

TEMERIDAD-Inexistencia para el caso por no existir prueba de la actuación temeraria

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

De acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Exigencia de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios se torna desproporcionada y está en contra de la dignidad humana por ser pensionada por invalidez

PROCEDIMIENTO DE COBRO COACTIVO POR EL ISS-Normatividad aplicable

Para que el ISS inicie el proceso de cobro coactivo, de acuerdo con la normativa del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, se requiere que exista un acto administrativo ejecutoriado en el que conste la obligación de pagar la suma de dinero a favor del Estado. En otras palabras, para iniciar el proceso de cobro coactivo se requiere el título ejecutivo debidamente verificado o, lo que es lo mismo, el acto administrativo constitutivo del crédito, debidamente ejecutoriado. Ello por cuanto que, aunque en el proceso de cobro coactivo cabe proponer excepciones, resulta impropio debatir nuevamente asuntos que tienen que ver con la naturaleza de la obligación contenida en el título ejecutivo.

TEORIA DE LA IMPREVISION-Es jurídicamente posible, la revisión de un contrato para ajustarla

a la nueva realidad social, económica y jurídica

DEBIDO PROCESO EN COBRO COACTIVO POR EL ISS-Vulneración por cuanto el ISS dejó pasar 10 años para cobrar un préstamo de vivienda a la accionante quien es pensionada por invalidez

DERECHO A LA VIDA DIGNA Y AL MINIMO VITAL-Orden al ISS de reestructurar el crédito de vivienda por ser la accionante sujeto de especial protección constitucional

Referencia: Expediente T-3.126.377

Demandante:

Gladys Beltrán Olmos

Demandado: ISS -Seccional Tolima-

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011)

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido el 9 de junio de 2011 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la que se confirmó el fallo dictado el 2 de mayo de 2011, por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué, dentro de la acción de tutela promovida contra el ISS -Seccional Tolima-.

I. ANTECEDENTES

La señora Gladys Beltrán Olmos, mediante apoderado, presentó acción de tutela contra el ISS -Seccional Tolima-, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia, los cuales considera vulnerados por la referida entidad al iniciar en su contra un proceso de cobro coactivo, de manera directa, sin acudir a las instancias judiciales.

1.- Reseña fáctica de la demanda

1.1. De los hechos que dieron origen al proceso de cobro coactivo por parte del ISS - Seccional Tolima-

Mediante escritura pública No. 02899, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué el 19 de octubre de 2000, la señora Gladys Beltrán Olmos, en calidad de empleada, y el ISS celebraron contrato de mutuo hipotecario por cuantía de \$23´409.000 millones de pesos (préstamo que generaba intereses corrientes y moratorios), suma que se destinó para la compra de vivienda urbana (matrícula inmobiliaria 350-35854.). Dentro de las condiciones del crédito, se estipuló como forma de pago el 10% del salario mensual devengado por la accionante, más el valor de sus cesantías, las cuales pignoró.

Así mismo, en el parágrafo de la cláusula séptima de la referida escritura quedó establecido que “para el cobro judicial o ejecutivo de la obligación que por este instrumento se contrae, con el SEGURO SOCIAL, bastará la presentación de la copia autenticada de esta escritura, debidamente registrada (...)”, lo cual indica, a juicio de la accionante, que entre las partes se acordó tácitamente que el cobro se haría por vía judicial.

La señora Gladys Beltrán Olmos laboró en la Clínica ISS Manuel Elkin Patarroyo Murillo de la ciudad de Ibagué hasta el año 2002, cuando fue beneficiaria de una pensión de invalidez. En consecuencia, al no ser empleada del ISS, la actora incurrió en mora del pago de su obligación.

1.2. De las actuaciones del ISS -Seccional Tolima- dentro del proceso de cobro coactivo contra la accionante

Mediante Resolución expedida el 25 de marzo de 2010, el ISS avocó conocimiento del proceso administrativo de cobro coactivo y, en la misma fecha, libró mandamiento de pago en contra de la accionante por un valor de \$45´770.154 millones de pesos más los intereses, gastos y costas que se causen.

Una vez surtida la notificación el día 23 de septiembre de 2010, la actora, a través de apoderada, solicitó la reposición del mandamiento de pago, manifestándole al ISS que “no podía ser juez y parte” y que el juez competente para el cobro de la obligación era un juez

civil de la justicia ordinaria. Así mismo, planteó las siguientes excepciones: prescripción de la acción de cobro, incompetencia del funcionario ejecutor, prohibición de capitalización de intereses y pago de los 24 primeros meses junto con el valor de las cesantías de los años 2000, 2001 y 2002.

Mediante Resolución No. 001 del 20 de enero de 2011, el ISS declara desierto el recurso de reposición presentado por no encontrarse acreditada la debida representación legal de la poderdante, ante la ausencia de la presentación personal en el poder anexo.

2.- Fundamento de la acción de tutela contra el ISS -Seccional Tolima-

Teniendo como fondo lo anteriormente descrito, la tutelante afirma que con el proceso de cobro coactivo ejecutado por el ISS -Seccional Tolima- se le vulnera el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia, por lo que la entidad accionada incurrió en lo que denomina una vía de hecho.

Aduce que, en virtud del referido cobro coactivo, el ISS continuó con la ejecución coactiva y dispuso el embargo del predio con matrícula inmobiliaria 350-35854. Afirma que el préstamo para vivienda de interés social no corresponde al rol principal de la accionada, por lo que no le era dado actuar de manera unilateral y que debe acudir a la vía ordinaria.

