

26-3-10

1

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL
- Sala Tercera de Revisión -

SENTENCIA T - 101 de 2010

Referencia: Expediente T-2.359.974

Acción de tutela instaurada por el Municipio de Medellín y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC contra la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y el Juzgado Décimo Sexto Administrativo del Circuito de Medellín.

Magistrado Ponente:
JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero 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**, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos emitidos por la Subsección B de la Sección Segunda y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

1.1 El Municipio de Medellín y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, separadamente, presentaron acción de tutela contra la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y el Juzgado Décimo Sexto Administrativo del Circuito de Medellín, por la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso en el trámite de acción cumplimiento promovido por la Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -ASEINPEC contra el INPEC.

1.2 Los hechos que dieron origen al proceso de acción de cumplimiento que se censura, se resumen de la siguiente manera:

a) El Decreto 259 de 1938, la Ley 32 de 1986 y la Ley 65 de 1993, han regulado la suscripción de convenios entre las entidades territoriales y, lo que hoy, se conoce como el INPEC, los cuales tienen por objeto la recepción de presos de aquellas en los centros de reclusión del INPEC. En dichas disposiciones se ha previsto que los convenios deben prever el pago de un sobresueldo para los empleados de los establecimientos de reclusión.

b) El Municipio de Medellín propuso el 15 de mayo de 2008 al INPEC celebrar el convenio interadministrativo No. 4600008682 con el objeto de *“recibir, alojar, custodiar y atender integralmente en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Medellín ‘Bellavista’ y en la Reclusión de Mujeres de Medellín ‘El Buen Pastor’ a los sindicados y sindicadas privados de la libertad que lleguen por orden de autoridad judicial del Municipio de Medellín”*. Entre las obligaciones planteadas, el Municipio de Medellín, se comprometía – según el proyecto- al *“reconocimiento de sobresueldos a razón del treinta (30%) del salario mensual devengado por cada uno de los empleados o servidores públicos que están al servicio del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Medellín ‘Bellavista’ y de la Reclusión de Mujeres de Medellín ‘El Buen Pastor’*.

c) El INPEC rechazó el convenio interadministrativo No. 4600008682 propuesto por el Municipio de Medellín, porque, según señaló ASEINPEC, el reconocimiento del sobresueldo allí previsto era muy alto.

d) En razón a la renuencia del INPEC de suscribir el convenio mencionado, ASEINPEC presentó el 23 de julio de 2008 acción de cumplimiento con el fin de que el INPEC suscribiera el referido convenio, en observancia de los artículos 28 del Decreto 259 de 1938, 85 de la Ley 32 de 1986 y 19 de la Ley 65 de 1993, normas que prescribían la fijación de sobresueldos para los empleados de los establecimientos de reclusión en los que se recibieran presos municipales y departamentales.

1.3 El 25 de Agosto de 2008 el Juzgado Décimo Sexto Administrativo del Circuito de Medellín, en primera instancia, resolvió negar las pretensiones de la asociación demandante. Impugnada la anterior providencia, la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, el 4 de diciembre de 2008, resolvió revocar la sentencia proferida en primera instancia y, en su lugar, ordenó al Director General del INPEC cumplir con los artículos 28 del Decreto 259 de 1938 y 19 de la Ley 65 de 1993 y, en consecuencia, suscribir el Convenio interadministrativo No. 4600008682 con el Municipio de Medellín, o aquél que lo remplazara, con el fin de dar cumplimiento a las normas citadas en lo que tiene que ver con el sobresueldo de los empleados de los establecimientos carcelarios.

1.4 El INPEC señaló que la Sala Décima del Tribunal Administrativo de Antioquia vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto en la decisión adoptada no consideró que al ser declarado inexecutable el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, *“existe inexecutableidad sobreviniente de la norma, en lo que respecta al artículo 19 de la Ley 65 de 1993, toda vez que se reproduce en cierta forma en el literal a) el contenido del artículo 85 de la Ley 32 de 1986, por cuanto ambas permiten establecer un sobresueldo para los empleados del establecimiento de reclusión en el que se reciban presos departamentales o municipales, contenido que fue declarado inexecutable, porque rebasó la disposición del Decreto 259/38 de lo que se desprende que hay cosa juzgada constitucional material y por tanto debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 19 (...). Con respecto al artículo 28 del Decreto 259 de 1938, se debe indicar que el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 remitía a éste y al ser declarado inexecutable debe igualmente aplicarse la EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD en su parte pertinente”*.

Manifestó el representante del INPEC que el convenio interadministrativo No. 4600008682 que se ordena suscribir en la sentencia de segunda instancia fue una *“propuesta-borrador no aceptada por el Instituto de conformidad con la Circular No. 011 de 2008”* y señaló que *“no se puede obligar a unas de las partes a celebrar un contrato-convenio, toda vez que ello implica el consentimiento bilateral”*.

Además en las decisiones censuradas no se tuvo en cuenta que *“entre el INPEC, el Municipio de Medellín y la Empresa de Seguridad Metroseguridad de Medellín el 29 de julio de 2008 celebraron convenio interadministrativo No. 4600010193, con base en legislaciones, Ley 1153 de 2007 y la Ley 715 de 2001, cuyo objeto es contribuir en la adecuada atención a la población carcelaria del Municipio de Medellín, reclusa en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Medellín, y en la Reclusión de Mujeres de Medellín, convenio éste que se extendió hasta el día veintinueve (29) de abril del presente año 2009”*.

Finalmente, expuso que no recibió notificación del recurso de alzada interpuesto por los demandantes de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 393 de 1997 y el artículo 359 del C.P.C.

1.5 El Municipio de Medellín afirmó que en el proceso de acción de cumplimiento censurado se vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

Señaló que *“la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia del 4 de diciembre de 2008 dictada por la Sala Séptima (sic) de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia (...); no puede, ni podrá cumplirse por las siguientes razones: **Primero**, por cuanto la disponibilidad de recursos que se disponían para el convenio 4600008682 (el cual se resalta nunca existió), fue imputada al convenio No. 4600012193 de 2008; **Segundo**, porque la decisión que se tomó en la Sala Séptima (sic) de Decisión, de una u otra forma vincula los intereses del Municipio de Medellín, toda vez que lo obligan a disponer de*

recursos, no incluidos en el plan anual de gastos; *Tercero*, lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Séptima (sic) de Decisión, implicaría, ni más ni menos, '*acatar una orden emanada de una sentencia de cumplimiento que ordena gastos*'; *Cuarto*, porque la entidad que represento nunca fue citada al proceso en calidad de litisconsorcio necesario para que hiciera valer sus derechos; *Quinto*, por cuanto ASEINPEC, nunca constituyó el requisito de renuencia en contra del Municipio de Medellín; *Sexta*, por cuanto las pretensiones están dirigidas a que la Administración municipal ejecute un presupuesto y haga erogaciones y sin siquiera haber sido citado en el proceso; *Séptima*, porque el derecho que se reclama de parte de los empleados del INPEC tiene acción propia y en todo caso el Municipio de Medellín no tiene ninguna relación o vínculo con estos empleados" (Resaltado en el original).

Expuso el Municipio accionante que era forzosa su notificación en el proceso que se censura como litisconsorte necesario, por cuanto en la decisión adoptada por el tribunal accionado "se obliga al Director del INPEC a suscribir un contrato con el Municipio de Medellín, entidad que nunca fue vinculada al proceso (...)".

2. Solicitud de tutela.

2.1 El INPEC solicitó "TUTELAR el derecho fundamental constitucional al DEBIDO PROCESO por haber incurrido en vía de hecho al ordenar celebrar un convenio interadministrativo en normas declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia. Como consecuencia de lo anterior (...), se sirva ordenar la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia-Sala Décima de Decisión- por cuanto su acción ha vulnerado el derecho fundamental invocado frente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, acogiendo para el efecto la jurisprudencia constitucional relacionada".

2.2 Por su parte, el Municipio de Medellín solicitó "TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa, de contradicción, de aportar y solicitar la práctica de pruebas, de interponer los recursos de ley, de ser escuchado en el proceso, de igualdad entre las partes (...) dentro del proceso especial de acción de cumplimiento"; "[d]ejar sin efecto la providencia dictada por la Sala Séptima (sic) de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, el día 4 de diciembre de 2008, en la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Dieciséis Administrativo de Medellín"; "[o]rdenar a la Sala Séptima (sic) de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia que dicte una nueva providencia sobre el recurso de apelación interpuesto dentro del proceso especial de acción de cumplimiento incoado por la Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (ASEINPEC) contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). La decisión deberá pronunciarse sobre el interés que tiene el Municipio de Medellín en comparecer al proceso, decretando la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que el Juzgado Dieciséis Administrativo de Medellín admitió la demanda".

3. Intervención de la parte demandada.

3.1 El Juzgado Décimo Sexto Administrativo de Medellín señaló que *“la acción de tutela interpuesta es improcedente para solicitar la revocatoria de las providencias judiciales proferidas en el trámite de la Acción de Cumplimiento instaurada por la Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ‘ASEINPEC’, contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ‘INPEC’, por no haber incurrido en ninguna de las causales previstas para recurrir a este medio especial, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional”*.

Dijo que *“al hacerse el recuento del trámite impartido a la acción de cumplimiento adelantada citada, la decisión del Despacho estuvo orientada a denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expresadas en la parte motiva de la providencia de primera instancia, pero especialmente, por considerarse que ‘(...) la obligación que se pretende hacer cumplir con esta acción de cumplimiento al INPEC no está expresamente consignada en la ley (...)’; por esta razón, se considera, que con la decisión adoptada, este Despacho no se vulneró ningún derecho fundamental a quienes fueron parte en el proceso. Se estima pertinente anotar, que contra el Municipio de Medellín no se dirigió la demanda que dio origen a la acción de cumplimiento tramitada ante el presente Despacho, y que además, frente a la citada entidad territorial, no se acreditó el cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el artículo 8º de la Ley 393 de 1998, esto es, la prueba de la constitución en renuencia de la autoridad”*.

3.2 La Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia guardó silencio respecto de esta acción de tutela.

4. Intervención de tercero interesado.

4.1 El Representante de ASEINPEC argumentó que para que sea pagado el sobresueldo a los empleados del INPEC, se deben realizar convenios interadministrativos anualmente entre el Municipio y el INPEC; que el convenio se venía suscribiendo y como no lo hicieron para la vigencia del 2008, entonces se vulneró el derecho al debido proceso; que *“la demanda la dirigi[ó] ÚNICAMENTE contra el INPEC, ya que hasta esa fecha existía plena voluntad del Ente Territorial en cumplir con la norma y cancelarnos el sobresueldo a los trabajadores del INPEC en Medellín. Esta afirmación se demuestra (...) en el sentido de que el Municipio proyectó el convenio 4600008682 de 2008 y que nunca fue suscrito por el INPEC”*; que *“[n]o puede decir el Municipio que esta orden judicial es imposible cumplir porque el convenio no nació a la vida jurídica o porque la disponibilidad presupuestal se imputó a otro convenio. Si estos argumentos fuesen de recibo, ninguna Entidad Pública podría cumplir una sentencia judicial que ordena indemnizaciones con el argumento que el dinero se gastó en otras cosas”*; que lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Antioquia no implica acatar una orden de una sentencia que implica gastos, pues el rubro para ello existe y que *“la reclamación (...) no es producto de una relación o vínculo con el Ente Territorial sino una contraprestación establecida*

legalmente en el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993, Código Nacional Penitenciario y Carcelario (...)".

Por lo expuesto, *"solicitó desestimar las pretensiones del Actor declarando la improsperidad de la Acción"*. Finalmente señaló que se ha *"iniciado un incidente de desacato por incumplimiento al fallo del tribunal"*.

4.2 Seleccionado este proceso para su revisión por esta Corporación, ASEINPEC señaló que las decisiones adoptadas por los jueces de instancia deben confirmarse por cuanto *"el municipio si participó en el debate en primera instancia"*.

