondientes. (Anexo 3 y 4)

3. Según el concepto médico emitido por el Dr. Roosevelt Fajardo, médico tratante del paciente en la Fundación Santa Fe de Bogotá, el señor Cuervo fue dado de alta en el mes de enero de 2010 y según se pudo constatar en las visitas de control posteriores, a la fecha goza de buen estado de salud. (Anexo 2)

4. De acuerdo con el concepto médico del Dr. Roosevelt Fajardo, el paciente al haber sido dado de alta en enero de 2010, en la actualidad no requiere de tratamiento respecto de su patología inicial de pancreatitis necronizante.

5. Según certificación del Departamento de Facturación y Cartera de la Fundación Santa Fe de Bogotá, la cual se anexa, el Ministerio de Protección Social a la fecha ha pagado la suma de noventa y tres millones doscientos quince mil quinientos veintisiete pesos M/CTE (\$238.318.817). Anexo 3”.

El concepto que profirió el médico tratante, Dr. Roosevelt Fajardo, fue el siguiente: “el señor Cuervo Hernández ingresó al servicio de urgencias de la Fundación el 22 de octubre de 2009 y fue diagnosticado con la patología (Pancreatitis necrotizante) para lo cual se le realizaron los siguientes tratamientos (laparotomía exploratoria con 21 lavados de cavidad abdominal subsecuentes, abdomen abierto, colocación de sistema de aspiración continua (VAC) el cual debió ser cambiado en más de 30 oportunidades en la medida que iba granulando el área quirúrgica (incluso luego de salir del hospital se hizo de manera ambulatoria) traqueostomía, hospitalización en la unidad de cuidados intensivos durante varias semanas, antibióticos de amplio espectro, soporte ventilatorio y hemodinámico, rehabilitación física además de soporte nutricional) para garantizar un adecuado estado de salud de paciente.

En la actualidad el paciente Cuervo Hernández, no requiere de ningún otro tratamiento, debido a que fue dado de alta del Hospital Universitario en el mes de febrero de 2010 y según se pudo (sic) constatar en las visitas de control la fecha goza de buen estado de salud.”

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio del auto del veintitrés (23) de abril de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número

Cuatro.

Problema jurídico

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional tiene el deber de establecer si el Ministerio de la Protección Social ha de sufragar el tratamiento del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández en razón de la pancreatitis necrotizante que padeció, teniendo en cuenta que él trabajaba, mediante contrato de prestación de servicios, para el Organismo Andino de Salud Convenio Hipólito Unanue – ORAS-CONHU, el cual gozaba de inmunidad y a pesar de que el señor Cuervo no canceló sus aportes al sistema de seguridad en salud desde marzo de 2009.

Para responder el presente problema jurídico se desarrollará el siguiente orden: i) Improcedencia de la acción de tutela para solicitar el reembolso de prestaciones económicas. ii) El incumplimiento en el pago de los aportes del trabajador independiente. iii) La legitimación por pasiva en materia de tutela. iv) El principio de inmunidad jurisdiccional y v) la solución del caso concreto.

Improcedencia de la acción de tutela para solicitar el reembolso de prestaciones económicas.

1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza económica. A continuación se realizará un recuento de ciertos casos jurisprudenciales que corroboran la consolidación de este precedente constitucional ante diferentes supuestos fácticos.

En la sentencia T-080 de 1998 el accionante se afilió a Colsanitas para que le fueran prestados los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios a través de la modalidad de medicina prepagada. Con la interposición de la acción de tutela pretendió que, en aras de la protección de sus derechos a la salud y a la seguridad social, se ordenara a la compañía COLSANITAS cancelarle la suma de \$30.000.000, los cuales, según el actor, tuvo que sufragar en el Hospital Militar Central, para la práctica de la “prótesis valvular en la válvula aórtica”.

Con relación a esta hipótesis de hecho la Corte indicó lo siguiente:

“A juicio de la Corte y con fundamento en su jurisprudencia, la acción de tutela no procede como acertadamente lo resolvieron los jueces de instancia, cuando está de por medio una controversia de carácter contractual y económica que escapa a la competencia del juez de tutela, pues el particular dispone de otro medio de defensa judicial, como lo es el de acudir a la jurisdicción ordinaria,

Como dicha atención médica ya se prestó, garantizándose con ello la protección de sus derechos, no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, menos aún si la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero que además no se encuentra probada. No existe tampoco perjuicio irremediable, pues la intervención ya se efectuó.

Así entonces, si lo que se pretende mediante la tutela es obtener el reembolso de una suma determinada de dinero, cuando el demandante realmente ha efectuado el pago y asumido los costos pertinentes, este cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo, como lo es el de acudir ante la jurisdicción ordinaria, situación que hace improcedente la tutela.”¹

Esta línea jurisprudencial se siguió construyendo con la sentencia T-104 de 2000. El criterio establecido en esta providencia sería reiterado en otras decisiones de la Corte Constitucional. En este caso una señora que se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Social en el régimen contributivo en salud, desde hacía más de 20 años fue internada en el Hospital San Rafael de Tunja, con un diagnóstico de insuficiencia cardíaca congestiva, insuficiencia aórtica, pulmonar, triscupidea HTP severa, hipotiroidismo y fue considerada como paciente tipo 4 en estado terminal. Durante el tiempo que permaneció internada en dicho centro asistencial no se le suministró ninguno de los medicamentos que requirió. Su hijo asumió los gastos. Los médicos tratantes habían ordenado con urgencia un examen “ecodopier venoso arterial” que se debía realizar en la ciudad de Bogotá. Aparte de otras pretensiones, la actora solicitó que la entidad demandada le reembolsara a su hijo los gastos ocasionados por el tratamiento médico.

“2.5. En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados por el hijo de la afiliada en el tratamiento de su madre, en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido² que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud,

amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual deberá acudir Ferney Vargas Herrera, si considera que tiene derecho a dicho reconocimiento.”

En la sentencia T-525 de 2007 el accionante era afiliado a la Administradora de Riesgos Profesionales Bolívar, como trabajador de la empresa Brinks de Colombia. El actor sufrió, a su juicio, accidentes de trabajo lesionándose el hombro izquierdo. Un ortopedista traumatólogo le ordenó cirugía de acromoplastia y reparación y acrelioplastia reparación manguito rotador. La ARP Bolívar le negó tal cirugía, enviándolo a la EPS SUSALUD para que se le realizara pues aduce que su enfermedad es congénita. La EPS le otorgó la autorización de la cirugía. El actor consideró que la cirugía la debía cubrir la ARP por los accidentes de trabajo que sufrió y por si en el futuro le queda alguna consecuencia para su salud o un retardo en el alivio. La principal razón por la cual exige la realización de dicha cirugía por parte de la ARP “es el pago de la prestación social en referencia a la incapacidad y lo que conlleve al futuro para el tratamiento de mi problema de salud”.

Ante estos presupuestos fácticos la Corte señaló lo siguiente:

“Para esta Sala, al observar que la cirugía de “ACROMOPLASTIA Y REPARACION Y ACRELILOPLASTIA REPARACION MANGUITO ROTADOR” ya fue autorizada al accionante y es éste quien no ha querido la efectivización (sic) de la misma, se encuentra que no hay vulneración de derechos fundamentales y por tanto lo que persigue el peticionario son prestaciones económicas y que se emitan decisiones de índole legal, las cuales escapan a la orbita del juez de tutela. Si el actor desea que su padecimiento se califique como un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no es esta la vía que debió ejercer, ya que el legislador ha otorgado medios para la búsqueda y realización de tal tarea.”

En la sentencia T-050 de 2008 a un señor de 62 años de edad se le diagnosticó cáncer en la vejiga, por lo que debió efectuarse una cirugía para salvar su vida. Como consecuencia de la cirugía se hizo necesario realizarle una serie de controles, curaciones, exámenes y toma de medicamentos. No obstante, las entidades demandadas no autorizaron el tratamiento integral. Solicitó que se ordenara a la Secretaria de Salud Departamental del Tolima y/o

Hospital Federico Lleras Acosta autorizar el suministro del tratamiento integral. Con el fin de que se le realizara la cirugía, los hijos del señor se comprometieron con el Hospital Federico Lleras Acosta mediante pagarés a cancelar el costo de la misma, motivo por el cual solicitó que se extinguiera la obligación que se originó en las primeras remisiones que se llevaron a cabo para la realización de la intervención quirúrgica.