3.- Pretensiones de la demanda

Para efectos de lograr el amparo de las prerrogativas iusfundamentales que estima le han sido conculcadas, el apoderado de la accionante insta al juez de tutela para que (i) deje sin efectos todo lo actuado en el proceso de cobro coactivo iniciado por el ISS -Seccional Tolima- en contra de la señora Gladys Beltrán Olmos y (ii) se le ordene a dicha entidad acudir a la justicia ordinaria para el cobro del valor a que se refiere la hipoteca contenida en la escritura pública No.02899 de 2000.

4.- Oposición a la demanda de tutela

El Gerente del ISS Tolima solicitó denegar o declarar improcedente la presente acción de tutela, basado en los siguientes fundamentos:

* La señora Gladys Beltrán Olmos adquirió un préstamo de vivienda por la suma de \$23.409.000, aprobado mediante Resolución 0403 de 13 de octubre de 2000, según el cual se le descontó por nómina la suma de \$101.279 hasta el mes de julio de 2001, fecha hasta la cual laboró con la entidad.

* En la cláusula sexta de la escritura pública se estipula la “Exigibilidad Anticipada”, según la cual el ISS puede dar por extinguido anticipadamente el plazo pendiente para el cumplimiento de la obligación y exigir extrajudicial, judicial o ejecutivamente su pago inmediato y total.

* Mediante el contrato de mutuo celebrado, se efectuó el préstamo de vivienda que genera intereses corrientes y moratorios de ley.

* Se le reconoce la pensión de invalidez a la señora Gladys Beltrán Olmos, por enfermedad, por lo que fue imposible seguir haciéndole los descuentos, al no estar autorizados en la pensión.

* No se han vulnerado los derechos de la señora Gladys Beltrán Olmos, toda vez que se realizó la debida notificación del mandamiento de pago y la señora nunca manifestó oposición ni excepcionó, ni formuló o planteó un arreglo de pago.

Afirma que no se ha solicitado embargo alguno contra el bien inmueble con matrícula inmobiliaria No.350-35854. Aclara que el ISS no está cobrando una deuda fiscal, el origen de la deuda ejecutada es un contrato de mutuo celebrado con la accionante y según la normatividad aplicable (Res. 3696 de 1997 y Res. 3523 de 1999), el ISS está facultado para realizar el cobro coactivo. Expone que “conforme al KARDEX DE VIVIENDA” la actora adeuda la suma de \$43.450.274 millones de pesos.

Manifiesta que “es la segunda vez que instaura la acción de tutela con el fin de aludir la obligación del crédito de préstamo de vivienda” y solicita que la señora Gladys Beltrán Olmos se acerque a las oficinas de la entidad y plantee un acuerdo de pago de la obligación.

5.- Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente (Cuaderno 1)

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental son las que a continuación se relacionan:

5.1. Aportadas en la acción de tutela

* Original del poder judicial otorgado por Gladys Beltrán Olmos (folio 2).

* Escritura pública No. 02899, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué el 19 de octubre de 2000, mediante la cual la accionante protocoliza el contrato de “VENTA HIPOTECA” de la casa lote #39 ubicada en la Urbanización Jordán de la ciudad de Ibagué y el contrato de “MUTUO” con el ISS (folios 3 a 10).

* Oficio de citación del 20 de agosto de 2010, suscrito por el Director Jurídico del ISS - Seccional Tolima-, dirigido a Gladys Beltrán Olmos, con el fin de notificarla del Auto de apertura del proceso de cobro coactivo del crédito de vivienda (folio 11).

* Auto del 25 de marzo de 2010, proferido por la Dirección Jurídica del ISS -Seccional Tolima-, mediante el cual resuelve avocar conocimiento del proceso administrativo del cobro coactivo en contra de Gladys Beltrán Olmos (folios 12 y 13).

* Auto del 25 de marzo de 2010, proferido por la Dirección Jurídica del ISS -Seccional Tolima-,

mediante el cual resuelve librar mandamiento de pago a favor del ISS y en contra de Gladys Beltrán Olmos por un valor de \$45.770.154 millones de pesos (folios 14 a 16).

* Notificación personal a la señora Gladys Beltrán Olmos del Auto del 25 de marzo de 2010, efectuada el 23 de septiembre de 2010 (folio 17).

* Memorial mediante el cual la accionante presenta, a través de apoderada, el recurso de reposición contra el mandamiento de pago (folios 18 a 24).

5.2. Aportadas en la oposición a la acción de tutela

* Escritura pública No. 02899, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué el 19 de octubre de 2000, mediante la cual la accionante protocoliza el contrato de “VENTA HIPOTECA” de la casa lote #39 ubicada en la Urbanización Jordán de la ciudad de Ibagué y el contrato de “MUTUO” con el ISS (folios 44 a 49).

* Acuerdo No. 172 de 1997, mediante el cual el Consejo Directivo del ISS asigna la función de cobro coactivo y se autoriza al Presidente del ISS para delegar funciones (folios 50 a 53).

* Resolución No. 0336 de 1998, mediante la cual el Presidente del ISS delega algunas funciones en materia de cobro coactivo y reglamenta el cobro coactivo del instituto (folios 54 a 66).

* Resolución No. 2013 de 2003, mediante la cual el Presidente del ISS amplía el alcance de la

Resolución No. 0336 de 1998, deroga la Resolución No. 3890 de 2002 y reglamenta el reparto de las deudas a cobrar por el procedimiento coactivo (folios 67 a 74).

* Resolución No. 3696 de 1997, mediante la cual el Presidente del ISS reglamenta el “Plan Especial de Préstamos para Vivienda” en el Seguro Social (folios 75 a 84).