Dijo que *"cuando presentamos la demanda inicial y previendo esa notificación al Municipio avizorando precisamente esa participación del Ente Territorial, pedimos una prueba consistente en que el Despacho de conocimiento oficie a la Alcaldía de Medellín para que informe sobre el asunto en cuestión. El Juzgado 16 Administrativo del Circuito de Medellín, accediendo a esta prueba libró el Exhorto 0417 de Agosto 6 de 2008, requiriendo lo solicitado, como puede verse en el Anexo 5"* y que *"[c]on fecha 8 de Agosto de 2008, (...) el Municipio por intermedio del Secretario de Gobierno Municipal de Medellín JESÚS MARÍA RAMÍREZ CANO mediante oficio No. 2008 00283530, dirigido al secretario del despacho MAURICIO FRANCO VERGARA"* dio respuesta al exhorto. Manifestó que de este modo *"[a]l responder el Exhorto 0417 de Agosto 8 de 2008, la Entidad Territorial se estaba enterando del proceso y del advenimiento de las consecuencias"*.

Argumentó la mencionada asociación que la decisión del Tribunal accionado no implica gastos, *"por cuanto los recursos fueron apropiados con antelación"* y señaló que la Secretaria General de la Alcaldía Norha Elena Salazar Molina en relación con el *"sobresueldo del personal del INPEC, es enfática en reiterar que consultando el presupuesto del Municipio de Medellín, para la vigencia fiscal 2008, el cual se encuentra recopilado en el Acuerdo 47 de 2007, se logró establecer que en él se incluyó la partida correspondiente (Anexo 7)"*.

5. Pruebas aportadas al proceso.

a. Sentencia proferida por el Juzgado Décimo Sexto Administrativo del Circuito de Medellín el 25 de agosto de 2008 dentro del proceso de acción cumplimiento adelantado por ASEINPEC contra el INPEC.

Consideró el juzgado que el artículo 19 de la Ley 65 de 1993 *"confiere potestad para decidir sobre el recibo de presos departamentales o municipales con el INPEC, pero una vez realizado tal recibo de presos se tendrá que plasmar acuerdo en el que se convenga sobre ciertos servicios o remuneraciones"*.

Dijo que el *"artículo 85 de la Ley 32 de 1986, consagra el pago de sobresueldo de lo devengado por los miembros de lo que hoy se conoce como INPEC, cuando se reciban presos departamentales o municipales. Dicha norma como ya se anunció, fue declarada inexecutable con el argumento de que bajo la vigencia"*

de la Constitución Política de 1886, la competencia para fijar las escalas de remuneración y el régimen de las prestaciones sociales correspondía al Congreso, y aunque las asambleas y concejos, pudiesen señalar el régimen salarial y de prestaciones sociales de sus empleados, no era permitido imponer obligaciones a entidades distintas a las cuales el funcionario se encuentre vinculado. La Constitución de 1991 –actualmente vigente– en su artículo 150 numeral 19, literal e) y f) indica: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: e) Fijar el régimen salarial u prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública; f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Estas funciones en lo pertinente a las prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas”.

“Estudiado dicho mandato constitucional es claro para el despacho y así se desprende de su lectura que el artículo 85 de la Ley 32 de 1986, también es inexecutable al amparo de la actual Constitución Política. Lo anterior toda vez que si bajo la vigencia de la Constitución de 1886, aún a pesar que las entidades territoriales podían señalar el régimen salarial y de prestaciones sociales de sus empleados, la Corte Suprema de Justicia consideró que no se podían imponer obligaciones a entidades distintas a las cuales el funcionario se encuentre vinculado, dicho postulado cobra mayor vigor si las funciones pertinentes a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no pueden arrogárselas”.

El artículo 19 de la Ley 65 de 1993 “en cierta forma, reproduce en el literal a) el contenido del artículo 85 de la Ley 32 de 1986, por cuanto ambas permiten establecer un sobresueldo para los empleados del establecimiento de reclusión en el que se reciban presos departamentales o municipales. Contenido éste que ya había sido declarado inexecutable de lo que se desprende que hay cosa juzgada constitucional material y por tanto debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 19 de la Ley 65 de 1993, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política”.

“Con relación al artículo 28 del Decreto 259 de 1938; debemos indicar que el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 remitía a éste y al ser declarado inexecutable, debe igualmente aplicarse la excepción de inconstitucionalidad en su parte pertinente. Además debe indicarse para darle mayor fuerza a este argumento que el artículo 28 del Decreto 259 de 1938, se refiere a su vez, en el mismo sentido a la fijación de un sobresueldo para los empleados de las cárceles nacionales que reciban presos departamentales y municipales”.

Y concluyó que “para la fecha en que se ejerció la acción de cumplimiento, el artículo 85 de la Ley 32 de 1986, el artículo 28 del Decreto 259 de 1938 y artículo 19 de la Ley 65 de 1993, cuyo cumplimiento se reclama, no consagraban un deber jurídico actual que tuviese la capacidad jurídica de imponer su eficacia, en primer lugar porque ya no estaba produciendo efectos, y en segundo lugar porque la acción de cumplimiento no esta consagrada para ordenar conductas que no se deriven de la aplicación de una norma, como lo es

la suscripción del convenio interadministrativo; ni mucho menos para ordenar investigaciones como lo solicita la entidad demandante. Por lo tanto, no puede exigirse el cumplimiento de las normas invocadas como incumplida, y en consecuencia, las pretensiones habrán de denegarse” (fl. 23-30 cdno. tutela 2).

b. Sentencia proferida por la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia el 4 de diciembre de 2008 dentro del proceso de acción de cumplimiento promovido por ASEINPEC contra el INPEC.

El Tribunal luego de determinar las características de la acción de cumplimiento con base en el artículo 87 de la Constitución Política y la Ley 393 de 1997; las normas que se están incumpliendo según la parte demandante y de relacionar entre otros elementos probatorios el “*contrato interadministrativo 4600008682 suscrito por el secretario respectivo y que fue enviado por el Municipio de Medellín-Secretaría de Gobierno al Director General del INPEC para que lo firmara, pero que fue devuelto por dicho funcionario, por no ajustarse a las instrucciones impartidas en la Circular 011 del 4 de marzo de 2008*”, consideró que:

“[E]s un hecho cierto e incontrovertible que el Municipio de Medellín desde tiempo atrás ha venido suscribiendo este tipo de convenios donde se pacta la forma como el ente territorial contribuye con el INPEC para el mantenimiento de las cárceles nacionales existentes en la ciudad, dado que carece de instalaciones propias para los internos municipales, convenios que ha suscrito en acatamiento a las normas cuyo cumplimiento se pide en la presente acción, lo que ha sido reconocido ampliamente no sólo por el Concejo Municipal que año tras año incluye en el presupuesto municipal las partidas presupuestales necesarias para cumplir con el compromiso legal, sino por la administración que ha gestionado los proyectos de convenios y los ha enviado firmados al Director del INPEC para su aceptación, quien sin razones válidas los ha devuelto con observaciones, por ejemplo, no estar de acuerdo con la partida asignada para los sobresueldos de los guardianes y que debe incrementarse el rubro de dotación de internos atendiendo las directrices planteadas en la circular Nro. 11”.

Señaló que “*si bien es cierto que la Ley 32 del 3 de febrero de 1986- Estatuto Orgánico del Cuerpo de Vigilancia-, específicamente su artículo 85 fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia el 26 de junio de 1990 (...), las otras normas cuyo cumplimiento se pide no lo han sido y se encuentran vigentes como claramente lo analizó la Sala Segunda, Subsección A del Consejo de Estado en la sentencia del 27 de mayo de 2004, con ponencia del doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, radicado No.50001-23-31-0000-1999-0380-0 (...) en donde se reclamaba el sobresueldo correspondiente al 20% del salario básico mensual y que consagran las normas cuyo cumplimiento se pide en esta acción, providencia que fue favorable para la demandante (...)*”.

Dijo que “*las normas cuyo cumplimiento se pide, (...) establecen que los Departamentos o Municipios que carezcan de sus respectivas cárceles deben suscribir un contrato con el Instituto Nacional Penitenciario en el cual se pacten*

los sobresueldos para el personal de los establecimientos penitenciarios en cuantía no menos al 20% de las asignaciones que devenguen, la provisión de elementos de dotación, la reparación, la adaptación y el mantenimiento de las cárceles, aspectos que fueron considerados en los distintos proyectos de convenio que fueron firmados por el Secretario de Gobierno y que no fueron suscritos por el Director del INPEC, según lo informó el Secretario respectivo”.

Consideró que “[t]ampoco es pertinente anotar que la presente acción implica gastos y por ello debe ser improcedente, pues en este caso históricamente el Concejo Municipal ha considerado dentro del presupuesto la partida correspondiente para cumplir con esta obligación legal como claramente se observa en la prueba aportada al proceso y ha sido reiterado por las diferentes intervenciones de los concejales en la sesión del 23 de octubre de 2008 plasmadas en el Acta No. 151 a la que se hizo alusión”.

En razón a lo anterior, resolvió revocar “la sentencia proferida el 25 de agosto de 2008, por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito de Medellín, que negó las pretensiones de la demanda” y en su lugar dispuso ordenar al Director del INPEC cumplir “el contenido de los artículos 28 del Decreto 259 del 16 de febrero de 1938 y 19 de la Ley 65 del 19 de agosto de 1993 – Código Nacional Penitenciario y Carcelario- razón por la cual debe suscribir el Convenio Interadministrativo No. 4600008682 con el Municipio de Medellín, o el que lo remplace, con el fin de dar cumplimiento a las normas citadas en lo que tiene que ver con el sobresueldo de los empleados de los establecimientos carcelarios” (fl. 31-42 cdno. tutela 2).

c. Salvamento de voto en el que se expresa que el artículo 19 de la Ley 65 de 1993 y el artículo 28 del Decreto 259 de 1938 “no consagran en ningún momento la obligación de suscribir convenios, las locuciones ‘podrán contratar’ del artículo 19 de la Ley 65 y ‘se podrán recibir, previo contrato’ del artículo 28, son expresiones típicas para indicar que mas que una obligación, existe una discrecionalidad” (fl. 40-42 cdno. tutela 2).

d. Comunicación dirigida por la Directora General del INPEC al Alcalde Municipal de Medellín, en el que le informa que “con el fin de atender el indicado mandato del Tribunal Administrativo, me permito solicitarle disponga lo conducente para suscribir el mencionado proyecto de Contrato, con la finalidad de reconocer un porcentaje a los Servidores Públicos del INPEC que laboran en los Establecimiento de Reclusión que funcionan en esa Capital. En relación con el que está suscrito, Contrato Interadministrativo No. 4600010193, se hace la pregunta: ¿Es factible adicionarlo, con la finalidad de reconocer un porcentaje a los funcionarios que laboran en los Establecimientos de Reclusión del INPEC, situados en esa Capital o las partidas están ya comprometidas y no se puede modificar? En cualquiera de los dos eventos favor comunicar la decisión a este Instituto” (fl. 21 cdno. tutela 2).

e. Respuesta de la Alcaldía de Medellín al oficio (d) remitido por la Directora General del INPEC en el que se señala que “[l]a propuesta de convenio, más no convenio alguno, con radicado 4600008682 no fue perfeccionada por las partes,

porque la Dirección del INPEC no la aceptó, y por tanto la disponibilidad presupuestal se anuló. Los recursos que se habían presupuestado, se encuentran ejecutándose mediante convenio 4600010193 suscrito entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), la Empresa Metropolitana de Seguridad 'Metroseguridad' y la Alcaldía de Medellín, por valor de \$1.926.000.000, para la 'Dotación de los elementos y recursos necesarios para los internos incorporados en las cárceles nacionales. Contratación de personal temporal, para colaborar en las áreas jurídicas, educativas, de salud y sanidad y de tratamiento terapéutico. Reparación, adaptación y mantenimiento de los edificios y de sus servicios. (...)' (fl. 78 cdno. tutela 1).