Para resolver este caso la Corte Constitucional indicó el siguiente argumento:

“Por tanto, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es improcedente para proteger derechos de rango legal, pues para obtener su protección, existen medios ordinarios de defensa judiciales. En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido clara en indicar que la acción de tutela no está diseñada para declarar derechos litigiosos, menos aún cuando de éstos se predica su carácter legal o patrimonial.³

Al respecto, en la sentencia T-163 de 2007,⁴ esta Corte precisó:

‘De esta forma, se tiene como regla general que en materia de reconocimiento de derechos patrimoniales o legales al juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deben tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, porque además de carecer de competencia para ello, por el propio mandato constitucional precitado, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende, siendo de esta forma excepcional la competencia del juez de tutela para entrar a hacer un estudio de fondo en un caso de estos.’

Resumidamente, la acción de tutela es un mecanismo judicial que busca exclusivamente la protección inmediata de los derechos fundamentales. Con fundamento en lo dispuesto en la Constitución Política para el efecto, así como en las normas que regulan la materia y en la jurisprudencia constitucional, en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta es improcedente para obtener la protección de derechos de rango patrimonial, pues para este fin existen mecanismos ordinarios de defensa judicial.”⁵

Finalmente, en la sentencia T-067 de 2009 se sostuvo un criterio semejante a partir de los siguientes hechos. Al actor le fue diagnosticada una cirrosis hepática. Por esta razón fue intervenido en la clínica de Saludcoop de Santa Marta. Debido a que esta clínica no tenía los

medios tecnológicos y el personal idóneo para atender la patología, se ordenó su traslado a la ciudad de Bogotá, para ser atendido en la Fundación Cardio Infantil. El tratamiento completo fue realizado en la ciudad de Bogotá, lo cual implicó que la familia del accionante prestara los recursos para su manutención y alojamiento. Solicitó al juez que ordenara a la entidad demandada, aparte de otras peticiones, el reintegro de los costos en que incurrió tanto en el desplazamiento como en la estadía en Bogotá.

Al respecto la Corte indicó:

“Así, en sentencia T-104 de 2000 la Corte señaló:“(…) En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados (...), en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido⁶ que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud, amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual [se] deberá acudir (...), si considera que [se] tiene derecho a dicho reconocimiento (...)”..

Por consiguiente, esta Sala de Revisión reitera una vez más que la tutela no procede para resolver controversias sobre derechos prestacionales u obligaciones dinerarias. Frente a éstas debe acudirse ante la jurisdicción ordinaria para que sean resueltas.”⁷

Del recuento jurisprudencial precitado se concluye que el propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud. Cuando la debida atención médica ya ha sido suministrada, garantizándose con ello la protección de los derechos en conflicto, no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero. El camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria.

El incumplimiento en el pago de los aportes del trabajador independiente

3. El artículo 209 de la Ley 100 regula lo referente a la suspensión de la afiliación para las

personas que se encuentran adscritas al régimen contributivo: “ARTICULO 209. Suspensión de la afiliación. El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase.”

Esta disposición fue objeto de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en razón de una acción pública de inconstitucionalidad que se interpuso en su contra. En esta providencia la Corte aclaró el sentido del enunciado normativo precitado con relación al incumplimiento en el pago de los aportes por parte del trabajador independiente:

“22- Una vez definido el alcance o contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad social en materia de salud, entra la Corte a estudiar la legitimidad de la regulación impugnada, para lo cual es indispensable distinguir, de un lado, la no cotización al sistema contributivo de trabajadores dependientes y, de otro lado, el incumplimiento en el pago del aporte de pensionados, jubilados y personas que no tienen relación laboral. Así, en el segundo caso, las personas realizan directamente los aportes, por lo cual la relación con la entidad promotora de salud es lineal y como tal genera derechos y deberes recíprocos directos. Por consiguiente, la suspensión del servicio de salud por falta de cotización no transgrede la buena fe, pues el principio general del derecho impone que nadie puede alegar su propia culpa. Además, en este caso no existe en sentido estricto una restricción al derecho constitucional del trabajador independiente ya que, como se vio, la persona adquiere el derecho a la prestación en salud en la medida en que ha cumplido con las obligaciones establecidas por la ley, como es efectuar la correspondiente cotización. Por ende, la aplicación de la norma en este caso es perfectamente legítima.”⁸

Esta regla jurisprudencial ha sido reiterada en sede de tutela. Un ejemplo de su aplicación se presentó con la sentencia T-467 de 2003. En este caso una señora presentó acción de tutela considerando que el Seguro Social vulneró su derecho fundamental a la vida, por cuanto, se encontraba afiliada al sistema como trabajadora independiente desde septiembre de 2002, padecía de problemas nerviosos, y necesitaba el suministro de una serie de medicamentos. Sin embargo, la entidad demandada se negó a otorgarlos. Por carecer de recursos económicos no pudo asumir por su propia cuenta el costo de los medicamentos prescritos, los que eran vitales para su estabilidad física y mental. Por estas razones solicitó que se ordenará al Seguro Social que proporcionara en forma inmediata los medicamentos

requeridos.

Frente a estos presupuestos fácticos la Corte resolvió lo siguiente:

Legitimación por pasiva en la acción de tutela

4. El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 prescribe contra quién se debe dirigir la acción de tutela: “ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.”

En la sentencia T-819 de 2001 se aplicó este precepto. En ese caso el actor laboró para una sociedad durante 34 años, motivo por el cual, al acercarse el momento de su pensión, el demandado como socio mayorista de la empresa, se comprometió a pagar las mesadas pensionales correspondientes. El accionante manifestó que las pensiones se pagaban cumplidamente, pero transcurrieron siete meses sin que éstas se cancelaran, al igual que las respectivas primas. El demandante conversó con el demandado, quien se comprometió a pagar lo adeudado. El actor añadió que la sociedad en la que trabajaba fue liquidada, razón por la cual, el demandado quedó encargado del pago de pensiones en el porcentaje del 15%, es decir \$167.848 pesos, ya que el restante 60% (\$335.503) lo pagaba cumplidamente el Seguro Social. Mencionó que no cuenta con otros ingresos que le permitan suplir sus necesidades y las de su familia, esposa de 52 años e hija menor de edad.

Frente a estos hechos la Corte precisó la definición de esta institución y las condiciones que debe reunir el demandado en un proceso de tutela:

“En lo que tiene que ver con el sujeto pasivo de la acción de tutela, debe estar bien identificado y guardar relación directa con el sujeto objeto de la vulneración. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al decir que ‘la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.’

La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado

la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.”

En esta sentencia se precisó que el trámite de toda acción de tutela, a pesar de la brevedad y celeridad que debe regir su devenir, debe respetar el derecho de defensa y las garantías procesales enunciadas en el ordenamiento jurídico:

“Si bien la tutela se establece por la Constitución como un proceso preferente y sumario, con ello no se quiso consagrar un instrumento judicial carente de garantías procesales, en donde la brevedad y celeridad procesal sirvan de excusa para desconocer los derechos de las partes o de los terceros, de manera que en dicho proceso, como en cualquier otro, el juez debe lograr que la actuación se surta sin vulnerar los principios de legalidad y contradicción.