II. DECISIONES JUDICIALES

1.- Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 2 de mayo de 2011, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué negó el amparo solicitado por considerar que no existe evidencia de la vulneración del derecho al debido proceso invocado, pues se surtieron las etapas dentro de las cuales la demandante pudo presentar los recursos de ley o llegar a un acuerdo de pago.

Al respecto, estimó el A quo que “como la acción de tutela no es un mecanismo paralelo de las actuaciones judiciales ni constituye una tercera instancia, deberá ser negado el amparo deprecado”.

2.- Impugnación

La accionante, de manera oportuna, presentó impugnación del fallo y argumentó que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que, aunque es cierto que ella no ejerció los recursos de ley en el proceso de cobro coactivo, el verdadero problema jurídico consiste en la competencia del ISS para iniciar y llevar a culminación el proceso ejecutivo hipotecario.

Afirma que “no puede pensarse que por no haber hecho uso del recurso de reposición ante la notificación del mandamiento librado por el ente tutelado, por ese sencillo hecho, la competencia verdadera varió, porque el juez natural es uno solo y ese juez natural es aquella persona que el legislador designó y el legislador, en este caso, determinó que por cuantía y por el tipo de proceso, el juez natural es un juez civil (...)”.

3.- Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 9 de junio de 2011, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué

-Sala Civil Familia-, confirmó el fallo de primera instancia, por considerar que (i) en el trámite del cobro coactivo se brindaron todas las garantías procesales suficientes para ejercer el derecho de defensa y contradicción y (ii) existen otros mecanismos jurídicos idóneos para la reclamación de los derechos invocados.

III. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Es competente la Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 18 de julio de 2011, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Siete de esta Corporación.

2.- Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En esta oportunidad, la señora Gladys Beltrán Olmos es una persona mayor de edad que actúa en defensa de sus derechos, por medio de apoderado judicial, razón por la que se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación pasiva

El ISS -Seccional Tolima- es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, a la que se le atribuye responsabilidad en la violación de los derechos fundamentales aducida por el demandante. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva.

3.- Cuestiones Preliminares

Para resolver el presente asunto, antes del análisis del caso concreto, la Corte verificará la

posible actuación temeraria y la procedibilidad de la acción de tutela en sede de revisión.

3.1. Inexistencia de actuación temeraria en el caso presente

En atención a que el Gerente del ISS Tolima solicitó a la Corte declarar que el demandante incurrió en actuación temeraria, se hace necesario dilucidar previamente este aspecto procedimental. Para poder determinar si el accionante ha incurrido o no, en la actuación temeraria de que trata el artículo 38 del decreto 2591 de 1991, es necesario analizar si efectivamente se reúnen, en el caso concreto, los presupuestos exigidos por tal disposición, a saber:

“Primero, que una misma acción de tutela sea presentada en varias oportunidades.

Segundo, que las varias tutelas sean presentadas por la misma persona o su representante.

Tercero, que la reiterada invocación de la tutela se realice sin motivo expresamente justificado.”

Encuentra la Sala que la entidad accionada se limitó a manifestar que “es la segunda vez que [la demandante] instaura la acción de tutela con el fin de eludir la obligación del crédito de préstamo de vivienda”¹ sin demostrar, siquiera sumariamente, tal afirmación.

Así las cosas, no existe prueba de la actuación temeraria conforme a los presupuestos normativos previstos en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 y a los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte en la materia, sin que pueda predicarse en consecuencia, un uso indebido de la acción de tutela.

3.2. La procedencia de la acción de tutela. La existencia de otro medio de defensa judicial. La tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio irremediable. Reiteración de Jurisprudencia

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación², en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la defensa judicial de estos derechos.

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. En reciente fallo, esta Sala de Revisión detalló este precedente constitucional, así:

“(…) Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 20063 esta Corte precisó: ‘Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela,⁴ se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.’

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 20055, la Corte indicó:

‘Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.’ 6”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y

recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. Al respecto, esta Corporación indicó:

“[L]a Corte ha determinado, como regla general, que el juez constitucional deberá declarar improcedente la tutela cuando encuentre que existe otro medio o recurso judicial a través del cual pueda el ciudadano obtener la protección de sus derechos.

No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha establecido dos situaciones excepcionales en las cuales es procedente la acción de tutela. Una de ellas, consiste en que el medio o recurso existente no sea eficaz e idóneo y, la otra, radica en la invocación de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En cuanto a la primera, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.

En cuanto a la segunda situación excepcional en la cual puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria

para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado.

Al respecto, la Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, pueda demostrarse que: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que ‘su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas’, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Se requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño es inevitable.

Sólo cuando concurren los mencionados elementos, es manifiesta la necesidad de considerar la acción de tutela como un mecanismo transitorio, desplazando el medio ordinario de defensa.” 7

Enseguida la Sala efectuará el estudio de la procedibilidad del asunto puesto a consideración en esta oportunidad.

3.3. Procedibilidad en el caso concreto

Si bien es cierto que la señora Beltrán Olmos tiene a su alcance otros mecanismos de defensa y que los actos administrativos (auto de iniciación de proceso y mandamiento de pago) no fueron objeto de recursos de reposición (el recurso interpuesto fue declarado desierto por indebida representación), también lo es que la accionante es sujeto de especial protección constitucional.

En efecto, como lo indicó su apoderado en el libelo de la demanda, ella resultó pensionada por invalidez desde el año 2002. Hecho que fue aceptado y confirmado por la entidad accionada en su contestación presentada oportunamente, tal como consta a folio 40 del cuaderno 18.