f. Copia del proyecto de convenio interadministrativo número 4600008682 suscrito solamente por el Secretario de Gobierno de Medellín (E) César Arturo Arango Alzate. Este contrato disponía en la Cláusula Tercera: "*Obligaciones del Municipio de Medellín. El Municipio de Medellín como contraprestación a las obligaciones contraídas por el INPEC en razón del presente contrato, se obliga al pago de los siguientes servicios y remuneraciones: 1. Reconocimiento de sobresueldos a razón del treinta por ciento (30%) del salario mensual devengado por cada uno de los empleados o servidores públicos que están al servicio del Establecimiento Penitenciario y carcelario de Medellín 'Bellavista' y de la Reclusión de Mujeres de Medellín 'El Buen Pastor'*". (fl. 44-47 cdno. tutela 2).

g. Copia del contrato interadministrativo 4600010193 celebrado entre el municipio de Medellín-Secretaría de Gobierno, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y la Empresa Metropolitana de Seguridad Metroseguridad. Este contrato dispone en la Cláusula Tercera: "*Obligaciones del Municipio de Medellín. 1. El Municipio de Medellín como contraprestación a las obligaciones contraídas por el INPEC en razón al presente contrato, se obliga a ejecutar dentro del presupuesto asignado para la presente vigencia un valor de MIL NOVECIENTOS VEINTISEIS MILLONES DE PESOS M.L. (\$1.926.000.000), a través de METROSEGURIDAD para el pago de los siguientes servicios: -La dotación de los elementos y recursos necesarios para los internos y las internas de los aludidos centros de reclusión; - Contratación de personal temporal, para colaborar con las áreas jurídicas, educativas, de salud y sanidad u de tratamiento terapéutico;- Reparación, adaptación y mantenimiento de los edificios y de sus servicios. 2. Girar los recursos económicos comprometidos en virtud de la celebración del presente contrato, a favor de Metroseguridad, entidad encargada de administrarlos de conformidad con lo pactado por las partes. 3. Designar un funcionario quien e encargará de ejercer por parte de EL MUNICIPIO la interventoría del contrato (...)*" y en la Cláusula Cuarta: "*OBLIGACIONES DEL INPEC- El INPEC se compromete por su parte a: 1. Recibir, alojar, custodiar y atender integralmente en el Establecimiento Penitenciario de mediana Seguridad y Carcelario de Medellín y en la Reclusión de Mujeres de Medellín, a los sindicados y sindicadas privados (as) de la libertad que lleguen por orden de autoridad judicial del Municipio de Medellín*", entre otras (fl. 48-52 cdno. tutela 2).

- h. Copia del acta de inicio del contrato interadministrativo número 4600010193 de fecha 29 de julio de 2008 (fl. 53 cdno. tutela 2).
- i. Copia de la demanda de acción de cumplimiento que dio origen a las sentencias censuradas, en la que se afirma que desde hace 22 años el municipio y el INPEC han cumplido con las normas mencionadas; que *“el municipio de Medellín está dispuesto a cancelar estos emolumentos tal como se establece en la Ley pero en razón a la negativa por parte del Director General del INPEC para suscribir el convenio, no puede hacer el desembolso a los Establecimientos de Reclusión. (...) Dada la voluntad del Ente Territorial para pagarnos y el ánimo que le asiste en el cumplimiento de la Ley, no vinculamos en esta Acción al Municipio de Medellín, pero si su despacho tiene a bien conformar el litis consorcio necesario, con la Secretaría de Gobierno de Medellín, la misma se ubica en el piso 3 del Edificio de la Alcaldía (...)”* (fl. 133-156 cdno. tutela 2).
- j. Copia de la contestación de la demanda presentada por el INPEC. En ésta se afirma que *“el art. 85 de la Ley 32 de 1986 fue objeto de demanda ante la Corte Suprema de Justicia, quien en Sala Plena del 26 de junio de 1990 lo declaró inexecutable (...)”* y que *“el art. 19 de la Ley 65 de 1993 establece que los departamentos o municipios que carezcan de sus respectivas cárceles podrán contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el recibo de sus presos mediante el acuerdo que se consagrará en las cláusulas contractuales, conviniendo el reconocimientos que los departamentos o municipios hagan del pago de los servicios y remuneraciones, entre ellos la fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión. Nótese que la norma da potestad a los departamentos y municipios para celebrar contratos con el INPEC para el recibo de presos departamentales y municipales pero no establece porcentajes para sobresueldos”* (fl. 159-162 cdno. tutela 2).
- k. Copia de la impugnación de la sentencia de primera instancia presentada por el presidente de ASEINPEC, en este escrito se dio a conocer al juez de segunda instancia que se había suscrito el convenio interadministrativo No. 4600010193, en el que *“no se destinó ni un solo peso para sobresueldos”* (fl. 172-175 cdno. tutela 2).
- l. Copia de la sentencia emitida por el Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Medellín en el proceso de acción de cumplimiento adelantado por ASEINPEC contra el Municipio de Medellín a fin de que se ejecutara el artículo 3° del Decreto 2361 de 1936, el artículo 28 del Decreto 259 de 1938 y los artículos 17 y 19 de la Ley 65 de 1993.

En esta acción el juez de primera instancia resolvió *“no acceder a las pretensiones de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia”*.

Consideró luego de hacer referencia al artículo 3° del Decreto 2361 de 1936, artículo 28 del Decreto 259 de 1938, artículos 17 y 19 de la Ley 65 de 1993; artículo 185 del Decreto 407 de 1994; artículo 9° del Decreto 446 de 1994, que *“si observamos, las normas que el actor pretende que sean cumplidas, se puede*

determinar, que para darle cumplimiento a las mismas, en primer lugar implican la suscripción de un convenio suscrito entre el INPEC y la entidad accionada, convenio que a pesar de haberse suscrito para la vigencia 2008, no tiene estipulada la distribución de los dineros para atender el sobresueldos (sic) de los funcionarios del INPEC para el año 2008, como tampoco se encuentra establecido en el Presupuesto General del año 2008 del Ente Territorial accionado hubiese existido un rubro específico que se llamara 'Pago sobresueldos al personal del INPEC', por lo tanto, se determina que el cumplimiento de las normas invocadas por el actor como 'incumplidas' por parte de la entidad accionada, pretendiendo así el pago de sobresueldo a los funcionarios del INPEC de la vigencia 2008, además de implicar la existencia de un contrato interadministrativo, el cual no existe, establece igualmente la adquisición de compromisos de gastos por parte de las autoridades administrativas competentes, situación que hace que la presente acción sea improcedente, todo de conformidad con lo preceptuado en el parágrafo del artículo 9° de la Ley 393 de 1997" y añadió que "igualmente dichas disposiciones legales consagran una **facultad discrecional** de la entidad accionada, de celebrar convenio interadministrativo que incluya el sobresueldo para los funcionarios del INPEC (...) la presente acción no puede convertirse en una **de conocimiento para crear o establecer la obligación que la autoridad debe ejecutar**" (Resaltado en el original) (fl. 228-239 cdno. tutela 2).

m. Copia del Exhorto No. 0417: "EL SUSCRITO SECRETARIO DEL JUZGADO DÉCIMO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN COMUNICA A LA SECRETARÍA DE GOBIERNO DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN Que en el presente proceso, se dispuso lo siguiente: Se sirvan informar cuál ha sido la actitud de la Dirección General del Inpec en torno a la negativa de suscribir el convenio interadministrativo 4600008682 con el Municipio de Medellín. Esto con el fin de demostrar que el Inpec pretende suscribir un convenio con unos valores para el sobresueldo por debajo de los que la norma dispone y arbitrariamente redistribuir los mismos. En caso de que la Dirección General del INPEC haya enviado un proyecto de convenio o minuta del mismo, solicitar se envíe una copia y con ello se demuestra que la entidad se niega a cumplir con la ley. **Dado el trámite preferencial que tiene la presente acción, favor devolver el exhorto debidamente auxiliado dentro del término de dos (2) (sic) contados a partir de la fecha de recibo, citando el número del exhorto y del proceso al contestar**" (Resaltado en el original) (fl. 341 cdno. tutela 2).

n. Respuesta al Exhorto No. 0417 por el Secretario de Gobierno Municipal en el que se dice: Dando respuesta al exhorto de la referencia me permito informarle lo siguiente: 1. La Secretaría de Gobierno en fecha quince (15) de mayo de 2008, remitió al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario 'Inpec' el proyecto de convenio interadministrativo 4600008682 teniendo como objeto 'Contribuir en la adecuada atención a la población carcelaria del Municipio de Medellín, reclusa en el Establecimiento penitenciario y carcelario 'Bellavista' y en la reclusión de Mujeres 'El Buen Pastor' (ver anexo). 2. En fecha 20 de Junio de 2008, mediante memorando 002666 el Director General del 'Inpec' remite como respuesta, el proyecto de convenio No. 1522 de 2008, que incluía

una ostensible modificación a los rubros propuestos por la Secretaría, y que por tanto, no fueron aceptados por este Despacho (Ver Anexo). 3. Ya para el veintinueve (29) de julio de 2008, mediante convenio interadministrativo No. 4600010193, se firma una tercera propuesta en la cual el Municipio de Medellín aporta un valor de \$1.926.000.000 mismos que se encuentran descritos en la cláusula Tercera: "Obligaciones del Municipio de Medellín (ver anexo)" (fl. 341 cdno. tutela 2).

*m. Copia del Oficio No. 005 del 22 de enero de 2008 dirigido por Norha Elena Salazar Molina Secretaria General –Alcaldía de Medellín a Luis Armando Sánchez Vera, en que se alude a que *cumpliendo las instrucciones del Señor Alcalde, Doctor Alonso Salazar Jaramillo, paso a atender la inquietud relacionada con el reconocimiento del sobresueldo, consistente en un 20% del salario devengado. Como es de su conocimiento, el Municipio de Medellín a través de la Secretaría de Gobierno y en cumplimiento a lo estipulado en el último inciso del artículo 17 del Código Penitenciario y Carcelario, celebra Convenios tendientes al mejoramiento y bienestar de la población carcelaria, el cual a la fecha se encuentra pendiente, pues según información suministrada por la Secretaría antes mencionada, aún no se ha suscrito el de la presente anualidad. Consultando el presupuesto del Municipio de Medellín, para la vigencia fiscal 2008, el cual se encuentra recopilado en el Acuerdo 47 de 2007, se logró establecer que en él se incluyó la partida correspondiente. En consecuencia, el Doctor Jesús María Ramírez, en calidad de Secretario de Gobierno, está adelantando conversaciones que permitan la celebración del Convenio, dentro de los parámetros establecidos en las normas que regulan lo concerniente al apoyo logístico a los organismos de seguridad y de justicia al servicio del municipio de Medellín*" (fl. 50 cdno. Corte).*

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

La Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 26 de marzo de 2009 resolvió negar "por improcedentes las acciones de tutela interpuestas por el Municipio de Medellín (2009-0097-00) y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC (2009-00122-00)".

Consideró que "la Sala ha desarrollado un test respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en el cual se expresan requisitos de procedibilidad y defectos de fondo, de tal manera que para entrar a conocer de estos, la acusación debe superar aquellos, entre los cuales se encuentra que no se trate de una sentencia proferida en un proceso de cumplimiento o popular. Lo anterior en razón a que dado el carácter constitucional de estas acciones, el Juez que conoce de los asuntos debatidos en ellas, está en la obligación especial de examinar de fondo los hechos puestos a su consideración, dada la importancia de los derechos discutidos. De tal suerte, que el privilegio conferido a las sentencias proferidas dentro de este tipo de procesos, se justifica en tanto se trata de providencias expedidas por un Juez que está investido de jurisdicción

constitucional, y por tanto se encuentra en un plano de igualdad respecto del Juez de Tutela, pues en ellos el constituyente delegó la aplicación de los instrumentos que permitan dar garantías efectivas a los derechos y preceptos que merecen especial protección dentro del Estado Social de Derecho”.