La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquélla, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas,...” T-416/97 M.P. Dr. José Gregorio Hernández.”⁹

Finalmente, con relación a la solución definitiva del caso en mención indicó:

“Por otra parte, observa la Sala que la acción de tutela a que se refiere esta providencia es igualmente improcedente por falta de legitimidad por pasiva, en vista que el actor invoca protección de sus derechos fundamentales contra una persona natural que a su parecer, es el encargado del pago de la pensión correspondiente, pero como lo menciona el demandado a folio 15 del expediente “Julián Gutiérrez no tiene ninguna obligación con el señor Javier Gómez, de ninguna índole, ni laboral ni de ninguna clase, la obligación la tiene la sociedad, la cual se liquidó y está en periodo de disolución desde hace varios años” (sic).”¹⁰

El principio de inmunidad de jurisdicción

5. El principio de inmunidad de jurisdicción es correlativo a la falta de competencia de las autoridades judiciales de un país respecto de los agentes, bienes y haberes de Estados extranjeros y organismos internacionales que desempeñen sus funciones en dicho país. En razón de la naturaleza de esta institución su funcionamiento ha sido objeto de distintos

pronunciamientos judiciales que han precisado su alcance en el orden interno.

En la sentencia C- 137 de 1996¹¹ se esclareció que esta institución se asienta sobre los principios de soberanía, independencia e igualdad de los Estados:

“31. Del principio de soberanía, independencia e igualdad de los Estados se deriva una regla de derecho internacional público, reconocida por la costumbre y las convenciones internacionales en virtud de la cual los agentes y bienes de Estados extranjeros deben ser inmunes frente a la actuación coercitiva de las autoridades públicas de los Estados huéspedes. Este principio se hizo extensivo a los funcionarios y bienes de las agencias o centros internacionales a fin de garantizar, fundamentalmente, la independencia de dichos organismos en el cumplimiento de sus funciones, donde quiera que, en virtud de un acuerdo internacional, operaran.”

En la mentada sentencia se establece que la inmunidad de jurisdicción se originó en la Organización de Naciones Unidas, por medio de convenciones que se desarrollaron en su Asamblea General:

“De esta manera los Estados miembros de la organización de las Naciones Unidas suscribieron la “Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas” – aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946 -, y posteriormente la “Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados” – aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de noviembre de 1947 -. En el plano regional y sobre las mismas materias, los estados Americanos adoptaron la “Convención sobre privilegios e inmunidades de la Organización de Estados Americanos”. Los instrumentos internacionales reseñados fueron incorporados al derecho interno mediante la Ley 62 de 1973.”¹²

“33. Sin embargo las prerrogativas e inmunidades otorgadas no son, ni pueden ser, totales o absolutas. Ningún Estado constitucional estaría en capacidad jurídica de otorgar plena inmunidad a todo agente de un gobierno extranjero o representante de un organismo de derecho internacional, respecto de cualquier actividad que cumpla en su territorio, pues ello implicaría sacrificar las atribuciones que le competen como estado libre y soberano para asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción. De la misma manera, a la luz del artículo 13 de la Carta, tampoco sería posible afirmar que toda

prerrogativa es legítima. Para que la concesión de estos derechos y beneficios especiales resulte constitucional, se requiere que concurra la defensa de los principios de independencia, soberanía e igualdad – reciprocidad – entre los Estados. Son estos principios y no una mera liberalidad o una imposición del derecho internacional, los que tornan legítimas e incluso necesarias las garantías y privilegios que se conceden a funcionarios de Estados extranjeros o de organismos internacionales en el territorio de cada Estado.”¹³

El efecto práctico de la inmunidad jurisdiccional es que restringe dos facultades determinantes en el Estado Social de Derecho. Por un lado, el derecho de acceso a la justicia de quienes ven vulnerados sus derechos por parte de quienes gozan de esta prerrogativa, y por el otro, la función constitucional de administrar justicia que tienen las autoridades judiciales del Estado:

“Dicha inmunidad restringe el derecho de acceso a la justicia de los habitantes del territorio, así como las facultades correlativas de jurisdicción de los órganos nacionales. Los bienes comprometidos – el derecho fundamental de acceso a la justicia y la soberanía del Estado – hacen que la cláusula que se analiza deba ser objeto de una interpretación restringida de tal manera que la inmunidad que se concede tenga un alcance relativo. De una parte, debe garantizarse la independencia del Centro y protegerse sus bienes y haberes frente a decisiones arbitrarias. De otra parte, las operaciones o transacciones del Centro que por su propia naturaleza deban someterse a las cláusulas de derecho interno o supranacional y que puedan lesionar derechos reconocidos por el ordenamiento a habitantes del territorio, no pueden estar exentas de reclamación judicial. Si así no fuera, se estaría sacrificando, sin justificación razonable, atributos soberanos del Estado nacional que implican la garantía de derechos fundamentales reconocidos por el orden constitucional, sin que ello resulte necesario para garantizar la legítima independencia del Centro y la integridad de sus bienes.”¹⁴

Finalmente, la sentencia en comento establece la hipótesis en la cual podrá acudirse a la jurisdicción ordinaria prescrita por el ordenamiento jurídico interno:

“El Estado colombiano no puede aceptar la inmunidad judicial absoluta y, por tanto, deberá señalar que en el evento de que surja una disputa jurídica entre un habitante del territorio y el Centro, cuando este actúe como un particular o sometido a las normas de derecho interno

o supranacional, podrá apelarse a los mecanismos judiciales consagrados por el ordenamiento nacional e internacional a fin de que el conflicto se resuelva según las normas vigentes en el territorio nacional.”¹⁵

Posteriormente, con la sentencia C-254 de 2003¹⁶ se reiteraron varios postulados que se habían establecido previamente, como el carácter restringido de la inmunidad y el principio de soberanía nacional como eje del funcionamiento de la inmunidad jurisdiccional. En esta sentencia se hace énfasis en las denominadas “Cláusulas tipo” prescritas en la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas:

“En dicha Convención la Organización de las Naciones Unidas fijó los criterios básicos sobre los cuales se estructura la normatividad internacional relacionada con inmunidades y privilegios de agentes y bienes en su tránsito internacional, al establecer las denominadas `cláusulas tipo` o modelos normativos a los cuales tradicionalmente se remiten los artículos concretos de los instrumentos internacionales que desarrollen estos contenidos. En la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas -Convenio al cual se remiten las disposiciones sobre inmunidades y privilegios sub examine-, se establece con toda claridad que ´los privilegios e inmunidades no se otorgan a los representantes de los miembros en su beneficio personal, sino a fin de garantizar su independencia en el ejercicio de sus funciones relacionadas con los organismos especializados. En consecuencia, un miembro tiene no solamente el derecho sino el deber de renunciar a la inmunidad de sus representantes en todos los casos en que, a su juicio, la inmunidad impediría el curso de la justicia y en que se pueda renunciar a ella sin perjudicar la finalidad para la cual se otorga la inmunidad´ (Artículo V, sección 20).”

(...)

Adicionalmente, la sección 23 del artículo VI de la misma convención sostiene que ´Cada organismo especializado cooperará en todo momento con las autoridades competentes de los Estados miembros para facilitar la adecuada administración de la justicia, asegurar el cumplimiento de los reglamentos de Policía y evitar todo abuso en relación con los privilegios, inmunidades y facilidades que se mencionan en este artículo`”

Con las anotaciones precedentes la Sala prosiguió a señalar el grado de conformidad de las disposiciones del tratado objeto de control automático de constitucionalidad con el sistema

de inmunidades y privilegios:

“De lo anterior se deduce que, en aplicación de la normatividad prevista en la Ley 62 de 1973, la inmunidad conferida por la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica a los miembros de los Estados y organizaciones asistentes no es absoluta y, por tanto, no contraría los mandatos constitucionales, en particular los referidos a la obligación estatal de mantener el control de la soberanía nacional, pues la inmunidad puede ser levantada cuando quiera que obstaculice la correcta administración de justicia. De hecho, podría decirse que las disposiciones de la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica sobre inmunidades personales coinciden normativamente con el modelo impuesto por las cláusulas tipo de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.¹⁷

Resulta pertinente agregar que la inmunidad prevista en el artículo estudiado no significa que el Estado renuncie al derecho de resolver los conflictos surgidos como resultado de la ejecución de las medidas de la Convención. La consecuencia del establecimiento de tales inmunidades es que dichos conflictos deben resolverse mediante los mecanismos creados por el propio instrumento, que son los que regula el artículo 13 de la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica.”¹⁸

Finalmente, la sentencia C-1156 de 2008¹⁹ delimitó de manera precisa cuáles eran los fines y los límites de la inmunidad en materia jurisdiccional:

“La Corte ha señalado que las prerrogativas e inmunidades que se conceden en tratados internacionales no resultan en principio contrarias a la Constitución, toda vez que responden a la necesidad de dotar a los sujetos de derecho internacional de las garantías indispensables para ejercer las funciones que les corresponden con la mayor independencia y neutralidad. De esta forma, la Corte ha avalado constitucionalmente la inserción de esta cláusula en tratados internacionales²⁰.