Consecuentemente, la Sala estima que en este evento el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado debido a que, según lo ha establecido el artículo 47 del texto

constitucional, el Estado debe ofrecer a las personas que padecen disminuciones de orden físico, sensorial o psíquico un tratamiento privilegiado.

La Constitución Política señala desde sus primeros artículos que el principio de solidaridad, es una característica propia de un Estado Social de Derecho, en el que el respeto de la dignidad humana, el goce de las libertades y los derechos fundamentales de las personas, así como la igualdad ante la ley, son elementos fundamentales para una sociedad democrática y moderna.

Así mismo, la cercanía del principio de solidaridad con el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, exige la adopción de medidas positivas en favor de aquellos grupos sociales discriminados o marginados, respecto de quienes la protección especial es un derecho y un elemento esencial del concepto de igualdad real, que procura romper con esa desigualdad natural que por razones de la condición económica, física, sensorial o psíquica, se encuentran en total desigualdad, haciendo especial mención a las personas discapacitadas.

En consecuencia, la solución de este tipo de controversias debe llevarse a cabo con esmerada cautela y prontitud, en la medida en que se encuentran comprometidos los derechos de un sector de la población que se halla en condiciones de acentuada indefensión. Por lo que el juez de tutela debe considerar la especial situación de desamparo predicable de la persona que es pensionada por invalidez, pues, en principio, padece de una lesión que ha afectado su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%; tal circunstancia lleva a concluir que en la mayoría de estos casos la exigencia de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios se torna desproporcionada y ofende la dignidad humana de estas personas, por lo que el rigor del principio de subsidiariedad debe ser matizado de cara a la urgencia de dar protección a sus derechos fundamentales.⁹

En la línea de las consideraciones plasmadas, encuentra la Sala que en el presente asunto, pueden tenerse como cumplida la excepción al requisito general de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela, por lo que abordará el estudio de fondo del problema jurídico que la demanda plantea.

4.- Problema jurídico

La Sala advierte que la accionante solicita la protección de sus derechos al debido proceso y al acceso a la justicia, sin embargo, en atención a su condición de sujeto de especial protección constitucional y de acuerdo con el acontecer fáctico descrito en precedencia, este Tribunal Constitucional entiende que la problemática de índole jurídica a resolver, en sede de revisión, se contrae a la necesidad de establecer si el ISS -Seccional Tolima- violó los derechos fundamentales de la accionante a la vida digna y al mínimo vital por el hecho de proceder al cobro coactivo en su contra por la suma de \$45.770.154 millones de pesos (en el año 2010), deuda originada en un contrato de mutuo (préstamo para vivienda por \$23.409.000 millones de pesos celebrado en el año 2000), generando intereses desde el año 2001, sin tener en cuenta su calidad de pensionada por invalidez y sin hacer efectivo el seguro respectivo o revisar la posibilidad de reliquidar el crédito adeudado, de manera oportuna.

Con ese objetivo entonces, se iniciará por verificar la normatividad aplicable al cobro coactivo del ISS, para luego analizar el caso concreto.

5.- Normatividad aplicable al procedimiento de cobro coactivo del ISS

5.1. El proceso de jurisdicción coactiva ha sido definido por la Corte Constitucional como una facultad administrativa del Estado que le confiere a sus entidades públicas la potestad exorbitante de cobrar directamente, sin instancias judiciales, créditos de los cuales es acreedora y “cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales”¹⁰.

El artículo 24 de la Ley 100 de 1993 confiere de manera general a las entidades administradoras del sistema de seguridad social la potestad de adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. “Para tal efecto -dice la norma en cuestión-, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

En tratándose del Instituto de Seguros Sociales, el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994 advierte que las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida -es decir, el ISS- tienen la potestad de iniciar los correspondientes procesos coactivos para hacer efectivos sus créditos, de conformidad con el artículo 79 del Código

Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992¹¹ y demás normas que los adicionen o reformen. De acuerdo con la normativa precedente, el ISS tiene la potestad de iniciar el proceso coactivo con el fin de cobrar las deudas de los empleadores relativas a las cotizaciones en seguridad social, para lo cual debe acogerse a la normativa del Código de Procedimiento Civil en lo previsto en los artículos 561¹² y siguientes.

Adicionalmente, el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo define las obligaciones a favor del Estado que prestan merito ejecutivo y que pueden cobrarse por jurisdicción coactiva, advirtiendo que mientras en ellas conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, es título ejecutivo “Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley”.

De lo anotado se tiene entonces que para que el ISS inicie el proceso de cobro coactivo, de acuerdo con la normativa del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, se requiere que exista un acto administrativo ejecutoriado en el que conste la obligación de pagar la suma de dinero a favor del Estado.

En otras palabras, para iniciar el proceso de cobro coactivo se requiere el título ejecutivo debidamente verificado o, lo que es lo mismo, el acto administrativo constitutivo del crédito, debidamente ejecutoriado. Ello por cuanto que, aunque en el proceso de cobro coactivo cabe proponer excepciones, resulta impropio debatir nuevamente asuntos que tienen que ver con la naturaleza de la obligación contenida en el título ejecutivo. En el caso sub examine la obligación se encuentra debidamente contenida en la Resolución 0403 de 13 de octubre de 2000 y en la escritura pública No..02899 del 19 de octubre de 2000.

5.2. A través de la Resolución No. 3696 de 1997, el Presidente del ISS reglamentó el “Plan Especial de Préstamos para Vivienda” en el Seguro Social, cuyo objetivo consiste en contribuir a satisfacer las necesidades de vivienda del servidor y su familia.