2. Impugnación.

2.1 El Municipio de Medellín impugnó la sentencia de primera instancia. Señaló que en sentencia de tutela T-1064 de 2007 la Corte Constitucional *“concedió la tutela a un particular que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección A no vinculó a una acción de cumplimiento y cuyo fallo repercutió de manera directa en su contra”*. Arguyó que en el proceso que se censura, no pudo esgrimir que los recursos que se habían apropiado para el convenio número 4600008682 fueron destinados a cubrir otro convenio y señaló que *“desde la pretensión inicial de cumplimiento, se avizoraba la participación del Municipio de Medellín, pues la suscripción de un convenio interadministrativo requiere el concurso de dos o más voluntades, lo que llevaba inexorablemente a determinar que el ente territorial tenía todo el derecho de participar en el proceso como entidad llamada a cumplir lo que en el proceso se resolviera”*. Así *“la acción de cumplimiento involucra no sólo la protección de un interés público, sino además, la afectación directa de una relación jurídica entre sujetos determinados (INPEC y MUNICIPIO DE MEDELLÍN)”*.

2.2 El INPEC manifestó nuevamente que la decisión que se censura *“está basada en normas inexistentes o inconstitucionales”*.

2.3 Ante los argumentos esgrimidos por el Municipio en su impugnación, ASEINPEC señaló que *“el Municipio se enteró y tuvo acceso al proceso desde el 6 de agosto de 2008 cuando la Acción de Cumplimiento estuvo en curso aún en Primera Instancia. Veamos: Cuando presentamos la demanda inicial y previniendo esa notificación al Municipio, avizorando precisamente esa participación del Ente Territorial, pedimos una prueba consistente en que el Despacho de conocimiento oficie a la Alcaldía de Medellín para que informe sobre el asunto en cuestión. El Juzgado 16 Administrativo del Circuito de Medellín, accediendo a esta prueba, libró el Exhorto 0417 de Agosto 6 de 2008, requiriendo lo solicitado como puede verse, en el Anexo 1. Con fecha de 8 de Agosto de 2008, en respuesta al anterior Exhorto 0417 el Municipio por intermedio del señor Secretario de Gobierno Municipal de Medellín JESÚS MARÍA RAMÍREZ CANO mediante oficio No. 200800283530, dirigido al secretario del Despacho MAURICIO FRANCO VERGARA (Anexo 2)”* y afirmó que la tutela T-1064-07 se trata de un caso totalmente diferente al de esta acción de tutela.

3. Sentencia de segunda instancia.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 17 de junio de 2009 resolvió revocar la providencia de primera instancia y en su lugar resolvió rechazar por improcedente el amparo solicitado.

Consideró que *“los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Nacional evidencian la competencia de la Corte Constitucional respecto de la acción de tutela y, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, regula el procedimiento para el efecto, competencia que no avala la tutela contra providencia judicial por invadir otras jurisdicciones”*.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Diez, mediante auto de ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia que del caso hizo la Sala de Selección.

3. CONSIDERACIONES.

3.1 Problema jurídico y esquema de resolución.

Esta Sala pasa a determinar, con base en el supuesto de hecho anteriormente descrito, si en las sentencias proferidas por las autoridades accionadas, se incurrió en una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, capaz de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de las entidades accionantes, en razón a que, según señalaron, en el curso del trámite de acción de cumplimiento, promovido por ASEINPEC contra el INPEC, las autoridades accionadas incurrieron en: un a) defecto sustantivo al aplicar normas que no tienen efecto jurídico, que no establecen un deber y al emitir una orden de gasto que hacía improcedente la acción de cumplimiento; y en un b) defecto procedimental al no notificar de la admisión de la demanda al Municipio de Medellín cuando su vinculación era pertinente a efecto de conformar el listis consorcio necesario en el proceso censurado.

A fin de resolver el anterior problema jurídico, esta Sala se pronunciará en primer lugar acerca de la procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales (3.1.1) y realizará unas breves referencias acerca del objeto de la acción de cumplimiento (3.1.2)

En segundo lugar con el fin de determinar si las providencias censuradas incurrieron en un defecto sustantivo capaz de vulnerar el derecho al debido proceso de las entidades accionantes, esta Sala analizará (3.1.3): a) si están vigentes las normas que se dicen incumplidas por parte del INPEC y si sobre ellas era procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Estudiada la vigencia de las normas esta Sala resolverá b) si en las normas vigentes se establecía un deber capaz de hacer procedente la acción de

cumplimiento; y finalmente se pronunciará acerca de si c) las normas establecían una orden de gasto que hiciera improcedente la acción de cumplimiento.

En tercer lugar, resuelta la existencia o no de un defecto sustantivo en las providencias censuradas, esta Sala pasará a analizar el reproche principal del Municipio de Medellín relacionado con la ocurrencia de un defecto procedimental (3.1.4) en el trámite censurado, al no notificarle de la admisión de la demanda cuando su vinculación era pertinente a efecto de conformar el listis consorcio necesario en el proceso censurado.

3.1.1 Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales – Reiteración jurisprudencial.

1. El artículo 86 de la Constitución Política señala que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. La acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

2. Esta Corporación en diversas ocasiones¹ ha establecido que la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales es excepcional, por cuanto: a) las autoridades judiciales, al igual que todas las autoridades de la República, están instituidas para proteger los derechos fundamentales de todas las personas (artículo 2° de la C.P.), por ende sus determinaciones “constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales”²; b) al estar las autoridades judiciales sujetas al imperio de la ley, sus decisiones están amparadas por los principios de independencia y autonomía (artículo 228³ y 230⁴ de la C.P. y artículo 5° de la Ley 270 de 1996⁵), los cuales excluyen la posibilidad de injerencia de alguna otra autoridad en la adopción de sus decisiones y c) sus pronunciamientos están cobijados por el principio de cosa juzgada, que implica que una vez ejecutado el procedimiento para la resolución de un conflicto, la determinación adoptada, no puede ser revisada nuevamente, generando de esta forma seguridad en el ordenamiento jurídico.

¹ Entre muchas sentencias ver: T-381-04, T-363-06, T-565-06, T-661-07, T-213-08, T-210-08, T-249-08, T-027-08.

² C-590-05.

³ Artículo 228: La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

⁴ Artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

⁵ Artículo 5° de la Ley 270 de 1996: La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba aportar a sus providencias.

3. Así, las actuaciones judiciales deben ser la expresión de los principios que gobiernan el Estado Social de Derecho, esto es, deben estar acordes con el imperio de la ley y propender por la realización de los derechos fundamentales.

De este modo, sólo cuando en las decisiones judiciales se configure una ostensible desviación de las normas sustanciales o procesales, es procedente su anulación a fin de dar primacía al derecho sustancial y salvaguardar los derechos fundamentales de los administrados. En otros términos, la acción de tutela contra providencias judiciales se constituye en un mecanismo idóneo, cuando no habiendo otro mecanismo de defensa judicial o ante la configuración de un perjuicio irremediable, éstas han sido *“el resultado de una actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, contraria al orden jurídico preestablecido y violatoria de las garantías constitucionales y legales que integran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia”*⁶.

4. Con base en lo expuesto, esta Corporación ha determinado que la competencia del juez de tutela para pronunciarse sobre la validez constitucional de las decisiones judiciales es excepcional y procede cuando:

- a. La cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable.
- c. Se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. La parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal transgresión en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- e. No se trate de sentencias de tutela.

5. En el presente caso, esta Sala considera que la acción de tutela es procedente, como quiera que:

- a. La cuestión que se discute es de relevancia constitucional, pues se pretende con esta acción de tutela el amparo del derecho al debido proceso (artículo 29 de la C.P.), el cual ha sido reconocido como fundamental en este ordenamiento jurídico. En lo que respecta al INPEC, esta entidad pretende el amparo de este derecho, al considerar que en el proceso de acción de cumplimiento se ordenó aplicar unas normas que carecen de efecto jurídico y se determinó que éstas estipulan un deber, cuando lo que establecen es una facultad.

⁶ T-565-06.

El Municipio de Medellín, por su parte, alega la ausencia de garantía del derecho a la defensa, debido a que no fue vinculado en el proceso que se censura y a pesar de ello se le dio una orden. Además consideró que se le transgredió el derecho al debido proceso, pues la decisión adoptada por el tribunal accionado constituye una sentencia que ordena gastos, lo que hacía improcedente la acción de cumplimiento.

b. Dentro del proceso de acción de cumplimiento que se censura, se agotó el medio de defensa judicial ordinario, esto es la presentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia⁷.

c. La acción de tutela fue presentada (30 de enero de 2009) transcurrido menos de dos (2) meses luego de la sentencia de segunda instancia (4 de diciembre de 2008) que concluyó el proceso que se censura, por lo que se cumple el requisito de la inmediatez.

d. Los argumentos y las pruebas que se invocan en esta solicitud de amparo por parte del INPEC, fueron igualmente mencionados en el proceso que se reprocha.

e. No se trata de la controversia contra una sentencia de tutela.

6. En lo que atañe con la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones adoptadas en una acción de cumplimiento, resalta esta Sala que aquella es viable siempre que se cumplan los supuestos previstos en términos generales para que proceda contra decisiones judiciales, esto es, siempre que éstas no sean acordes con el imperio de la ley ni con la realización de los derechos fundamentales, como quiera que las decisiones judiciales deben enfocarse a dar primacía al derecho sustancial y salvaguardar los derechos fundamentales.

De este modo y al no restringir el constituyente (artículo 86 de la C.P.) el alcance de la acción de tutela a las acciones constitucionales, aquella resulta procedente siempre que se satisfagan los postulados requeridos. Es así como esta Corporación en diversas oportunidades⁸ ha estudiado acciones de tutela presentadas contra decisiones adoptadas en el marco de la acción de cumplimiento, sin hacer énfasis si se trata de una acción constitucional, si no más bien enfocándose en si las decisiones que allí se adoptaron incurrieron una causal genérica de procedibilidad.

7. Con respecto a la prosperidad del amparo de un derecho fundamental contra una providencia judicial, esta Corporación ha dispuesto que ello acontece cuando sean satisfechos alguno de los siguientes defectos: “i) *Defecto orgánico*: si el funcionario judicial que profirió la providencia cuestionada, carece por completo de competencia para surtir dicha actuación; ii) *Defecto procedimental*: si la autoridad judicial adelanta el proceso judicial cuestionado por fuera del procedimiento establecido en las normas correspondientes; iii) *Defecto fáctico*: si el supuesto legal del cual se deriva la

⁷ Artículo 26 y 27 de la Ley 393 de 1997 por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política.

⁸ T-814-99, T-960-00, T-774-04, T-1064-07.

providencia judicial, no tiene sustento en el material probatorio allegado al proceso; iv) Defecto sustantivo: si las normas acogidas para tomar la decisión judicial, no son aplicables al caso concreto, o la interpretación que de ellas hace el juez, desborda en perjuicio de los derechos fundamentales del actor”.

8. Determinada la procedencia de esta acción de tutela y las causales de prosperidad del amparo contra una decisión judicial, esta Sala pasa a definir si los hechos que inspiraron esta solicitud de amparo configuran alguna de las causales que ameriten la protección de los derechos fundamentales invocados.

3.1.2 Objeto de la acción de cumplimiento.

9. La acción de cumplimiento fue prevista por el Constituyente de 1991 con el fin de que, en el marco de hacer efectivo los derechos fundamentales, se acatará lo dispuesto en la ley o en un acto administrativo.

De este modo, el artículo 87 de la Constitución Política dispuso que “[t]oda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. En igual sentido, la Ley 393 de 1997⁹, señaló que el objeto de la acción de cumplimiento se basa en que “[t]oda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos”¹⁰.

10. Conforme se manifestó en la Asamblea Nacional Constituyente en torno a la acción de cumplimiento uno de los postulados fundamentales en el Estado de Derecho “es el del respeto por la ley, el de la vigencia de la ley, el del imperio de la ley”, y se agregó que lo que se busca con la acción de cumplimiento es que se acate la ley, entendía ésta como una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, ya que, según se señaló “ni podemos seguir construyendo carreteras a base de decir que se ordenan carreteras, [ni] siquiera permitir la posibilidad para mi inimaginable de que la ley pueda seguir siendo algo que el Congreso decreta, pero que el gobierno se reserva el derecho de cumplir o no cumplir, según considere que es conveniente, oportuno o financieramente viable (...)”¹¹.