Luego, dichos privilegios e inmunidades no se confieren en beneficio personal, sino que atiende al sujeto internacional del cual emana, por lo que se encuentran limitados a los actos que realicen en el ejercicio de las funciones y cumplimiento de sus fines²¹.

En otras palabras, la inmunidad de jurisdicción no es un beneficio personal, es decir, un

privilegio concedido in tuitu personae, sino que se otorga por razones funcionales para asegurar precisamente el cumplimiento de las mismas.”

En esta sentencia se explican los supuestos que deben concurrir para que el Estado responda ante el acaecimiento de un daño ocasionado por un sujeto de derecho que es titular de inmunidad jurisdiccional:

“No obstante, debe indicarse que frente al eventual desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia de los nacionales (art. 229 superior), por las prerrogativas otorgadas a la Corte Penal Internacional y al personal, podrá obtenerse la reparación del Estado colombiano al haber sido víctima la persona de un daño antijurídico (art. 90 de la Constitución)²². Así lo manifestó la Corte en la sentencia C-315 de 2004²³:

“(L)a Corte concluye que las inmunidades e inviolabilidades previstas por el tratado bajo revisión armonizan con la Carta. Con todo, podría argumentarse que la inmunidad de jurisdicción podría afectar gravemente en determinados casos el derecho de acceso a la justicia, pues impediría a los nacionales demandar a los miembros de las misiones diplomáticas que les hubieren podido ocasionar un daño. Sin embargo, la Corte considera que ese reparo no se encuentra justificado, no sólo porque esa inmunidad es un elemento esencial del derecho diplomático sino además por cuanto, en esos eventos, la persona puede obtener una reparación del Estado colombiano, ya que habría sido víctima de un daño antijurídico (CP art. 90).”

A manera de síntesis, los elementos que deben concurrir para exigir la responsabilidad del Estado ante el acaecimiento de un daño ocasionado por un sujeto que es titular de inmunidad jurisdiccional son los siguientes:

“Y, lo había manifestado en la sentencia C-254 de 2003, al indicar que i) la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta sino de la no soportabilidad del daño, ii) si el daño sufrido por el particular es de aquellos que no está obligado a soportar, debe el Estado indemnizar los perjuicios generados por el sujeto de derecho internacional, y iii) para que Colombia asuma la responsabilidad patrimonial en los daños causados por quienes se encuentren amparados por la inmunidad es menester que obedezca a las actividades realizadas en cumplimiento de sus obligaciones.”

6. La postura descrita también ha sido objeto de pronunciamientos judiciales de diferente naturaleza. La Sección Tercera del Consejo de Estado, el 25 de agosto de 1998, analizó la demanda de la señora Vitelvina Rojas Robles contra el Estado colombiano. Esa persona no pudo demandar a la embajada de Estados Unidos por la muerte de su esposo y padre, quienes habían sido arrollados por un vehículo de esa embajada, debido a la inmunidad diplomática. El Consejo de Estado concedió la indemnización, con base en la siguiente doctrina:

“La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición del diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser demandados. Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.

En síntesis puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P.”

En la sentencia T-883 de 2005, la Corte Constitucional debió resolver un caso cuyos presupuestos fácticos coinciden con la tesis que se ha descrito en este acápite. Los hechos fueron los siguientes: entre el Gobierno colombiano y el PNUD se había acordado la

realización de un programa de apoyo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de implementar el Proyecto para la Modernización de la Administración Financiera Pública. En desarrollo del mismo, el PNUD celebró, por solicitud del Ministerio en calidad de organismo de ejecución, contrato de prestación de servicios con el señor Guillermo Agustín Arciniegas Guillén. Luego, la Viceministra de Hacienda y Crédito Público, como Directora del Proyecto, solicitó al Representante Residente del PNUD, dar por terminado anticipadamente el contrato referido, alegando “conducta indebida del consultor”. En consecuencia, se le comunicó al accionante la terminación anticipada del contrato por conducta indebida. El accionante radicó derecho de petición en la Oficina de las Naciones Unidas para el Desarrollo, solicitando que se le informaran de manera clara y concreta las razones por las que se considero que él, en su calidad de contratista, había incurrido en “conducta indebida”. Al momento de la presentación de la acción de tutela, su solicitud no había obtenido respuesta.

En esa ocasión la Corte Constitucional estableció que el ejercicio de la inmunidad no puede devenir en actuaciones arbitrarias que resulten lesivas de derechos constitucionales y que, por tanto, en el convenio en que se pacta el funcionamiento de esa institución es menester estipular el mecanismo adecuado para exigir el cumplimiento de los derechos afectados:

“Ahora bien, en principio, las restricciones a la inmunidad de jurisdicción deben ser incorporadas en el instrumento internacional a través del cual se reconoce la prerrogativa, con el fin de determinar claramente aquellas circunstancias en las que no es posible reconocer la inmunidad, aunque es necesario señalar que aún cuando el tratado o convenio respectivo establezca los límites de la inmunidad de jurisdicción reconocida, siempre existirá un espacio de interpretación sobre el alcance de la prerrogativa consagrada, toda vez que ese régimen no puede entenderse como una habilitación que ampara conductas arbitrarias y que pueden resultar lesivas de derechos consagrados y protegidos por el ordenamiento interno.

2.2.3. En este contexto, puede suceder que, en determinado supuesto, la actuación u omisión de sujetos dotados de inmunidad de jurisdicción, comporte la afectación de los derechos de una persona residente en Colombia y que por razón del reconocimiento por el Estado colombiano de esa prerrogativa, la persona afectada no tenga la posibilidad de acudir ante los jueces nacionales para reclamar la protección de sus derechos. En ese caso, y con el fin de evitar la vulneración de los derechos de las personas, es posible que el texto mismo

del tratado o convenio respectivo, establezca el mecanismo a través del cual se pueden solucionar las controversias en las que se vean involucrados sujetos que gozan de inmunidades reconocidas por los Estados, con lo que se garantiza, además, la protección efectiva de los derechos de los individuos²⁴.”²⁵

De igual manera, en esta sentencia se estableció la alternativa judicial para aquellos casos en los cuales esto no se ha acordado en el convenio suscrito con el organismo internacional:

“Ahora bien, en ausencia de disposición en tal sentido, no puede afirmarse que el reconocimiento de esas prerrogativas impida el acceso a la administración de justicia o comporte el desconocimiento de los derechos de las personas, ya que, en los casos en los que la protección del derecho exija la realización de determinada conducta por el sujeto que goza de inmunidad, podría el afectado solicitar al Estado colombiano que supla la actuación del funcionario u organización respectiva, en el evento en que ello fuere posible, toda vez que por esa vía se garantizarían los derechos de la persona, respetando la inmunidad que fue reconocida por el Estado.

Por tal razón, resulta claro que la concesión de prerrogativas e inmunidades en favor de determinados sujetos, no implica el desconocimiento de los derechos de los ciudadanos, ni la privación del acceso a la debida administración de justicia, toda vez que en esos eventos, siempre que sea posible que las autoridades públicas nacionales suplan la actuación del funcionario u organización que goza de inmunidad, deberán hacerlo.”