“ARTÍCULO 2. Podrán ser beneficiarios de préstamos para vivienda los Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales del Seguro Social, siempre y cuando reúnan los requisitos que para su otorgamiento establece la presente Resolución.

ARTÍCULO 37. El Departamento Nacional de Contabilidad llevará los registros

correspondientes de los ingresos y egresos de la cuenta especial para el Plan de Vivienda y rendirá informe de los estados de cuenta cuando el comité lo requiera.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los intereses se liquidarán automáticamente sobre saldos el último día de cada mes.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El Departamento Nacional de Contabilidad registrará las correspondientes cuentas por cobrar a las seccionales y Clínicas.

ARTÍCULO 43. El beneficiario del préstamo solo podrá vender el inmueble cuando haya cancelado la totalidad de la deuda, en el caso de no cumplir con esta disposición se podrá exigir inmediatamente la totalidad del mismo.

Los servidores del Instituto encargados del control y vigilancia del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo serán responsables por la omisión en el evento de no iniciar las acciones civiles para hacer efectivo el pago.

ARTÍCULO 45. Cuando se presente mora de tres (3) meses el saldo del préstamo se hará exigible inmediatamente.” (negrilla fuera de texto original)

El Capítulo V -Plazos, Amortizaciones e Intereses- fue modificado por la Resolución 3506 de 2010, reseñada en el numeral siguiente.

5.3. Según la Resolución No. 3506 del 22 de diciembre de 2010¹³, “Por la cual se modifican las Resoluciones 3696 del 16 de diciembre de 1997, 6213 del 29 de mayo de 2005 y 3262 del 10 de agosto de 2006 que reglamentan el Plan Especial de Préstamos para Vivienda del Instituto de Seguros Sociales”, la Presidenta (e) del Instituto de Seguros Sociales, consideró:

“Que en virtud de la expedición del Decreto-ley 1750 de 2003, una gran población de beneficiarios de préstamos de vivienda quedaron incorporados automáticamente en la planta de personal de las nuevas Empresas Sociales del Estado, las cuales se han liquidado o se encuentran en proceso de liquidación.

Que algunos trabajadores oficiales que se acogieron a los planes de retiro voluntario ofrecidos por el Instituto aducen que no han venido cancelando en forma regular las cuotas que les corresponde por los préstamos de vivienda, debido a que no tienen capacidad de pago para la nueva cuota reliquidada, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 3696 del 16 de diciembre de 1997.

Que los créditos de vivienda vigentes adjudicados entre 1993 y 2003 se han vuelto financieramente inviables para los beneficiarios de los mismos, situación originada por la irretroactividad de las cesantías según la Convención Colectiva del 31 de octubre de 2001 y debido a las modificaciones en los ingresos laborales por políticas de restricción de reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos, lo cual generó lo siguiente:

— No se cancelan los préstamos de vivienda en el tiempo establecido.

Que con el propósito de normalizar la situación de los créditos vigentes y proporcionar un alivio a los beneficiarios de los mismos, el Instituto realizó los estudios pertinentes conforme a las nuevas condiciones de la entidad y de los deudores del fondo de vivienda, lo que hace necesario la modificación del capítulo V y -artículos 16 a 22- y el artículo 44 de la Resolución 3696 del 16 de diciembre de 1997, del artículo 3° de la Resolución 6213 del 29 de mayo de 2005 y del artículo 3° de la Resolución 3262 del 10 de agosto de 2006.” 14

En mérito de lo expuesto, la Presidencia del ISS resolvió:

“Artículo 1°. Modificar el artículo 16 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:
Artículo 16. El préstamo para vivienda concedido será pagado por el beneficiario, tanto el capital dado en calidad de mutuo como los intereses que se generen, mediante descuentos mensuales sucesivos directos de nómina equivalentes al valor establecido en la tabla de amortización anual elaborada por el ISS, de tal forma que la cuota pactada cubra el valor total de los intereses generados mensualmente y se abone a capital desde la primera cuota.

Parágrafo 1°. Las cuotas se empezarán a descontar al mes siguiente del desembolso del crédito o de la reestructuración del mismo, con cuotas fijas mensuales por cada año que no superen el plazo máximo pactado, adicionalmente con la totalidad de las cesantías causadas a treinta y uno (31) de diciembre de cada año. A la cuota de amortización se le deberá sumar el valor de las primas de los seguros de vida deudores e Incendio y terremoto.

Parágrafo 2°. Se abonarán a capital las cuotas extraordinarias que voluntariamente hagan los beneficiarios de los préstamos, siempre y cuando estas sean iguales y/o superiores a un salario mínimo legal mensual vigente y se encuentren al día en los pagos.

Parágrafo 3. Para los servidores que se encuentren en disfrute de licencia no remunerada, en caso de que no se alcance a descontar de la asignación básica el total de la cuota del préstamo de vivienda, deberán cancelar en la entidad bancaria destinada para tal fin, las cuotas mensuales pactadas o la diferencia, de tal forma que no haya solución de continuidad en el pago de las mismas.

Parágrafo 4°. A los servidores que salgan a disfrutar de vacaciones, se les descontará la cuota por nómina del valor de la asignación básica. Si no fuera posible deberá cancelarla directamente en la entidad bancaria.

Artículo 2°. Modificar el artículo 17 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 17. El plazo máximo para la cancelación de los préstamos de vivienda será de 20 años. A los préstamos vigentes se adiciona 8 años.