El propósito de la acción de cumplimiento es así procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual, según ha señalado esta Corporación¹² “combat[e] la falta de actividad de la administración” y “conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”.

⁹ Por medio de la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política.

¹⁰ Artículo 1º.

¹¹ C-157-98

¹² *Ibidem.*

11. Teniendo las consideraciones generales acerca de la finalidad de la acción de cumplimiento pasa esta Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

12. El primer problema que debe esta Sala resolver, es si las providencias censuradas incurrieron en un defecto sustantivo capaz de vulnerar el derecho al debido proceso de las entidades accionantes, para ello determinará: a) si las normas que se dicen incumplidas por parte del INPEC estaban vigentes y si sobre ellas era procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Analizada la vigencia de las normas estudiará b) si en las normas vigentes se establecía un deber capaz de hacer procedente la acción de cumplimiento; y finalmente verá si c) las normas establecían una orden de gasto que hace improcedente la acción de cumplimiento.

3.1.3 Análisis acerca de la configuración de un defecto sustantivo en las providencias censuradas.

a) ¿Estaban vigentes las normas que se dicen incumplidas por parte del INPEC?, ¿Sobre ellas es procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para justificar su incumplimiento?

13. Pasa esta Sala a determinar en primer lugar si las normas que el ASEINPEC aduce como incumplidas por el INPEC en el marco del proceso objeto de censura constitucional están surtiendo efectos, como quiera que la defensa del INPEC en el mencionado trámite se basó en que al ser declarado inexecutable el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 se justifica la inaplicación del artículo 28 del Decreto 259 de 1938 y el artículo 19 de la Ley 65 de 1993, debido a que regulan la misma materia que fue objeto del pronunciamiento de inexecutable.

14. La determinación de si las normas están produciendo efectos o no, es de suma relevancia en el marco del proceso de acción de cumplimiento, debido a que, como quedó precedentemente señalado, el objetivo de esta acción es hacer efectivo el cumplimiento de la ley o un acto administrativo y para ello es importante la determinación de su vigencia.

15. En el proceso materia de censura se solicitó el cumplimiento por parte del INPEC del artículo 28 del Decreto 259 de 1938, el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 y el artículo 19 de la Ley 65 de 1993.

15.1 En la sentencia impugnada, respecto de la vigencia de las normas mencionadas se estableció que *"si bien es cierto que la Ley 32 del 3 de febrero de 1986- Estatuto Orgánico del Cuerpo de Vigilancia-, específicamente su artículo 85 fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia el 26 de junio de 1990 (...), las otras normas cuyo cumplimiento se pide no lo han sido y se encuentran vigentes como claramente lo analizó la Sala Segunda, Subsección A del Consejo de Estado en la sentencia del 27 de mayo de 2004, con ponencia del doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, radicado No.50001-23-31-0000-1999-0380-0 (...) en donde se reclamaba el sobresueldo correspondiente al 20% del salario básico mensual y que consagran las normas cuyo*

cumplimiento se pide en esta acción, providencia que fue favorable para la demandante (...)".

15.2 El INPEC señaló que la Sala Décima del Tribunal Administrativo de Antioquia vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto en la decisión adoptada no consideró que al ser declarado inexecutable el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 *"existe inexecutableidad sobreviniente de la norma, en lo que respecta al artículo 19 de la Ley 65 de 1993, toda vez que se reproduce en cierta forma en el literal a) el contenido del artículo 85 de la Ley 32 de 1986, por cuanto ambas permiten establecer un sobresueldo para los empleados del establecimiento de reclusión en el que se reciban presos departamentales o municipales, contenido que fue declarado inexecutable, porque rebasó la disposición del Decreto 259/38 de lo que se desprende que hay cosa juzgada constitucional material y por tanto debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 19 (...). Con respecto al artículo 28 del Decreto 259 de 1938, se debe indicar que el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 remitía a éste y al ser declarado inexecutable debe igualmente aplicarse la EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD en su parte pertinente"*.

16. Planteado de esta forma la censura objeto de estudio, esta Sala en primer lugar determinará la vigencia de las normas sobre las cuales versó el proceso de acción de cumplimiento.

17. En el caso concreto se ha de ver que el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. Disponía la mencionada norma:

"Artículo 85 de la Ley 32 de 1986: Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

*Artículo 85. Prima extracarcelaria. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, que presten sus servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, **tendrán derecho** a que el Municipio o Departamento correspondiente les cancele un sobresueldo no menor al veinte por ciento (20%) de las asignaciones que devenguen, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 259 de 1938"* (Resalta la Sala).

17.1 La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante pronunciamiento de 26 de junio de 1990 decidió declarar inexecutable el artículo 85 de la Ley 32 de 1986, por cuanto consideró que: *"[s]e ha dicho, y así lo ha sostenido la Corte, que el Congreso puede determinar la prestación de los servicios a cargo de las entidades territoriales; sin embargo la disposición que se analiza no regula la prestación de un servicio sino que concede un derecho laboral a favor de empleados nacionales, disponiendo de los bienes y rentas de los departamentos y municipios en franca contravía con los mandatos del artículo 183¹³ C.N.,(...)"* y agregó *"[n]o es de recibo el argumento del impugnante*

¹³ Artículo 183 de la Constitución Nacional de 1886: *Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. La ley o el Gobierno Nacional, en ningún caso, podrán conceder exenciones respecto de derechos o impuestos tales entidades ni imponer a*

cuando afirma que se trata de un acto voluntario de la entidad territorial el reconocimiento del 'sobresueldo', ya que el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 rebasó la disposición del Decreto 259 de 1938, al disponer que los funcionarios allí indicados 'tendrán derecho', sin estar ese derecho supeditado a la celebración de un contrato entre la entidad territorial y la nación como si lo hace el artículo 28 del Decreto citado".

17.2 De esta forma, concluye fácilmente esta Sala que el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 no está produciendo efectos en virtud de la declaratoria de inexecutable dictada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, cuyo fundamento no fue otro que la imposibilidad de condicionar a las entidades territoriales a reconocer un derecho laboral a los empleados del orden nacional.

18. En lo que respecta al artículo 28 del Decreto 259 de 1938, se ha de señalar que éste fue tácitamente derogado por la Ley 65 de 1993.

18.1 La derogatoria tácita de las normas opera cuando *"la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior"*¹⁴, o cuando *"(...) una disposición legal (...) [es] incompatib[le] con disposiciones especiales posteriores, o [existe] una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería"*¹⁵

19.2 Según el siguiente cuadro comparativo el artículo 28 del Decreto 259 de 1938 fue tácitamente derogado por el artículo 19 de la Ley 65 de 1993, en lo que atañe específicamente con el tema del sobresueldo:

Decreto 259 de 1938: Por el cual se fija el personal y asignaciones del Departamento de Prisiones y de los establecimientos de reforma, pena y detención de la República y se dictan otras disposiciones	Ley 65 de 1993 Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.
Artículo 28: En las Penitenciarías, Cárceles de Distrito y Cárceles de Circuito, Colonias Penales y Agrícolas, Reclusiones de Mujeres y Reformatorios Nacionales, establecidos donde no existan Colonias, Reformatorios o Cárceles Departamentales y Municipales, se podrán recibir, previo contrato con el Director General de Prisiones, aprobado por el Ministerio de Gobierno, presos departamentales o municipales, mediante las condiciones siguientes a cargo de los	Artículo 19: Recibo de presos departamentales o municipales. Los departamentos o municipios que carezcan de sus respectivas cárceles, <u>podrán</u> contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el recibo de sus presos mediante el acuerdo que se consagrará en las cláusulas contractuales, conviniendo el reconocimiento que los departamentos o municipios hagan del pago de los siguientes servicios y remuneraciones:

favor de la Nación o entidad distinta recargos sobre sus rentas o las asignadas a ellas. Cuando se ordena una participación o cesión, total o parcial, a favor de los Departamentos, las Intendencias, las Comisarias, los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá, en ingresos nacionales, el Congreso y el Gobierno mediante decretos con fuerza legislativa no podrán revocarla, disminuirla, en forma alguna ni cambiarle su destinación".

¹⁴ Artículo 71 del Código Civil.

¹⁵ Artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

Departamentos o Municipios: a) Provisión de custodia y vigilancia en la proporción de un Guardián por cada cinco (5) presos o fracción, y sumisión al régimen del establecimiento. b) <u>Fijación de sobresueldos a los empleados civiles del respectivo establecimiento en una cuantía no menor al 20% de las asignaciones que devengan.</u> c) Provisión de medicinas, vajillas, camas con sus tendidos, vestidos y demás elementos personales para los presos incorporados en los establecimientos nacionales: d) Provisión de alimentación en una cuantía no menor de la que eroga el Gobierno Nacional; e) Arreglo, reforma, adaptación y reparación de los edificios y de sus servicios sanitarios, especialmente si son de propiedad de los Departamentos y Municipios, y f) Prestación de los servicios médicos, de acuerdo con el Decreto número 916 de 1934 y designación de un maestro de enseñanza elemental.	a) <u>Fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión;</u> b) Dotación de los elementos y recursos necesarios para los internos incorporados a las cárceles nacionales; c) Provisión de alimentación en una cuantía no menor de la señalada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para sus internos; d) Reparación, adaptación y mantenimiento de los edificios y de sus servicios, si son de propiedad de los departamentos o municipios. PARÁGRAFO. Las cárceles municipales podrán recibir presos nacionales en las mismas condiciones en que los centros de reclusión nacionales reciben presos municipales.
--	---

De la comparación de las normas se infiere que ambas regulan la contratación a la que están sujetos los municipios y los departamentos con las entidades penitenciarias para efecto de que éstas reciban sus presos, entre las cláusulas de esta contratación, está la disposición relacionada con la fijación de los sobresueldos de los empleados del establecimiento carcelario, lo que hace que el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993 sea una nueva norma que regula la materia que establecía el literal b) del artículo 28 del Decreto 259 de 1938.

19. De este modo, al ser declarado inexecutable el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 y al haber sido derogado tácitamente el literal b) del artículo 28 del Decreto 259 de 1938, la norma que podría ser materia de discusión en la acción de cumplimiento es la contenida en el artículo 19 literal a) de la Ley 65 de 1993, norma que entre otras cosas, no reitera la norma declarada inexecutable en la medida que no consagra una orden de reconocimiento de un derecho laboral, sino que otorga la facultad de celebrar un convenio que de pactarse debe incluir con cargo al valor del servicio un rubro dirigido al pago de sobresueldos.

20. Al respecto, se ha de señalar que sobre el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993 no ha habido pronunciamiento expreso acerca de su

inconstitucionalidad, ni ha sido derogado por ninguna norma posterior, esto es, está vigente en el ordenamiento jurídico.

21. Determinada la vigencia del literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993, pasa esta Sala a analizar si es justificable la razón aducida por el INPEC para incumplir esta norma al juzgarla inconstitucional y por tanto al considerar justificado la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en el marco de la acción de cumplimiento.

22. La Ley 393 de 1997 faculta a la autoridad requerida en la acción de cumplimiento a justificarse en la excepción de inconstitucionalidad para no cumplir una norma, empero dicha justificación debe responder a unos criterios que el juez de conocimiento ha de evaluar en el curso de la acción.

22.1 El artículo 20 de la Ley 393 de 1997 al respecto de la excepción de inconstitucionalidad dispuso:

ARTICULO 20. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de Ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente.

PARAGRAFO. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso.

22.2 Analizada la constitucionalidad de esta disposición, esta Corporación en sentencia C-600-98, señaló que frente a toda norma recae la presunción de estar ajustada a la Constitución, por lo que si esa presunción no es desvirtuada, la norma debe aplicarse, las personas cobijadas por ella deben obedecerlas y la autoridad a la que se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, al violarla, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe.