Por otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia cambió su posición jurisprudencial con relación a la posibilidad de admitir demandas laborales contra las embajadas. Con auto del 13 de diciembre de 2007, admitió la demanda presentada por Adelaida García de Borrisow, contra la misión diplomática de la embajada del Líbano en Colombia y en audiencia celebrada el 2 de septiembre de 2008 dictó fallo en el cual: i) declaró la existencia de un contrato de trabajo desde el 1 de abril de 1981 al 24 de noviembre de 2004, el cual fue terminado unilateralmente y sin justa causa; ii) condenó al Estado del Líbano a pagar cierta suma de dinero, decisión que quedó en firme por cuanto se trató de un fallo de única instancia.

Los argumentos que empleó la Sala Laboral fueron los siguientes:

“En el precedente orden de ideas descrito, surge palmario que, al tener el trabajo la entidad de derecho humano, mediante el cual se dignifica a la persona y se contribuye al desarrollo de la sociedad, deba ser objeto de protección, indistintamente, por todas las naciones. Dentro de este contexto, no resulta ahora apropiado desconocer derechos y prerrogativas de los trabajadores, con grave menoscabo en su condición humana, con afectación a la credibilidad que la sociedad debe tener en la justicia que, en últimas, es la encargada de dirimir las controversias, sin distinción alguna, como lo pregonan al unísono la comunidad internacional.

Esta realidad es tan elocuente que, en lo que concierne a nuestro país, el propio ejecutivo, al advertir la desigualdad en el trato dado por la jurisprudencia nacional, hasta hoy vigente, a los trabajadores que prestan sus servicios a Misiones Diplomáticas, ha mostrado su inquietud. Producto de ello, a través de su Ministro de Relaciones Exteriores, en marzo de 2004, elaboró una Nota Verbal, dirigida a todas las embajadas, consulados y organismos internacionales acreditados en Colombia, en la cual les informó sobre la obligación de cumplir las normas laborales internas.”

Aunado a lo anterior, para admitir la demanda laboral interpuesta contra la Embajada del Líbano consideró que ha mutado el orden internacional sobre el tema, pues a partir del reconocimiento del carácter relativo de la inmunidad se ha pasado a que una cantidad considerable de Estados se someten a la ley laboral interna de otro Estado:

“Esta modificación en el universo jurídico, indudablemente, generó diversas diferencias en el ámbito internacional, que debieron ser discutidas y zanjadas, pasándose de una concepción de la inmunidad absoluta de jurisdicción, a una aplicación relativa, en la que el Estado debía responder por los actos que, como particular, hubiera realizado.

Y no podría ser de otra manera, pues surgía evidente que, de seguirse admitiendo la referida inmunidad absoluta, el individuo acreedor, quedaría en situación de desigualdad y desventaja, al no poder obtener una respuesta eficaz frente a la eventual demanda que llegase a presentar, acorde con los ordenamientos legales internos.

Así por ejemplo en materia laboral, distintos países, con fundamento en la costumbre internacional, han admitido su sujeción a las normas laborales internas. Entre ellos se encuentran: Estados Unidos, Polonia, Chile, República Islámica de Irán, Grecia, Rusia,

Rumania, Francia, Tailandia, Indonesia, Brasil, Perú, Panamá, Guatemala, Suráfrica, Kenia, Honduras, Nueva Zelanda, Nicaragua, India, Italia, Austria, Hungría, Bulgaria y Argentina. De ello dan cuenta las comunicaciones pertinentes que éstos han enviado al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Lo anterior pone de manifiesto, que la tesis de la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados se ha debilitado, dando paso a otra - inmunidad relativa -, que no puede ignorarse, pues sería tanto como estar de espaldas ante un episodio de la humanidad que reclama su propio tratamiento.

Esta nueva orientación, conlleva la necesidad de responder a los ciudadanos del Estado, cuando, como en este caso, a pesar de ser habitantes nacionales, y haber prestado servicios a Misiones Diplomáticas de otros países, esta Corte ha venido negando la posibilidad de verificar mediante un proceso, si les asiste un derecho salarial o prestacional, basada en el respeto a la soberanía inviolable de los Estados. Realmente, en la actualidad no existe fundamento alguno de orden constitucional o legal para persistir en dicha tesis, porque de esta forma, eventualmente, se desconocerían los enunciados beneficios, y las normas del derecho laboral. Ello es así, dado que, frente a una relación laboral, acorde con las normas del trabajo del Estado receptor, para este asunto el de Colombia, ese servicio es distinto de las actividades que el país extranjero desarrolla dentro del ámbito de sus funciones soberanas, es decir, que aquellas no son gubernamentales.”²⁶

El último asunto que analizó en su providencia fue la competencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para conocer sobre este tipo de procesos:

“En lo que tiene que ver con la competencia para el conocimiento de la acción, la remisión a esta Corte que hace la Constitución Política en su artículo 235, resuelve cualquier duda:

“Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional.”

Es incuestionable que cuando el ordenamiento superior, impone el conocimiento a esta

Corporación, como textualmente lo prevé la disposición en comento, debe entenderse que dentro de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados en nuestro país, ya comparezcan por si o por representación del Estado, están incluidos los contratos bilaterales de orden laboral que celebran con habitantes nacionales, para la ejecución de sus fines en el Estado receptor; de tal manera, entonces, que esta Corte, por regulación expresa constitucional, está en la obligación de admitir la demanda presentada por la señora ADELAIDA GARCÍA DE BORRISOW y darle el curso correspondiente; además, porque al hacerlo se armoniza la decisión con la costumbre internacional.

A su vez, al someterse el trámite a esta Corporación, como órgano límite, deberá surtir el procedimiento ordinario de única instancia, de conformidad con los artículos 70 y siguientes del C.P.L y S.S.; no obstante, deberá tenerse en cuenta el contenido del artículo 41 de la Ley 6ª de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en Viena el 18 de abril de 1961, en el sentido de que las gestiones se efectuarán a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.”²⁷

Posteriormente, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-633 de 2009. El objeto de ese proceso fue que el Señor Embajador y Jefe de la Misión Diplomática de la Embajada del Líbano en Colombia presentó acción de tutela contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por la sentencia mencionada. En su demanda el Embajador invocó la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la doble instancia.

A su juicio esa decisión resultó “insólita” y “aberrante”, por cuanto al condenar al Estado del Líbano aplicó a un Estado extranjero la legislación interna, lo que riñe, de entrada, con la propia legislación doméstica, esto es, el Art. 2 del CST.²⁸ Además, con base en el principio de igualdad soberana proclamado en el artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas, aprobada por Colombia mediante la Ley 6 de 1972, se proscribía la posibilidad de que un “Estado pueda someter a juzgamiento a otro Estado”. Sostiene, al respecto que “carece la Sala de Casación Laboral de jurisdicción para juzgar y decidir cualquier litigio contra la REPUBLICA DEL LIBANO, sus MISIONES DIPLOMATICAS, EMBAJADAS y FUNCIONARIOS CON FUERO” Indicó también que esa decisión podría llevar a “una ruptura en las relaciones diplomáticas de ambos países, pues para nosotros esa condena representa un acto

inamistoso". Por todo ello pidió la revocatoria de la sentencia mencionada.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó lo siguiente con relación a la competencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

4.3. En cuanto a la competencia de la Corte Suprema para conocer de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos, es también cierto, como lo sostiene el accionante, que la atribución de la Corte Suprema consagrada en el numeral 5 del artículo 235 C.P., se refiere a los casos previstos por el Derecho Internacional. Mas no es adecuada la interpretación que el accionante hace del numeral 5 del artículo 235 C.P., pues precisamente, los casos a que se refiere el derecho internacional son aquellos en que se ha reconocido carácter restringido a la inmunidad de jurisdicción de los Estados y a las inmunidades diplomáticas y consulares de las que gozan estos agentes de los Estados. Y de ello se desprende, igualmente, como lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, que el fuero de juzgamiento cobija al agente diplomático en ambos casos: tanto en su condición de representante del Estado extranjero como en su condición de persona natural que debe concurrir a una causa civil, penal o administrativa en el Estado receptor. En este mismo sentido, en materia de bienes o derechos se hace una distinción entre bienes que posee o derechos que el agente diplomático ejerce "por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión" y aquellos que tiene o ejerce a "título privado y no en nombre del Estado acreditante".