Artículo 3°. Modificar el artículo 18 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 18. A partir de la fecha de vigencia de la presente resolución, la tasa de interés que se aplicará a los saldos de capital para los préstamos concedidos, corresponderá al 50% de la variación porcentual del Índice de Precios al consumidor - IPC- certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE - entre el primero de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, liquidada mes vendido. Lo anterior quiere

decir que cada año fiscal se modificará la tasa de interés de acuerdo a la variación que el IPC presente anualmente.

Parágrafo 1°. La misma tasa de interés se aplicará a los beneficiarios que se acojan a la reestructuración prevista en la presente resolución sin que ello implique reliquidación de los períodos anteriores.

Artículo 4°. Modificar el artículo 19 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 19. En el evento en que un beneficiario de préstamo de vivienda se retire definitivamente del servicio, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Cuando un beneficiario de préstamo de vivienda se retire del servicio por razón de insubsistencia, terminación, del contrato de trabajo, supresión del cargo, renuncia voluntaria y liquidación de la ESE se le abonarán al préstamo de vivienda las cesantías y demás prestaciones sociales a que tenga derecho hasta ese momento y el saldo de la deuda, si quedare, continuará en las mismas condiciones de la reestructuración;

b) A los servidores que se desvinculen del servicio por destitución se les abonarán las cesantías y prestaciones sociales a que tenga derecho hasta ese momento y se les hará exigible inmediatamente la totalidad del saldo de la deuda por concepto de préstamo de vivienda.

Artículo 5°. Modificar el artículo 20 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 20. En el caso de que por cualquier circunstancia ajena a la entidad, no se descuenta del salario el valor de la cuota mensual de amortización y el valor de la prima por concepto de seguro de vida deudores e incendio y terremoto, el trabajador se compromete a cancelar dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes en la cuenta bancaria destinada para tal fin, la cuota vencida al día treinta (30) del mes inmediatamente anterior y presentar el comprobante de pago en el Departamento Nacional de Desarrollo de Personal o en los Departamentos de Recursos Humanos de cada Seccional.

Si el descuento no se hace por causa imputable a la entidad, el trabajador se compromete a cancelar dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes en la cuenta bancaria destinada para tal fin, la cuota vencida al día treinta (30) del mes inmediatamente anterior y presentar el comprobante de pago en el Departamento Nacional de Desarrollo de Personal o en los Departamentos de Recursos Humanos de cada Seccional sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias y fiscales en que incurra el servidor encargado de los descuentos.

Artículo 6°. Modificar el artículo 21 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 21. Los abonos de cesantías pagadas por el beneficiario del préstamo de vivienda se aplicarán en su totalidad a la amortización de capital, siempre y cuando el beneficiario se encuentre al día en sus cuotas.

Artículo 7°. Modificar el artículo 22 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 22. Las condiciones establecidas en este reglamento para la exigibilidad y el pago de las cuotas por razón del préstamo de vivienda, deberán incluirse obligatoriamente en el respectivo contrato de mutuo.

Artículo 8°. Modificar el artículo 44 de la Resolución 3696 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 44. En caso de mora en el pago de las cuotas de amortización, se cobrarán al momento del pago intereses moratorios calculados a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera, vigente a la fecha de ocurrencia del hecho y sobre el valor del capital en mora.

Artículo 10. Modificar los artículos 3° de la Resolución 6213 de 2005 y de la Resolución 3262 de 2006, los cuales quedarán así:

Artículo 3°. El Instituto de Seguros Sociales constituirá una póliza colectiva de deudores de vida y hogar para los beneficiarios de préstamo de vivienda acogidos a los planes de retiro voluntarios presentados por la entidad; y para los beneficiarios de préstamos de vivienda que sean incluidos en las ESE hoy liquidadas o que se encuentran en proceso de liquidación; y este valor será sumado a la cuota de amortización que se hará exigible mensualmente.

Parágrafo 1°. Las condiciones establecidas en la presente Resolución serán autorizadas siempre y cuando el beneficiario de préstamo de vivienda haya constituido o constituya previamente en debida forma la garantía a favor del Instituto.

Parágrafo 2°. Aquellos beneficiarios a quienes el ISS les ha iniciado proceso de cobro coactivo podrán acogerse a esta reglamentación; para lo cual una vez establecidas las condiciones de amortización y cumplidos los requisitos aquí establecidos, suscribirán de mutuo acuerdo la terminación del respectivo proceso.

Artículo 11. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.”¹⁵

Estas disposiciones, deben ser analizadas a la luz de la teoría de la imprevisión, esto es, acreditar que después de celebrado el negocio jurídico se presentaron variaciones en las condiciones económicas, de tal magnitud que no hubieran podido racionalmente preverse; que ellas determinaron una gran desproporción entre la prestación inicialmente pactada a cargo del contratante afectado y la que posteriormente éste resulta a deber a su acreedor; y, finalmente, que la generación de tales eventualidades y el desequilibrio contractual hayan escapado a toda injerencia de la voluntad de los contratantes.

Por principio, las obligaciones inicialmente consideradas en la celebración de un negocio jurídico subsisten, mientras las circunstancias originales no hubieren sufrido un cambio o modificación fundamental; no obstante, cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, acudiendo a la teoría de la imprevisión, que

se fundamenta en el principio *rebus sic stantibus*, es jurídicamente posible¹⁶, la revisión de un contrato para ajustarla a la nueva realidad social, económica y jurídica.

6.- Caso concreto

6.1. En el caso sub-examine el cobro coactivo iniciado por el ISS en contra de la accionante se origina en una deuda generada por un contrato de mutuo para préstamo de vivienda, según el acervo probatorio allegado al expediente.