22.3 La justificación del incumplimiento de una norma bajo el argumento de la excepción de inconstitucionalidad debe ser evaluada por el juez del conocimiento y es éste el que debe determinar si su aplicación supuso necesariamente una incompatibilidad entre la norma que se dice incumplida y los preceptos constitucionales, ya que *“si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar”*¹⁶.

22.4 La excepción de inconstitucionalidad, la cual se aplica en un caso específico, singular y concreto y en relación con las personas involucradas en el mismos, se justifica debido a la aplicación preferente de las normas

¹⁶ C-600-98.

constitucionales sobre cualquier norma jurídica en todo caso de incompatibilidad (artículo 4° C. N).

22.5 Dos normas son incompatibles, ha dicho esta Corte, cuando “*dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra*”. La excepción de inconstitucionalidad trata de “*una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no pueden regir en forma simultánea*”¹⁷. De este modo, la incompatibilidad que justifica la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad ha de ser ostensible, palmaria, clara, indudable, abierta, incontrovertible.

23. Partiendo de las anteriores consideraciones, estima esta Sala que sobre el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993 no prospera la excepción de inconstitucionalidad por los siguientes argumentos:

23.1 En primer lugar, resalta esta Sala que del análisis de constitucionalidad del artículo 85 de la Ley 32 de 1986 que efectuó la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se estableció de manera muy clara que la inconstitucionalidad de éste recaía en el hecho de que consagraba un derecho a favor de los empleados nacionales que implicaba a su vez la disposición de bienes y rentas de los departamentos, aspecto que no acontece en el artículo 19 de la Ley 65 de 1993, como quiera que éste confiere una facultad a los municipios y departamentos de contratar con el INPEC disponiendo que al interior de éste se fijen los sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión.

De este modo, se ha de ver que mientras que al artículo 85 de la Ley 32 de 1986, disponía un derecho y por ende correlativamente una obligación a los entes territoriales, el artículo 19 de la Ley 65 de 1993 consagra una facultad de contratar, y en desarrollo del mismo el reconocimiento del INPEC de la fijación de un sobresueldo.

23.2 Al ser estos los argumentos de inconstitucionalidad aducidos por el INPEC para desconocer el contenido normativo de la Ley 65 de 1993, en este caso no se observa una vulneración ostensible a la Constitución por las razones aducidas, de allí que no prospere el argumento de la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el INPEC en lo que atañe con el artículo 19 de la Ley 65 de 1993.

23.3 Ahora, con respecto a la facultad de contratar, esta Corporación¹⁸ ha definido que los convenios interadministrativos no violan la Constitución, por el contrario desarrolla los principios de colaboración armónica y complementariedad a que se refieren los artículos 113 y 209 de la Carta, siempre y cuando no signifique un reparto definitivo de competencias y no se desconozca la autonomía de las entidades territoriales.

¹⁷ C-600-98.

¹⁸ C-617-02, C- 727-00.

24. Con base en lo anteriormente expuesto, concluye esta Sala que en lo que hace al estudio del argumento de la excepción de inconstitucionalidad, no se incurrió en un defecto sustantivo en la sentencia del Tribunal accionado, por cuanto a pesar de que no elaboró una argumentación adecuada para deducir que el artículo 19 de la Ley 65 de 1993 es aplicable, la consecuencia final era la determinación de su vigencia.

25. Establecida la vigencia del artículo 19 de la Ley 65 de 1993, pasa esta Sala de Revisión a determinar si éste postulado se constituye o no en un deber que haga procedente la acción de cumplimiento.

b) ¿El artículo 19 de la Ley 65 de 1993 dispone un deber capaz de hacer procedente la acción de cumplimiento?

26. La determinación de un deber en las normas con fuerza material o actos administrativos es necesaria, como quiera que la prosperidad de la acción de cumplimiento implica que en la sentencia se ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento de un deber omitido, por lo que si no se constituye un **deber** se hace imposible impartir una orden, por lo que la acción de cumplimiento resulta improcedente.

27. Esta Corporación en sentencia de constitucionalidad C-157-98, señaló que *“es condición para la prosperidad de la acción, determinar que existe un deber u obligación que la referida autoridad debe cumplir, bien se origine éste de la propia ley o de la aplicación concreta de ésta, plasmada en un acto administrativo. Significa esto, que el aspecto central de la controversia necesariamente va a versar sobre el extremo de si la autoridad contra la cual se dirige la demanda incumplió o no el referido deber”*.

Según la mencionada sentencia *“es evidente que si el requisito constitucional para estimar una acción de cumplimiento se concreta en la omisión de un deber, escapa a esta acción la impugnación de conductas que carezcan de obligatoriedad, máxime en los casos en los cuales la Constitución concede un margen de libertad de acción o atribuye a un órgano una competencia específica de ejecución condicionada”*.

28. La acción de cumplimiento señaló esta Corporación¹⁹ *“está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso²⁰, y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el*

¹⁹ C-1194-01.

²⁰ Las referencias a la jurisprudencia del Consejo de Estado son meramente ilustrativas. No son recogidas a título de “derecho viviente” que le fija el sentido a una norma legal ambigua objeto de control de constitucionalidad. Con los adjetivos mencionados la jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado al mandato que contiene la obligación presuntamente incumplida por parte de la administración. Cfr. la sentencia del proceso ACU 615 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, 10 de marzo de 1999, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez. En esta oportunidad se confirmó el fallo de instancia mediante el que se constató que CODENSA S.A. “está obligada a dar estricto cumplimiento a la Resolución 013 de 1998 –acto administrativo de carácter general – expedido por el Contralor de la ciudad de Bogotá”.

*particular espera que se le reconozcan*²¹. *Tampoco es un mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales*²², pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, *la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretados*²³” (Resalta la Sala).

29. Por su parte, en la sentencia C-651-03 esta Corte señaló que el deber tiene que estar como mínimo previamente determinado o ser determinable conforme a un método racional y razonable, ya que para cumplir el deber es necesario que exista al menos un contenido exigible y un sujeto obligado, más o menos determinados.

²¹ Sobre este punto, la jurisprudencia producida por el Consejo de Estado al resolver diferentes acciones de cumplimiento es ilustrativa de la manera como se ha reservado la acción de cumplimiento para asegurar la protección de derechos indiscutibles a los particulares, ordenando a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias proferidas en los procesos ACU-120 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 22 de enero de 1998. En esta oportunidad se afirmó que “para perseguir el pago de las cesantías el actor cuenta con otro instrumento de defensa judicial” distinto a la acción de cumplimiento. En el mismo sentido, también puede consultarse el fallo ACU 126 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, Consejero Ponente: Dolly Pedraza De Arenas, 29 de enero de 1998. En esta oportunidad el Consejo desestimó la acción de cumplimiento planteada por el actor, pues pretendía que se ordenara al Centro de Rehabilitación integral de Boyacá “reconocer y pagar la prima técnica a la que tiene derecho”, conflicto que corresponde dirimir a la jurisdicción contencioso administrativa por la vía pertinente. En el mismo sentido, pueden consultarse, también a título ilustrativo, los procesos ACU 558 (sentencia del 20 de febrero de 1998 C.P. Mariela Vega de Herrera), ACU 589 (sentencia del 25 de febrero de 1999 C.P. Juan de Dios Montes Hernández) y ACU 868 (sentencia del 9 de septiembre de 1999 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero).

²² Cfr. la sentencia ACU-141 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 13 de febrero de 1998, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva. En esta oportunidad el actor pretendía mediante una acción de cumplimiento esclarecer el tipo de funciones que le corresponde cumplir a la Registraduría frente a la posibilidad de llevar a cabo un referendo derogatorio en la ciudad de Manizales que en su opinión era inocuo. En dicha ocasión se dijo: “se trata, pues, a través de la acción de cumplimiento, como su nombre lo indica, de hacer efectivo el cumplimiento del ordenamiento jurídico, por parte de las autoridades competentes; para lograr tal objetivo se requiere que tal ordenamiento consagre de manera clara determinada obligación para la administración, lo cual excluye que a través de la acción de cumplimiento se puedan promover interpretaciones respecto a la existencia de una obligación {contenidas en la Ley 134 de 1994}, pues la finalidad es exigir el cumplimiento de las existentes, y no provocar, vía interpretación, la consagración de obligaciones”.

²³ La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido la necesidad de distinguir entre el objeto de la acción de cumplimiento (la realización de un deber omitido por la administración), y la discusión que puede plantearse alrededor del reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo y particular, circunstancia frente a la cual existen otros mecanismos de defensa idóneos. Cfr. sentencia C-193 de 1998 MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Barrera Vergara. Se estudió aquí la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 3º, 5º, y 9º, todos parcialmente de la Ley 393 de 1997. Como se dijo, uno de los puntos abordados en esta ocasión tiene que ver con la relación de la acción de cumplimiento con los mecanismos ordinarios de defensa jurídica respecto de la ejecución de actos administrativos de carácter particular. Se señaló, entonces, que: “cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado ‘un perjuicio grave e inminente’. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo”.

30. Por su parte el Consejo de Estado, siguiendo a esta Corporación, señaló que si la acción de cumplimiento se concreta en la omisión de un deber, escapa a esta acción la impugnación de conductas que carezcan de obligatoriedad.

Adicionalmente esbozó que entre los requisitos exigidos para la prosperidad de la acción de cumplimiento extraídos de la Ley 393 de 1997 se encuentra el *“que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas frente a las cuales se reclama su cumplimiento (artículo 5° y 6°)”* y agregó que *“es requisito indispensable para la procedencia de la acción, que la norma o el acto administrativo cuyo cumplimiento se persigue, contenga una obligación o deber claro, expreso y exigible respecto de la autoridad y que no se trate de un precepto de carácter general o contenido de una facultad discrecional (...)”*²⁴.

Asimismo dispuso que *“tratándose de la acción de cumplimiento es necesario que el mandato incumplido sea imperativo, indudable, específico, inequívoco, es decir, que a la sola vista de su texto el juez tenga la certeza irrefutable de que aquella autoridad a la cual ordenará cumplir lo incumplido es, sin discusión, la llamada a acatar la obligación inobservada”*²⁵.

Igualmente determinó que *“[e]n cuanto al cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos de contenido general que otorgan competencias a la autoridad, el título para el mandamiento es diferente, porque es la ley o el acto administrativo el que impone la obligación de ejercerlas. Sin embargo, cuando del ejercicio de éstas se trata, debe distinguirse si el cumplimiento del deber que se reclama cabe dentro de la facultad discrecional del funcionario, o si su cumplimiento es obligatorio, y puede concretarse en una acción determinada que pueda ser susceptible de cumplirse en el término previsto por la ley y en la forma ordenada por el juez. No caben dentro de esta posibilidad, a juicio de esta Sala, las órdenes de cumplir con eficiencia las funciones propias de su competencia, no porque sea ésta una obligación de todo funcionario, sino porque la orden sería tan abstracta y genérica que no se tendría eficacia distinta a una simple recomendación del juez, sin ejecutividad alguna”*²⁶.

31. Fijado de esta forma, las características generales que ha de tener el deber previsto en una norma con fuerza material de ley o en un acto administrativo, esta Sala resolverá si el artículo 19 de la Ley 65 de 1993 establece un deber del cual se pueda obligar su acatamiento por medio de una acción de cumplimiento.

²⁴ Providencia del 11-10-2001 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado radicado número 41000-23-31-000-2001-0490-01.

²⁵ Providencia de 16-07-1998 de la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado radicado número ACU-337.

²⁶ Providencia del 9-10-1997 de la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado radicado número ACU-017.

32. El artículo 19²⁷ la Ley 65 de 1993 dispone que “los departamentos o municipios que carezca de sus respectivas cárceles, podrán contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el recibo de presos, (...) conviniendo el reconocimiento que los departamentos o municipios hagan del pago de los siguientes servicios o remuneraciones: a) Fijación de sobresueldo a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión” (Resalta la Sala).