En síntesis, la competencia de la Corte Suprema para conocer de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos cobija los asuntos en que estos actúan a "título privado y no en nombre del Estado acreditante" y, con mayor razón cuando, como en caso planteado, estos actúan "por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión".

Finalmente, estableció lo siguiente respecto a la posibilidad de que la justicia ordinaria conociera de asuntos de naturaleza laboral contra las embajadas:

"Así, trasciende los alcances de esta sentencia hacer pronunciamientos generales sobre los alcances de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de las inmunidades diplomáticas y consulares de las que gozan sus agentes diplomáticos y por ello esta Sala de Revisión se limita a precisar que, en el caso planteado, las decisiones adoptadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema se encuentran debidamente razonadas, tanto para cambiar su

jurisprudencia como en la sustentación relativa a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, la cual no se considera absoluta sino que tiene un carácter restrictivo y se regula por normas de derecho de carácter consuetudinario que constituyen la “costumbre internacional”²⁹. En síntesis, en el caso planteado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema no violó el derecho al debido proceso al no reconocer la inmunidad de jurisdicción del Estado del Líbano, siendo competente, por atribución constitucional directa (numeral 5 del art. 235 C.P.), para conocer de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos tanto cuando actúan a “título privado” como en el caso planteado, cuando estos actúan “por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión”.

Finalmente, conviene mencionar que, aunque no se encuentra todavía en vigencia, el 2 de diciembre de 2004 la Asamblea General adoptó, por consenso, el texto de la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes³⁰, la cual incorpora, en lo esencial, los mismos criterios.”

A manera de conclusión, se podría afirmar que sobre el punto objeto de análisis median dos posturas que se justifican desde perspectivas distintas. Por un lado, el Consejo de Estado ha establecido la necesaria concurrencia de tres requisitos a partir de los cuales debe responder el Estado colombiano respecto de los daños ocasionados por agentes, estados y organismos internacionales que gozan de inmunidad de jurisdicción: i) la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta sino de la no soportabilidad del daño, ii) si el daño sufrido por el particular es de aquellos que no está obligado a soportar, debe el Estado indemnizar los perjuicios generados por el sujeto de derecho internacional, y iii) para que Colombia asuma la responsabilidad patrimonial en los daños causados por quienes se encuentren amparados por la inmunidad es menester que obedezca a las actividades realizadas en cumplimiento de sus obligaciones. A juicio de ese Tribunal esta es el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, enunciado en el artículo 13 constitucional. Aunado a ello, la sentencia T-883 de 2005 de la Corte Constitucional, sostuvo con base en el derecho de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, que “(...) toda vez que en esos eventos, siempre que sea posible que las autoridades públicas nacionales suplan la actuación del funcionario u organización que goza de inmunidad, deberán hacerlo.”

Por otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el carácter

relativo del principio de inmunidad de jurisdicción, diferencia aquellas actuaciones desplegadas por agentes, estados y organismos internacionales a “título privado y no en nombre del Estado acreditante” y, cuando estos actúan “por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión”. De conformidad con esto, las actividades que realizan los sujetos que son titulares de la inmunidad de jurisdicción en relación con la vinculación y contratación de personal son actos a título privado y no son destinados al cumplimiento, propiamente dicho, de los propósitos de la misión. De conformidad con ello, el alcance del principio en mención no comprende el desconocimiento de los enunciados constitucionales e internacionales relativos a la protección del derecho al trabajo. Aunado a lo anterior, este Tribunal expresó que se ha configurado una costumbre internacional en el sentido de que distintos países han admitido su sujeción a las normas laborales internas.

En principio este proceso versa sobre un asunto relacionado con el derecho a la salud. No obstante, en la medida en que la prestación del servicio de salud supone la afiliación a un determinado régimen, contributivo o subsidiado, cobra relevancia la existencia o no de un ingreso que permita realizar los aportes periódicos al sistema de seguridad social, motivo por el cual la situación laboral de quien solicita la protección de sus derechos constitucionales no puede ser ignorada por el juez constitucional. El señor Ludwin Andrés Cuervo tenía una vinculación de tipo civil con el organismo Hipólito Unanue Oras Conhu, pues su contrato era de prestación de servicios y no de índole laboral. En definitiva, la naturaleza de la actuación del Organismo Andino Hipólito Unanue, en este caso, es de tipo privado y no se relaciona con los fines precisos del convenio suscrito con el Estado Colombiano, motivo por el cual esta Sala de Revisión concluye que para la solución del presente caso es más pertinente la posición expuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para su solución.

El caso concreto

7. La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional tiene el deber constitucional de establecer si el Ministerio de la Protección Social ha de sufragar el tratamiento del señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández en razón de la pancreatitis necrotizante que padeció, teniendo en cuenta que él trabajaba, mediante contrato de prestación de servicios, para el Organismo Andino de Salud Convenio Hipólito Unanue – ORAS-CONHU, el cual gozaba de inmunidad y a pesar de que el señor Cuervo no canceló sus aportes al sistema de seguridad en salud desde marzo de 2009.

El 30 de diciembre de 2005 el Gobierno de Colombia, representado por el Ministerio de la Protección Social, suscribió un acuerdo con el Organismo Andino Convenio Hipólito Unanue Oras-Conhu en el marco de la implementación y ejecución del Proyecto “Control de la Malaria en la Zonas Fronterizas de la Región Andina. Un enfoque comunitario (PAMAFRO)”. Luego, el 17 de mayo de 2006, las partes convinieron la creación de una oficina en Colombia en aras de desarrollar de mejor manera el objetivo descrito.

En desarrollo de dicho acuerdo el Convenio Hipólito Unanue –ORAS CONHU contrató, mediante contrato de prestación de servicios, al señor Ludwin Andrés Cuervo Hernández para prestar sus servicios como asesor técnico nacional desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 30 septiembre de 2009. El pago correlativo a la ejecución de dicho contrato sería de dos mil dólares americanos (U\$ 2.000.00) mensuales. Como Asesor Nacional el señor Cuervo debía realizar un informe mensual con base en los informes de los Técnicos Operativos y los resultados obtenidos en el país. El pago se supeditaba a la previa presentación de la Cuenta de Cobro y del Informe Mensual Nacional, revisado y aprobado por la Coordinación Nacional de Colombia y la Coordinación General del Proyecto PAMAFRO. Además tenía que acreditar el pago de los beneficios y demás soportes que le corresponden pagar de acuerdo al contrato y a la legislación laboral del país de residencia. Es decir, debía acreditar el pago de los aportes a la seguridad social que le correspondía realizar en virtud de que era un trabajador independiente vinculado a la mentada entidad mediante contrato de prestación de servicios.

El señor Cuervo Hernández realizó los aportes a la seguridad social hasta marzo de 2009. Con la respuesta de la Fundación Universitaria Santa Fe al auto de pruebas se estableció que el señor Cuervo estaba afiliado a la Red Salud Atención Humana EPS S.A.. No obstante, el Convenio Hipólito Unanue – ORAS CONHU siguió pagando la remuneración sin verificar el cumplimiento de este requisito. Prueba de esto es que Ludwin Andrés Cuervo fue designado Representante Legal del Convenio. Esta designación fue confirmada el 6 de octubre de 2009 por el Director de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El 22 de octubre de 2009, el señor Cuervo tuvo que ser atendido de urgencia por un fuerte dolor abdominal, tras lo cual fue diagnosticado con “Pancreatitis necrotizante” y, posteriormente, internado en el Hospital Universitario Santa Fe de Bogotá. El 6 de noviembre de ese año, la señora Lucy Josefina Lamprea Romero interpuso acción de tutela para solicitar

la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su esposo, pues manifestó que, en caso de que no se cancelará la deuda con la Fundación Universitaria Santa Fe, esta institución cesaría la prestación de los servicios de salud al señor Cuervo, quien a la fecha se encontraba en estado de coma.