En efecto, tal como consta en la escritura pública No. 02899, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué el 19 de octubre de 2000¹⁷, la accionante protocoliza la transferencia a título de “venta real y enajenación perpetua” del derecho de “dominio pleno y la posesión real y efectiva” del inmueble identificado como casa lote #39 ubicada en la Urbanización Jordán de la ciudad de Ibagué. De igual manera se formaliza el contrato de mutuo con el ISS cuyo objeto consistió en que el mutuario adquiriera el dominio, posesión y goce sobre el inmueble descrito en el contrato de compraventa contenido en el mismo documento. Según lo estipulado, el Seguro Social concedió un préstamo con interés en cuantía del \$23.409.000 millones de pesos en el año 2000.

Esta Sala de Revisión observa que transcurre una década hasta que el ISS procede a librar mandamiento de pago por la suma adeudada que, en el 2010, asciende a \$45´770.154 millones de pesos y advierte que la entidad accionada no demostró diligencia suficiente en su actuar al no haber efectuado cobros oportunos ni haber hecho exigible el seguro (de ser aplicable), desde que la actora incurre en mora.

En este orden de ideas, la Sala no comparte las decisiones de instancia por considerar que más allá de una presunta vulneración al derecho del debido proceso administrativo de la señora Gladys Beltrán Olmos, fueron vulnerados sus derechos a la vida digna y al mínimo vital, en desconocimiento a su condición de sujeto de especial protección constitucional.

En efecto, la normatividad especial vigente¹⁸ dispone clara y expresamente el procedimiento para los beneficiarios de préstamos de vivienda pensionados, como es el caso de la actora. Situación ante la cual procede una reestructuración del crédito adeudado, con su respectiva ampliación del plazo para su cancelación.

En consecuencia, de conformidad con la normatividad aplicable y al principio de solidaridad, procede la protección a los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la señora Gladys Beltrán Olmos, a fin de normalizar la situación de su crédito vigente.

6.2. Así las cosas, en el caso examinado, la Sala Cuarta de Revisión considera procedente el amparo impetrado, razón por la cual, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 9 de junio de 2011, en la que se confirmó el fallo dictado el 2 de mayo de 2011 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué que negó las pretensiones por el carácter subsidiario de la acción de tutela.

En su lugar, ordenará al ISS -Seccional Tolima- que efectúe la reestructuración del crédito bajo la reglamentación vigente del ISS, para lo cual se tendrá en consideración lo siguiente:

i. Deberá citar a la señora Gladys Beltrán Olmos, en un término no superior a cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo.

i. La señora Gladys Beltrán Olmos tendrá un término máximo de quince (15) días hábiles para acercarse a las instalaciones de la entidad accionada y solicitar ser beneficiaria de lo contemplado en la Resolución No. 3506 de 2010, en procura de un acuerdo de pago y obtención de la reestructuración de su crédito.

i. Vencido este término y, en caso de silencio de la interesada, el ISS deberá continuar con el cobro coactivo respectivo, en un término no superior a tres (3) días hábiles siguientes.

i. En caso de que la señora Gladys Beltrán Olmos se acoja a la reestructuración del crédito, el ISS -Seccional Tolima- deberá llevarla a cabo, en un término máximo de quince (15) días hábiles.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 9 de junio de 2011, en la que se confirmó el fallo dictado el 2 de mayo de 2011 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué para, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la señora Gladys Beltrán Olmos.

SEGUNDO.- ORDENAR, por las razones aducidas en esta providencia, al ISS -Seccional Tolima- que efectúe la reestructuración del crédito bajo la reglamentación vigente del ISS, para lo cual deberá tener en consideración lo siguiente:

i. Deberá citar a la señora Gladys Beltrán Olmos, en un término no superior a cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo.

i. La señora Gladys Beltrán Olmos tendrá un término máximo de quince (15) días hábiles para acercarse a las instalaciones de la entidad accionada y solicitar ser beneficiaria de lo contemplado en la Resolución No. 3506 de 2010, en procura de un acuerdo de pago y obtención de la reestructuración de su crédito.

i. Vencido este término y, en caso de silencio de la interesada, el ISS deberá continuar con el cobro coactivo respectivo, en un término no superior a tres (3) días hábiles siguientes.

i. En caso de que la señora Gladys Beltrán Olmos se acoja a la reestructuración del crédito, el ISS -Seccional Tolima- deberá llevarla a cabo, en un término máximo de quince (15) días hábiles.

TERCERO.- En consecuencia, EXHORTAR al ISS -Seccional Tolima- para que inicie las acciones disciplinarias a que haya lugar, si así lo considera, por la presunta responsabilidad ante la omisión de acciones, según los hechos descritos en esta providencia.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-837/11

PROCEDIMIENTO DE COBRO COACTIVO POR EL ISS-En los préstamos de vivienda efectuados por el Seguro Social, el incumplimiento del deudor hipotecario sólo debe ser atendido a través de las acciones civiles para hacer efectivo el pago (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-3.126.377

Acción de tutela instaurada por Gladys Beltrán Olmos contra el ISS, Seccional Tolima.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el respeto acostumbrado con las decisiones que toma esta Corporación, me permito disentir del fallo adoptado por la Sala Cuarta de Revisión dentro del expediente de la referencia. Las breves razones que apoyan mi postura son las siguientes:

En este caso la actora celebró con su empleadora, el ISS, un contrato de mutuo hipotecario para la compra de una vivienda, donde se convino que los pagos se cumplirían a partir de los descuentos realizados a su salario. Sin embargo, poco tiempo después a ella se le reconoció la pensión de invalidez, lo que impidió que se efectuaran las deducciones convenidas. Esto llevó a que el Seguro Social iniciara un proceso administrativo de cobro coactivo al que la accionante se opuso ya que esta entidad “no podía ser juez y parte” dentro del trámite.