33. Se ha de ver que dentro de la estructura de la norma, ésta va dirigida a establecer una *facultad* expresada con el verbo *podrán* otorgada a los municipios o departamentos, de contratar con el INPEC para el recibo de sus presos. Esto es, establece una conducta que carece de obligatoriedad y concede un margen de libertad de acción a los municipios y departamentos para el ejercicio de una competencia.

34. Así, la fijación de un sobresueldo a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión, surge como consecuencia de la celebración del convenio, esto es, cuando la autoridad haga uso de la facultad de contratar el servicio de recibo de los presos con el INPEC. La celebración del Convenio, no es una obligación que surge *per se* de la norma transcrita, sino que, se reitera, surge de una facultad de contratar.

De este modo, para que surja el derecho del sobresueldo a favor de los empleados del establecimiento de reclusión donde se reciben presos departamentales o municipales, es necesario, como ya lo había dispuesto el Consejo de Estado²⁸ que se satisfagan dos circunstancias: “(...) una circunstancia de orden fáctico: El recibo de presos de orden territorial (por contravenciones) en cárceles del orden nacional o viceversa; y una circunstancia de orden jurídico: La existencia de un convenio o contrato que avale el recibo de tales presos, establezcan las condiciones del mismo y señale el valor del sobresueldo” y se concluyó que “[u]na condición salarial favorable (sobresueldo) debe ser amparada por las normas legales y constitucionales solo si ha nacido válidamente a la vida jurídica”, así “[s]e declarará judicialmente su existencia, si en el expediente se acreditan las circunstancias de orden fáctico y jurídico estipulados como condición para que se cause (...) [y por ende] resultan insuficientes las declaraciones coincidentes sobre el pago del porcentaje de sobresueldo con anterioridad al año 1998, porque dicho proceder o uso reiterado no constituye un título legítimo para el

²⁷ ARTÍCULO 19. RECIBO DE PRESOS DEPARTAMENTALES O MUNICIPALES. Los departamentos o municipios que carezcan de sus respectivas cárceles, podrán contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el recibo de sus presos mediante el acuerdo que se consagrará en las cláusulas contractuales, conviniendo el reconocimiento que los departamentos o municipios hagan del pago de los siguientes servicios y remuneraciones:

a) Fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión;
b) Dotación de los elementos y recursos necesarios para los internos incorporados a las cárceles nacionales;
c) Provisión de alimentación en una cuantía no menor de la señalada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para sus internos;
d) Reparación, adaptación y mantenimiento de los edificios y de sus servicios, si son de propiedad de los departamentos o municipios.

PARÁGRAFO. Las cárceles municipales podrán recibir presos nacionales en las mismas condiciones en que los centros de reclusión nacionales reciben presos municipales. (Resalta la Sala).

²⁸ Providencia de 25-03-2004 de la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado radicado número 50001-23-31-000-2000-0279-01. Narrar los hechos

nacimiento de derechos de orden salarial, cuando se trata de empleados públicos” (Resaltado en el original).

Así, el Consejo de Estado señaló que es necesario que se cumplan estas circunstancias de orden fáctico y jurídico para que surja el derecho al sobresueldo. No basta que con anterioridad se haya pactado, pues el uso reiterado no constituye un título legítimo para el nacimiento del derecho de orden salarial cuando se trata de empleados públicos. Para los empleados públicos, los derechos laborales se causan únicamente en las condiciones señaladas en la ley y el reglamento que se impone inexorablemente y por tal virtud constituye el único título válido de su existencia.

35. De este modo, al no establecerse un deber en la norma mencionada, la acción de cumplimiento en el proceso que se censura estaba llamada a su improcedencia, por lo que al adoptar el tribunal accionado la orden perentoria de suscribir un convenio, que a la postre ya había sido suscrito con otro número y registro presupuestal, se configuró un defecto sustantivo en la sentencia proferida, pues se realizó una interpretación inadecuada del artículo reseñado que generó un perjuicio en los derechos fundamentales de los accionantes.

36. Empero, esta Sala advierte al Municipio de Medellín y al INPEC que una vez satisfechos los postulados de orden fáctico, esto es, el recibo de presos de orden territorial en cárceles de orden nacional, y jurídico, es decir, la existencia de un contrato o convenio que avale el recibo de tales presos, surge la obligación a las mencionadas entidades de fijar un sobresueldo a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión como lo dispone la norma reseñada, de manera que la orden debía dirigirse en el sentido de individualizar el sobresueldo en el convenio suscrito y no en coaccionar la celebración de un nuevo convenio para el cual ya no existía disponibilidad presupuestal.

En el expediente obra el contrato inter administrativo número 4600010193 suscrito entre el Director General del INPEC, el Secretario de Gobierno de Medellín y el Gerente General de Metroseguridad, en el cual a pesar de que la obligación del INPEC, era entre otras, *“recibir, alojar, custodiar y atender integralmente en el Establecimiento Penitenciario de mediana Seguridad y Carcelario de Medellín y en la Reclusión de Mujeres de Medellín, a los sindicatos y sindicadas privados (as) de la libertad que lleguen por orden de autoridad judicial del Municipio de Medellín”*, no se fijó un sobresueldo a los empleados de los respectivos establecimientos de reclusión.

Por lo anterior, es imperioso a esta Sala exhortar a las referidas autoridades para que una vez sean satisfechos los postulados de orden jurídico y fáctico descritos, esto es, se reciban presos de orden territorial en cárceles del orden nacional y se haya realizado un contrato que avale el recibo de los presos, den cumplida atención a la obligación de fijar en ese contrato un sobresueldo a los empleados de los establecimientos de reclusión.

Advierte esta Sala, que este exhorto no contradice la decisión adoptada acerca de la improcedencia de la acción de cumplimiento en este caso, por cuanto la pretensión era la de que se ordenara la suscripción de un determinado contrato, con un porcentaje previamente señalado de sobresueldo correspondiente al 20%, lo que como quedó demostrado escapa a la naturaleza y finalidad de esta acción constitucional, aspecto que es sustancialmente diferente a señalar que una vez exista el contrato, se solicite la inclusión en éste de la fijación de un sobresueldo a los empleados de los establecimientos de reclusión.

37. En razón a lo expuesto, concluye esta Sala que con la decisión adoptada por la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia se vulneró el derecho al debido proceso de los accionantes.

c) ¿Las normas establecían una orden de gasto que hace improcedente la acción de cumplimiento?

38. Ahora en lo que respecta a si las normas que pretendía ASEINPEC fueran cumplidas por el INPEC, establecían gastos, considera esta Sala lo siguiente:

39. La Ley 393 de 1997 dispuso acerca de la improcedencia de la acción de cumplimiento que:

“ARTICULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

PARAGRAFO. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos” (Resalta la Sala).

40. Demandado ante esta Corporación el aparte resaltado de la norma en cita, en sentencia de constitucionalidad C-157-98 se determinó que estaba ajustado a la Constitución Política.

Se consideró en esa oportunidad que *“las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración, correlativos deberes de gasto. No puede, en consecuencia, extenderse a este componente de las normas legales, la acción de cumplimiento”*.

Se determinó asimismo que *“[l]a aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria, pero no suficiente para poder llevarlo a cabo. (...) De ninguna manera se deriva de la Constitución el deber o la obligación de gastar, aún respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso”* y se concluyó que *“en el marco de la acción de cumplimiento, facultar al juez para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de*

presupuesto o que la partida que en ésta se contempla se ejecute, quebranta el sistema presupuestal diseñado por el Constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan (...) la eficacia del novedoso mecanismo debe garantizarse y promoverse por la ley. Sin embargo, ello no puede perseguirse a cosa de alterar las restantes instituciones y mecanismos constitucionales”.

41. Sin embargo, posteriormente esta Corporación adoptó una posición intermedia en sentencia de tutela T-760-05, en la que señaló, siguiendo al Consejo de Estado²⁹, que *“incluida una apropiación en el presupuesto y la expedición de éste por la Corporación Pública, queda autorizado el gasto y, a partir de ahí, corresponde a la autoridad ejecutarlo, lo cual hace exigible su cumplimiento. De conformidad con lo anterior, se concluye que con la acción de cumplimiento ejercitada no se pretende establecer un gasto, sino ejecutar uno establecido, toda vez que el mismo ya fue reconocido y se encuentra presupuestado. De lo expuesto se concluye que tratándose de movimientos presupuestales dentro del presupuesto de rentas y gastos no siempre se trata del establecimiento de un gasto, pues, se reitera, podríamos estar frente a la ejecución de un gasto cuyo establecimiento viene de tiempo atrás”.*

42. A propósito del caso concreto según información allegada por la Alcaldía de Medellín al interior del proceso que se censura, “[l]a propuesta de convenio, más no convenio alguno, con radicado 4600008682 no fue perfeccionada por las partes, porque la Dirección del INPEC no la aceptó y por tanto la disponibilidad presupuestal se anuló. Los recursos que se habían presupuestado, se encuentran ejecutándose mediante convenio 4600010193 suscrito entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), la Empresa Metropolitana de Seguridad ‘Metroseguridad’ y la Alcaldía de Medellín (...)” (Resalta la Sala).

Con base en lo expuesto, considera esta Sala que la disponibilidad presupuestal emitida para el convenio no. 460008682 fue anulada, razón de más para hallar improcedente la orden proferida por el tribunal de suscribir el citado convenio. De manera que la disponibilidad realmente vinculante era la expedida con ocasión al convenio no. 4600010193, convenio frente al cual ya no es posible dar una orden relacionada con la fijación de un sobresueldo que implique la ejecución de la partida presupuestal, como quiera que ésta feneció al expirar su vigencia el 29 de abril de 2009, según información suministrada por el INPEC.

43. Resalta esta Sala, como quedó referenciado, que en este último convenio a pesar de que se convino recibir presos municipales por parte del INPEC, no se pacto como obligación del Municipio de Medellín el pago de los sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión, circunstancia que era conocida por los jueces de instancia, como quiera que dicha información fue suministrada por la Alcaldía de Medellín en respuesta al exhorto No. 0417 referenciado en el acápite de pruebas (literal m.).

²⁹ Sentencia 0034(ACU-1165) del 02/01/31, Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Actor: NELSON ARTURO VELÁSQUEZ MADERO, Demandado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE ARJONA -BOLÍVAR-.

43.1 De esta forma, los jueces de instancia dentro de la acción de cumplimiento conocían que se habían satisfecho las circunstancias de orden fáctico, recibo de presos de orden territorial en cárceles nacionales, y jurídico, existencia de un contrato o convenio que avaló el recibo de los presos, lo que hacía nacer el derecho al sobresueldo a los empleados de los establecimientos de reclusión, por lo que las autoridades accionadas, *cuando conocieron del asunto*, con base en que la partida presupuestal estaba vigente, debieron ordenar la inclusión de una cláusula en el convenio 4600010193 referente al pago de los sobresueldos a los empleados de los establecimientos de reclusión.

Sin embargo, como quedó establecido, en este momento no es posible corregir la orden, como quiera que feneció la partida presupuestal dispuesta para ello, lo que hace improcedente la acción de cumplimiento, decisión que adoptará esta Sala respecto del proceso objeto de censura constitucional.

44. A pesar de que con la configuración de los defectos sustantivos descritos, la sentencia proferida por el Tribunal accionado se derriba, esta Sala considera pertinente realizar unas breves consideraciones acerca del defecto procedimental censurado.

3.1.4 Defecto Procedimental

¿Constituye una vulneración del derecho al debido proceso al Municipio de Medellín el hecho de que en el trámite de acción de cumplimiento censurado se hubiere impartido una orden de suscripción de un convenio con el INPEC, a pesar de no fue notificado del inicio de esta acción?

45. Como respuesta al anterior problema jurídico, esta Sala considera que sí constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Medellín, el hecho de que en el marco de una acción de cumplimiento no se le haya notificado de la demanda correspondiente ni se le hubiere constituido en renuencia como requisito de procedibilidad, pero más aún que no se haya cumplido con el requisito de procedibilidad señalado en el artículo 8° de la Ley 393 de 1997, cuando de las normas que se dicen incumplidas se derivó una orden que lo vinculaba directamente.