Los jueces de instancia tutelaron los derechos invocados bajo las siguientes consideraciones: i) el Convenio Hipólito Unanue goza de inmunidad, lo cual no implica que se deba negar el derecho de acceso a la administración de justicia del señor Cuervo y que, por tanto, el Estado colombiano tiene que salvaguardar los derechos de los ciudadanos; ii) ninguna de las dos entidades encargadas de ejecutar e implementar el proyecto para el cual trabajaba el señor Cuervo se percataron de que aquél cotizara de manera efectiva al sistema de seguridad social en salud; iii) dicha omisión o desentendimiento en la afiliación al sistema de seguridad social en salud, hace responsable al empleador del pago de los gastos médicos por enfermedad de su trabajador, por cuanto era su deber cerciorarse que este hacía parte del mismo, como derecho irrenunciable y servicio público obligatorio enunciado en el artículo 48 de la Constitución Política; iv) existen otros mecanismos por medio de los cuales puede solucionarse la controversia planteada, como la amigable composición entre el Estado colombiano y el organismo internacional, o el sometimiento del asunto ante nuestra jurisdicción laboral, o ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Con relación al actual estado de salud del señor Ludwin Andrés Cuervo, se estableció a partir de la respuesta proferida por la Fundación Universitaria Santa Fe al auto de pruebas, el concepto del Dr. Roosevelt Fajardo quien fue el médico tratante del señor Cuervo. En dicho escrito se indicó el tratamiento que se le suministró y su actual estado de salud: “ (...) (laparotomía exploratoria con 21 lavados de cavidad abdominal subsecuentes, abdomen abierto, colocación de sistema de aspiración continua (VAC) el cual debió ser cambiado en más de 30 oportunidades en la medida que iba granulando el área quirúrgica (incluso luego de salir del hospital se hizo de manera ambulatoria) traqueostomía, hospitalización en la unidad de cuidados intensivos durante varias semanas, antibióticos de amplio espectro, soporte ventilatorio y hemodinámico, rehabilitación física además de soporte nutricional) para garantizar un adecuado estado de salud de paciente.

En la actualidad el paciente Cuervo Hernández, no requiere de ningún otro tratamiento, debido a que fue dado de alta del Hospital Universitario en el mes de febrero de 2010 y

según se pudo (sic) constatar en las visitas de control a la fecha goza de buen estado de salud”

Como se aprecia de lo anteriormente descrito, el actual estado de la controversia permite inferir que la naturaleza de este proceso ha mutado. En un primer momento, cuando se tramitaron las decisiones de los jueces de instancia, el caso versaba sobre una problemática propia de la jurisdicción constitucional pues su razón de ser era la salvaguarda de los derechos fundamentales del señor Cuervo Hernández, motivo por el cual la acción de tutela era el mecanismo idóneo y eficaz para solicitar la protección de los derechos en conflicto. En efecto, debido a las decisiones proferidas por los jueces de instancia, la salud y la vida del señor Cuervo ya no se encuentran en peligro. Por este motivo y de conformidad con lo expuesto en los diferentes casos de la jurisprudencia constitucional, dicho asunto debe ser tramitado ante la jurisdicción ordinaria o por medio de los mecanismos acordados entre el Estado colombiano, representado en este caso por el Ministerio de la Protección Social, y el Convenio Hipólito Unanue – ORAS CONHU.

En efecto, según se estableció, el señor Cuervo Hernández fue dado de alta en el mes de febrero del año 2010. Por este motivo, la Sala considera que la fase actual de este proceso no reviste una controversia sobre derechos fundamentales. Al respecto, no le corresponde a la Corte entrar a dirimir este tipo de controversias, lo cual no implica que la Sala no considere oportuno hacer ciertas precisiones sobre quién debió asumir los gastos del tratamiento del señor Ludwin Andrés Cuervo.

Según se estableció previamente, el trabajador independiente es responsable de sufragar sus aportes al sistema de seguridad social pues de esto depende la efectiva prestación del servicio de salud. El señor Cuervo Hernández suspendió la cancelación de sus aportes en el mes de marzo de 2009, lo cual implicaría que, en principio, no podría alegar su propia culpa para solicitar la atención integral en materia del derecho a la salud. Sin embargo, en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios, suscrito entre el Convenio Hipólito Unanue ORAS – CONHU y el señor Cuervo, se supeditaba la remuneración del mismo a que se acreditara “(...) el pago de los beneficios y demás soportes que le corresponden pagar de acuerdo al contrato y a la legislación laboral del país de residencia.” Es manifiesto que el Convenio Hipólito Unanue no verificó de manera diligente que Ludwin Andrés cumpliera con los requisitos legales y contractuales que se exigían para cancelarle la remuneración

derivada de la ejecución del contrato. En conclusión, la responsabilidad de asumir los costos derivados del tratamiento del señor Cuervo corresponden, de manera concurrente, al Convenio Hipólito Unanue ORAS CONHU y a Ludwin Andrés Cuervo pues los dos omitieron deberes legales y contractuales sobre el particular.

A juicio de esta Sala de Revisión los postulados expuestos por los jueces de instancia desconocen, por un lado, las reglas jurisprudenciales precitadas con relación a la legitimación por pasiva en materia de tutela y en lo referente al carácter relativo de la inmunidad en materia jurisdiccional, y por otro lado, presupuestos fácticos y jurídicos que definen los linderos de este proceso.

Como se expuso con antelación la acción de tutela debe dirigirse, de manera general, contra la autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares, por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas. En este caso, el Ministerio de la Protección Social no tenía un deber jurídico de acción o de omisión con relación al cumplimiento de los requisitos legales que debían cumplir los trabajadores o contratistas del Convenio Hipólito Unanue ORAS CONHU. Además, en el Convenio N° 000358, suscrito el 30 de diciembre de 2005 entre el Ministerio de la Protección Social y el Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue, se estipuló que la responsabilidad en materia laboral recaía exclusivamente en cabeza de este organismo. En la Cláusula Quinta del mentado Convenio se acordó lo siguiente: “No relación laboral. Este convenio por su naturaleza no constituye vínculo laboral, entre el Ministerio y el personal que ocupe la Organización, para dar cumplimiento al convenio. En consecuencia serán de su exclusiva responsabilidad los compromisos que esta adquiera con terceras personas para la ejecución del presente convenio, respondiendo por toda reclamación que formulen sus trabajadores.”

Aunado a lo anterior, como lo ha establecido la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el principio de inmunidad en materia jurisdiccional es relativo. En este sentido, la costumbre internacional sostiene que cuando una embajada o un organismo internacional actúan como particular o sometido a las normas de derecho interno o supranacional, deben respetar la ley nacional que rige dicha actuación. De hecho en materia laboral, como ya se ha dicho, distintos países, con fundamento en esta costumbre, han admitido su sujeción a las normas laborales internas: Estados Unidos, Polonia, Chile, República Islámica de Irán, Grecia, Rusia, Rumania, Francia, Tailandia, Indonesia, Brasil, Perú,

Panamá, Guatemala, Suráfrica, Kenia, Honduras, Nueva Zelanda, Nicaragua, India, Italia, Austria, Hungría, Bulgaria y Argentina. En concordancia con esto, según lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el Ministro de Relaciones Exteriores elaboró una Nota Verbal, en marzo de 2004, dirigida a todas las embajadas, consulados y organismos internacionales acreditados en Colombia, en la cual les informó sobre la obligación de cumplir las normas laborales internas.

Al subsumir estas reglas con los presupuestos del caso concreto se infiere que el Convenio Hipólito Unanue ORAS CONHU, tenía el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la ley laboral con relación al pago de los aportes a la seguridad social de los contratistas vinculados a efectos de desarrollar el objeto del Convenio suscrito con el Estado colombiano. En ese sentido, dicho Convenio goza de inmunidad relativa, de conformidad con los enunciados constitucionales y legales que rigen esta institución, motivo por el cual debe responder, de manera concurrente con el señor Cuervo, por los gastos ocasionados por el tratamiento integral suministrado por la Fundación Universitaria Santa Fe a este último. Esto significa que el Ministerio de la Protección Social tiene la posibilidad de exigir el reembolso de los recursos destinados al cumplimiento de las sentencias de instancia, por conducto de los mecanismos acordados con el Convenio Hipólito Unanue.