La providencia de la que me aparto resumió el problema jurídico de la siguiente manera: “(...) se contrae a la necesidad de establecer si el ISS -Seccional Tolima- violó los derechos fundamentales de la accionante a la vida digna y al mínimo vital por el hecho de proceder al cobro coactivo en su contra por la suma de \$45.770.154 millones de pesos (en el año 2010), deuda originada en un contrato de mutuo (préstamo para vivienda por \$23.409.000 millones de pesos celebrado en el año 2000), generando intereses desde el año 2001, sin tener en cuenta su calidad de pensionada por invalidez y sin hacer efectivo el seguro respectivo o revisar la posibilidad de reliquidar el crédito adeudado, de manera oportuna.”

Aunque en el fallo se concedió la protección de los derechos a la vida digna y al mínimo vital, ordenando la simple reestructuración del crédito, considero que él no resuelve la censura principal planteada por la actora: la incompetencia del ISS para efectuar el cobro de los valores por concepto del contrato de mutuo hipotecario.

Bajo esas condiciones, se debió haber decretado la existencia de una vía de hecho administrativa por defecto orgánico. Como consecuencia, pienso que debería haberse decidido la anulación del proceso de cobro coactivo y haber ordenado que el Seguro Social se abstenga de aplicar la competencia consignada en los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de

199319 para lograr el reintegro de ese tipo de créditos.

Es claro que aquellas normas sólo otorgan la facultad para adelantar cobros relativos a las acreencias derivadas de las “obligaciones del empleador” relacionadas con el sistema general de pensiones. Se debe tener presente que los alcances de dicho poder son restrictivos, en la medida en que la Corte ha aceptado que constituye una “potestad exorbitante”²⁰, que crea una excepción a la satisfacción de la deuda a través de los canales de la administración de justicia, con las garantías de un proceso ejecutivo.

Atendiendo que ni en la Constitución y tampoco en la Ley²¹ se ha establecido la función de ejercer el cobro coactivo sobre un contrato de mutuo con gravamen hipotecario en cabeza del ISS, infiero que la sentencia T-837 de 2011 tenía la obligación de reconocer la existencia de un defecto orgánico por falta de competencia y la vulneración del debido proceso, sin que hubiere lugar a proseguir ese trámite de recaudación administrativa.

Varias de las normas citadas por la decisión de la que me aparto (artículo 13 del Decreto 1161 de 1994²² y artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo) fueron analizadas, bajo idénticas consideraciones, en la sentencia T-396 de 2005. Sin embargo, con base en ellas la Corte concluyó en esa oportunidad lo siguiente: “De acuerdo con la normativa precedente, el ISS tiene la potestad de iniciar el proceso coactivo con el fin de cobrar las deudas de los empleadores relativas a las cotizaciones en seguridad social, para lo cual debe acogerse a la normativa del Código de Procedimiento Civil en lo previsto en los artículos 561 y siguientes.” (Subrayado fuera de texto original).

Además, contraria a la posición asumida en la sentencia, el artículo 43 de la Resolución 3696 de 1997²³ (citado en el argumento jurídico número 5.2.) claramente dispone que en los préstamos de vivienda efectuados por el Seguro Social, el incumplimiento del deudor hipotecario sólo debe ser atendido a través de “las acciones civiles para hacer efectivo el pago”.

Con todo, considero discordante con la Constitución, por falta de competencia legal expresa, que el Seguro Social aplique las facultades de cobro coactivo para perseguir los créditos que el mismo entregó a sus ex empleados para adquirir una vivienda. Ese poder sólo está referido claramente a las deudas de los empleadores con ocasión de las obligaciones propias del régimen pensional de prima media.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 Folio 41, cuaderno 1.

2 Consultar las sentencias T-354 de 2010, T-059 de 2009, T-595 de 2007, T-304 de 2007, T-580 de 2006, T-222 de 2006, T-972 de 2005, T-712 de 2004 y C-543 de 1992, entre otras.

3 Corte Constitucional (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

4 Respecto a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la Corte en sentencia T-1222 de 2001 señaló: “(...) el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.”

5 Corte Constitucional (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

6 Sentencia T-177 del 14 de marzo de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

7 Sentencia T-211 de 2009, citada en la sentencia T-470 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

9 Extracto de la Sentencia T-219 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

10 Cfr. Sentencia C-666 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), citada en la sentencia T-396 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

11 Citada en el numeral 6.3. de esta providencia.

12 Según dicha norma, “Las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos

fiscales a favor de las entidades públicas se seguirán ante los funcionarios que determine la ley, por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor y de mínima cuantía, según fuere el caso, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el presente capítulo”, además de lo cual aclara que “En este proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa.”

13 Diario Oficial No. 47.941 de 3 de enero de 2011.

14 Negrilla fuera del texto original.

15 Subraya fuera de texto original.

16 CÓDIGO DE COMERCIO. ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:>
<Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:>
Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

17 Folios 3 a 10 y 44 a 49, cuaderno 1.

18 Normatividad reseñada especialmente en el numeral 5.3. de esta providencia.

19 “ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

(...)

ARTÍCULO 57. COBRO COACTIVO. De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a. de 1.992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos”.

20 Sentencia T-396 de 2005.

21 Vid Constitución Política, artículos 150-23 y 152-b).

22 “Por el cual se dictan normas en materia del Sistema General de Pensiones”.

23 “Por la cual se reglamenta el ‘Plan Especial de Préstamos para Vivienda’ en el Seguro Social”.