46. Como fundamento a la anterior determinación se ha de señalar que:

46.1 El derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.N.) contiene, entre otros, el derecho a la defensa, que implica la facultad de ser escuchado en un proceso en el cual se está definiendo la suerte de una controversia, la posibilidad de pedir, aportar y controvertir pruebas, formular alegaciones e impugnar las decisiones.

46.2 La acción constitucional de cumplimiento (artículo 87 de la C.P) no es ajena a este derecho y a la vinculación de las partes. De este modo, la ley especial que regula la acción de cumplimiento, Ley 393 de 1997, dispone que el proceso está regido, entre otros principios, por el principio de publicidad

(artículo 2º)³⁰ que implica el conocimiento del proceso por las partes que puedan resultar afectadas en él, en especial, el mencionado principio implica la constitución de renuencia y la notificación³¹ del inicio del proceso a la autoridad pública³² que se crea encargada de acatar el deber determinado en la ley.

46.3 El Municipio accionante alega que el defecto procedimental en el proceso de acción de cumplimiento que se censura se configuró por el hecho de notificar de la acción de cumplimiento solamente al INPEC y no haber conformado el litis consorcio necesario con el Municipio de Medellín.

46.4 Ante la ausencia de regulación en torno a la conformación del litis consorcio necesario en las acciones de cumplimiento por parte de la Ley 393 de 1997 y el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil regula la materia de esta forma³³:

"ARTÍCULO 83. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 35 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

(...) " (Resalta la Sala).

³⁰ ARTICULO 2o. PRINCIPIOS. Presentada la demanda, el trámite de la Acción de Cumplimiento se desarrollará en forma oficiosa y con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.

³¹ ARTICULO 13. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO. Dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación, el Juez decidirá sobre su admisión. De ser admitida, el Juez ordenará su notificación personal al demandado y la entrega de una copia de la demanda y sus anexos dentro de los tres (3) días siguientes a la admisión. Si no fuere posible, el Juez podrá recurrir a la comunicación telegráfica o a cualquier otro medio que garantice el derecho de defensa.

El auto también informará que la decisión será proferida dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión de la solicitud de cumplimiento y que tiene derecho a hacerse parte en el proceso y a allegar pruebas o solicitar su práctica, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

³² ARTICULO 5o. AUTORIDAD PUBLICA CONTRA QUIEN SE DIRIGE. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La Acción de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo.

Si contra quien se dirige la acción no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez que tramita la Acción, indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará también con las autoridades respecto de las cuales se ejercita la Acción hasta su terminación. En todo caso, el Juez de cumplimiento deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

³³ En el aspecto procesal de la acción de cumplimiento la Ley 393 de 1997 remite (artículo 30) al Código Contencioso Administrativo en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de esta acción. Ordenamiento procesal que igualmente remite (artículo 267) al Código de Procedimiento Civil en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de los procesos.

46.5 El Consejo de Estado³⁴ y esta Corporación³⁵ han dicho que excepcionalmente el juez tiene el deber de ordenar la vinculación oficiosa de quienes se consideren litisconsortes necesarios en las acciones de cumplimiento, a pesar de que éstas no tenga una naturaleza contenciosa. Dicha excepcionalidad, se señaló, se configura *“cuando la pretensión planteada en ejercicio de una acción pública involucre la afectación directa de una relación jurídica sustancial”*.

En otros términos, *“a pesar de que el propósito de quien ejerce la acción de cumplimiento sea, sin más, la obtención de una orden que permita materializar el cumplimiento de la ley por parte del demandado renuente a acatarla, ocurre que, en ocasiones, se repite, muy excepcionales, tal orden lleva implícita la afectación de una relación jurídica sustancial entre sujetos determinados, en cuanto la conducta pretendida se materializa precisamente, en una acción u omisión del demandado que lleva consigo tal afectación”*³⁶

46.6 Con base en las consideraciones jurídicas expuestas y en el supuesto de hecho fundamento de esta acción constitucional, se desprende que las autoridades judiciales accionadas tenían el deber de notificar al Municipio de Medellín de la demanda presentada por ASEINPEC contra el INPEC para el acatamiento de las normas reseñadas a lo largo de esta providencia, como quiera que de estas se desprendía una relación jurídica sustancial entre el Municipio de Medellín y el INPEC reflejada en la facultad otorgada al primero de contratar con el segundo.

Empero, advierte esta Sala que de la obligación de conformar por parte de las autoridades accionadas el litis consorcio necesario, no se deriva la procedencia de la acción de cumplimiento objeto de censura, debido a que un aspecto es la conformación debida de la controversia con las partes implicadas en ella, elemento procesal del derecho al debido proceso, y otro aspecto muy distinto es la prosperidad de lo pretendido, que se centra en el elemento sustancial que se debate al interior del proceso.

46.7 Ahora, con respecto al argumento mencionado por ASEINPEC relacionado con el hecho de que la vinculación al proceso al Municipio de Medellín se surtió por medio de un exhorto, considera esta Sala que este medio no constituye el proceso adecuado para dar a conocer a una persona la iniciación de un proceso en el que está en controversia sus derechos, por cuanto: a) La normatividad procesal dispone que la notificación a la parte demandada ha de ser personal con copia de la demanda, y porque b) el exhorto dentro del proceso que se censura tenía la finalidad de recaudar una prueba en torno al actuar del INPEC, como esa era su finalidad el exhorto no contenía la información necesaria acerca de que normas se estaba exigiendo el cumplimiento en el proceso censurado, ni los hechos que dieron origen a la acción, luego el municipio no tenía porque saber de qué se trataba el proceso

³⁴ Providencia del 13-10-06 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 2500-23-27-000-2005-01745-01 (ACU).

³⁵ T-1064-07.

³⁶ *Ibidem*.

que hoy se censura. Además y como consecuencia precisamente de la ausencia de notificación de la demanda, tampoco se configuró respecto del Municipio de Medellín, el requisito de procedencia consistente en la constitución de la renuencia de cumplir el deber dispuesto en la ley.

46.8 En razón a lo anterior concluye esta Sala que se debía haber notificado de la admisión de la demanda al Municipio de Medellín, como no se hizo se le vulneró el derecho al debido proceso y se configuró la causal de nulidad prevista en el numeral 9° del artículo 140 del C.P.C.³⁷, que la autoridad accionada pudo haberla declarado de oficio³⁸, por ende se incurrió en un defecto procedimental que amerita el amparo del derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Medellín por vía de tutela.

47. Con base en lo anteriormente expuesto concluye esta Sala que la decisión del Tribunal accionado incurrió en un defecto procedimental y sustantivo, por cuanto:

a) Omitió notificar al Municipio de Medellín de la demanda presentada por ASEINPEC contra el INPEC, a pesar de que las normas de las cuales solicitaba su cumplimiento, se derivaba una relación jurídica sustancial entre el Municipio de Medellín y el INPEC reflejada en la facultad otorgada al primero de contratar con el segundo. Además y como consecuencia precisamente de la ausencia de notificación de la demanda, tampoco se configuró respecto del Municipio de Medellín, el requisito de procedencia consistente en la constitución de la renuencia de cumplir el deber dispuesto en la ley.

b) Consideró que del artículo 19 de la Ley 65 de 1993 se derivaba *per se* una obligación de contratar entre el Municipio de Medellín y el INPEC, cuando lo que establece este artículo es una *facultad* de contratar entre estas dos entidades el recibo de presos municipales.

c) Ordenó suscribir el convenio no. 460008682 teniendo conocimiento de que la partida presupuestal designada para su ejecución se había anulado, lo que hacía imposible la suscripción del convenio.

d) Conociendo que la partida presupuestal realmente vinculante era la expedida con ocasión del convenio no. 4600010193, no ordenó en su momento la fijación de un sobresueldo a los empleados de los centros de reclusión, cuando la partida presupuestal para ello estaba vigente y se cumplían las circunstancias de orden fáctico y jurídico para el nacimiento de esta obligación.

En razón a lo anterior y como quedó establecido, en este momento no es posible dar la orden de fijación de un sobresueldo en el convenio no. 4600010193, como quiera que feneció la partida presupuestal dispuesta para

³⁷ Artículo 140 del C.P.C.: El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...)

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos en la ley.

³⁸ Artículo 145 del C.P.C.

ello, lo que hace improcedente la acción de cumplimiento, decisión que adoptará esta Sala respecto del proceso objeto de censura constitucional.

Con base en lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia de tutela proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo por medio de la cual se revocó la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en su lugar resolvió rechazar por improcedente el amparo solicitado.

En su lugar, concederá el amparo del derecho al debido proceso y en consecuencia dejará sin efecto la providencia del 4 de diciembre de 2008 proferida por la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, proferida en el proceso de acción de cumplimiento promovido por ASEINPEC contra el INPEC y en su lugar con base en el supuesto de hecho aquí estudiado y en razón a lo expuesto en esta providencia declarará la improcedencia de la acción de cumplimiento del artículo 19 de la Ley 65 de 1993 promovida por ASEINPEC contra el INPEC.

Empero, reitera esta Sala la necesidad de exhortar al Alcalde de Medellín y al director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que una vez sean satisfechos los postulados de orden jurídico y fáctico descritos, esto es, se reciban presos de orden territorial en cárceles del orden nacional y se haya realizado un contrato que avale el recibo de los presos, den cumplida atención a la obligación de fijar en ese contrato un sobresueldo a los empleados de los establecimientos de reclusión.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo por medio de la cual se revocó la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en su lugar resolvió rechazar por improcedente el amparo solicitado. En su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho al debido proceso de las entidades accionantes.

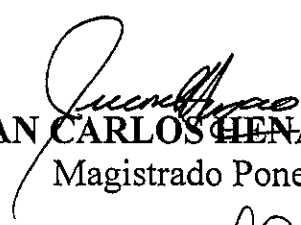
Segundo: DEJAR sin efecto la providencia del 4 de diciembre de 2008 proferida por la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, proferida en el proceso de acción de cumplimiento promovido por la Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -ASEINPEC contra Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Tercero: En consecuencia, **DECLARAR** improcedente la acción de cumplimiento promovida por ASEINPEC contra el INPEC respecto del artículo 19 de la Ley 65 de 1993.

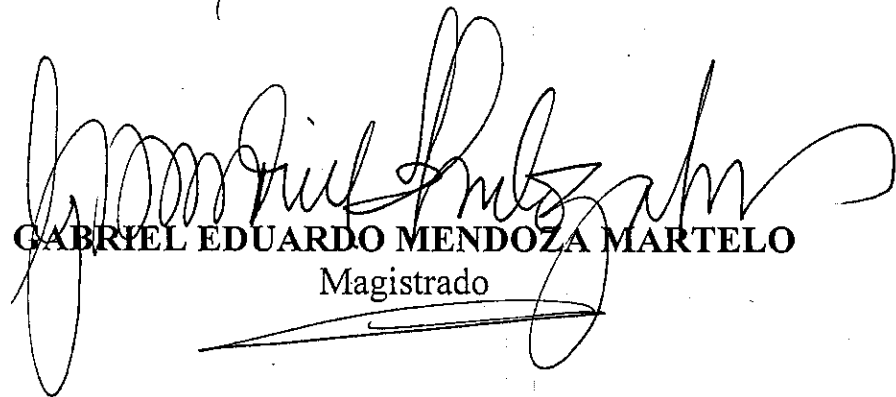
Cuarto: EXHORTAR a la Alcaldía de Medellín y al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, para que cuando se satisfagan las circunstancias de orden fáctico y jurídico descritas en esta providencia para el nacimiento a la vida jurídica del derecho al sobresueldo a los empleados de los establecimientos de reclusión nacionales, se fije el mencionado derecho en el contrato pertinente.

Quinto: DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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



JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado Ponente



GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado



JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado



MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General