El 1 de febrero de 2010 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó integralmente la decisión de primera instancia, la cual había protegido los derechos fundamentales de Ludwin Andrés Cuervo Hernández. Por las consideraciones expuestas en esta providencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional revocará esta decisión y concederá al Ministerio de la Protección Social la posibilidad de exigir el reembolso de los recursos destinados al cumplimiento de las sentencias de instancia, al señor Cuervo Hernández y al Convenio Hipólito Unanue Oras Conhu, bien sea por medio de una amigable composición o por medio de las acciones correspondientes en el marco del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones para solicitar la reclamación económica derivada de este proceso.

Conclusión

Como se explicó con antelación, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para resolver controversias de naturaleza económica. No obstante, la Corte reconoce que en este

caso es menester definir ciertos lineamientos a partir de los cuales se fije la responsabilidad en la prestación del servicio de salud al señor Ludwin Andrés Cuervo, en razón de la pancreatitis necrotizante que padeció. Se aprecia que en el presente caso dicha responsabilidad radicaba, por un lado, en cabeza del señor Cuervo quien debía realizar los aportes al sistema general de seguridad social pues era un trabajador independiente, y por otro lado, en el Organismo Andino Convenio Hipólito Unanue que tenía el deber jurídico de verificar la afiliación al sistema de seguridad social en salud del señor Cuervo, para pagar los honorarios propios de la ejecución del contrato.

Por esta razón, el Ministerio de la Protección Social no vulneró, ni por acción ni por omisión, los derechos fundamentales del señor Cuervo, razón por la cual dicha entidad no tenía legitimación por pasiva en la presente controversia. Además, como lo ha establecido la Corte Constitucional, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la costumbre internacional, el principio de inmunidad de jurisdicción tiene un carácter relativo respecto de aquellas conductas en las cuales quienes son titulares del mismo actúan, no para cumplir los fines propios del tratado suscrito con el Estado colombiano, sino que lo hacen a título privado como cuando contratan al personal que requieren para su respectivo funcionamiento.

V. DECISIÓN:

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 1 de febrero de 2010, y en su lugar, NEGAR la acción de tutela interpuesta por Lucy Josefina Lamprea en representación de Ludwin Andrés Cuervo Hernández, consecuentemente, CONCEDER al Ministerio de la Protección Social la posibilidad de exigir el reembolso de los recursos destinados al cumplimiento de las sentencias de instancia, al señor Cuervo Hernández y al Convenio Hipólito Unanue Oras Conhu, bien sea por medio de una amigable composición o por medio de las acciones correspondientes en el marco del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

Segundo. LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 La misma postura se sostuvo en la sentencia T-555 de 1998. En ese caso la accionante se encuentra afiliada por el Sistema de Medicina Prepagada a la entidad promotora de salud “Coomeva”. Los médicos especialistas de esa entidad diagnosticaron que la demandante tenía un “Carcinoma ductal infiltrante” del seno derecho, que requería de la práctica de una “mastectomía” radical de ambos senos y de su reconstrucción inmediata con prótesis bilateral. El suministro de dichas prótesis no se halla contemplado en el contrato de Medicina Prepagada. En su tutela solicitó que se ordene al ISS el suministro de las prótesis mamarias que han sido ordenadas por los médicos especialistas y que se le reconozcan los costos económicos que ha asumido en razón de su enfermedad.

2 T-555 de 1998.

3 Al respecto, se pueden consultar, las sentencias T-528 y T-038 de 1998 y T-901 de 2007.

4 M.P. Jaime Araújo Rentería.

5 Al respecto también se puede ver la sentencia T-026 de 2008

6 T-555 de 1998

7 La misma postura se expresó en la sentencia T-082 de 2008.

8 Esta postura fue reiterada en la sentencia SU- 562 de 1999. En este caso varias personas solicitaron que se amparará “el derecho fundamental a la seguridad social y la salud” porque no se les presta atención médica ni hospitalaria por cuenta del ISS, ya que éste aduce que la empresa Quintex S. A. está en mora de pagar las cotizaciones correspondientes. En sentir de los peticionarios, se les han violado los derechos consagrados en los artículos 1 y 48 de la C. P. y en el artículo 104 de la ley 222 de 1993.

9 Sentencia T-819 de 2001.

10 Ibídem.

11 Revisión de la Ley 208 de 1995 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología’ hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983”.

12 Sentencia C- 137 de 1996.

13 Ibídem.

14 Ibídem.

15 Ibídem.

17 Cfr. Arts. V (Sección 13), VI (Sección 19),

18 Sentencia C-254 de 2003.

19 Revisión de constitucionalidad del “Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, hecho en Nueva York el 9 de septiembre de 2002” y la Ley aprobatoria No. 1180 del 31 de diciembre de 2007.

20 Esta Corporación ha avalado la constitucionalidad de la cláusula de inmunidad de

jurisdicción en tratados internacionales, como puede apreciarse, entre otras, en las siguientes sentencias: C-464 de 2008, C-189 de 2008, C-859 de 2007, C-276 de 2006, C-176 de 2006, C-863 de 2004, C-820 de 2004, C-557 de 2004, C-315 de 2004, C-254 de 2003, C-1034 de 2003, C-578 de 2003, C-534 de 2002, C-287 de 2002, C-862 de 2001, C-328 de 2000, C-1333 de 2000, C-200 de 1999, C-710 de 1998, C-422 de 1997, C-231 de 1997, C-145 de 1997, C-137 de 1996, C-354 de 1995, C-203 de 1995, C-246 de 1993 y C-563 de 1992.

21 Sentencias C-254 de 2003, C-534 de 2002, C-442 de 1996 y C-137 de 1996.

22 Artículo 90 de la Constitución. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

23 Revisó la Ley 824 de 2003, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre las misiones especiales.

Cft. sentencias C-859 de 2007 y C-254 de 2003.

24 Por ejemplo, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946, establece en su artículo VIII, sección 30:

“SECCION 30. Todas las diferencias que surjan de la interpretación o aplicación de la presente Convención serán referidas a la Corte Internacional de Justicia, a menos que en un caso determinado las partes convengan en recurrir a otra vía de solución. Si surge una diferencia de opinión entre las Naciones Unidas, por una parte y un Miembro, por la otra, se solicitará una opinión consultiva sobre cualquier cuestión legal conexa, de acuerdo con el artículo 96 de la Carta y el artículo 65 del Estatuto de la Corte. La opinión que dé la Corte será aceptada por las partes como decisiva.”

25 Sentencia T-883 de 2005.

26 Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Radicación No. 32096 Acta No. 98. Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).

27 Ibídem. Esta postura fue reiterada, por esta Sala, el 9 de diciembre de 2008. En esa ocasión la Corte Suprema admitió la demanda ordinaria laboral instaurada por Siervo de Dios Quintero Herrera, contra la Embajada de la República de Corea en Colombia, representada por su embajador; observándose que la misma, reunía las exigencias del artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, subrogado por el artículo 12 de la Ley 712 de 2001. En esa ocasión se indicó:

“Es preciso anotar que esta Sala, a partir de la providencia del 13 de diciembre de 2007, radicación 32096, ha aceptado la competencia para conocer en única instancia de asuntos como el presente, en el que se pone a su consideración, la resolución de controversias laborales surgidas entre las embajadas o misiones diplomáticas y sus trabajadores.”

28 ARTICULO 2o. APLICACION TERRITORIAL. El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad.

29 . Los principios relevantes relacionados se pueden encontrar en los artículos 29 a 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

30 Estuvo abierta a la firma de los Estados Miembros de Naciones Unidas desde el 17 de enero de 2005 hasta el 17 de enero de 2007