

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DE COBRO COACTIVO QUE
TIENE EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EPS, PARA EL COBRO
DE APORTES PARAFISCALES EN COLOMBIA**

XIMENA BALCAZAR PALACIOS

ASTRID PARRA VALENCIA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo

Asesora temática

VICTORIA EUGENIA AYALA FRANCO

Especialista Derecho Constitucional

ASESORA METODOLOGICA

ERIKA CASTRO BUITRAGO

Abogada

MEDELLIN

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

FACULTAD DE DERECHO

POSTGRADOS EN DERECHO

2006

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	2
introduccion.....	6
1. planteamiento del problema.....	10
3. objetivos.....	15
3.1 objetivo general.....	15
3.2 objetivos específicos.....	15
4.Hipótesis	16
5.1 NATURALEZA JURIDICA DE LA JURISDICCION COACTIVA EN EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.	17
5.2. CARACTERISTICAS DEL COBRO POR JURISDICCION COACTIVA	19
5.3. ETAPAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PARA EL COBRO POR JURISDICCION COACTIVA.	20
5.3.1 Competencia.....	20
5.3.3 Prescripción de la acción de cobro	21
5.3.4 Deuda Certificada – Título ejecutivo	22
5.3.5 Conocimiento del deudor	22
5.3.6. Sujetos procesales.....	23
5.3.7 Medidas previas.....	24
5.3.8. Embargo y secuestro	25
5.3.9 Límite de las medidas	27
5.3.10 Secuestro.....	28
5.3.11 Trámite del secuestro.....	28

5.3.12. Designación del secuestro	29
5.3.14 Oposición al secuestro.....	30
5.3.15 Levantamiento del embargo y secuestro	30
5.3.16 Avalúo de los bienes	31
5.3.17 Remate	31
5.3.19 Mandamiento de pago	32
5.3.20 Mandamiento de pago	33
5.3.21 Notificación personal del mandamiento de pago	34
5.3.23 Vinculación de deudores solidarios.....	35
5.3.24 Excepciones.....	36
5.3.25 Término para presentar excepciones.....	37
5.3.26 Trámite de las excepciones	37
5.3.27 Excepciones probadas.....	38
5.3.28 Recursos en contra de la providencia que decide sobre las excepciones.....	38
5.3.29 Orden de ejecución.....	39
5.3.30 Terminación del proceso por pago.....	39
5.3.31 Interrupción del proceso.....	40
5.3.32 Archivo del proceso	41
5.4. VERIFICACION DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO – JUEZ NATURAL Y DE IGUALDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO POR COBRO COACTIVO IMPULSADO POR EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PARA EL COBRO DE APORTES EN MORA.	42
5.4.1 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD.....	42
5.4.2 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO – JUEZ NATURAL	44
5.5. FACULTADES EXORBITANTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PARA EL COBRO POR JURISDICCION COACTIVA.	45
5.5.1 SER JUEZ Y PARTE	45

5.5.2 PROCEDENCIA DEL TITULO EJECUTIVO	46
5.5.3 MEDIDAS CAUTELARES Y CONSTITUCION DE POLIZAS	46
5.5.4 ADMISION DE LA DEMANDA	47
5.5.5 COLABORACION DE LAS ENTIDADES DEL ESTADO	47
6. METODOLOGÍA	48
6.1. CLASE DE INVESTIGACIÓN	48
6.2. FUENTES DE LA INVESTIGACION	48
6.5 instrumentos para recoleccion de la informacion	50
7. DISEÑO ADMINISTRATIVO.....	51
7.1. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES.....	51
7.2. RECURSOS	52
CONCLUSION	53
BIBLIOGRAFIA.....	56
LINEA JURISPRUDENCIAL	58
DERECHO A LA IGUALDAD	58
CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CARTA POLITICA DE COLOMBIA DE 1991 – LA DOGMATICA CONSTITUCIONAL -	58
ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD.....	61
La igualdad ante la ley	65
La igualdad en la Ley.....	65
3.6.. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION	67
DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO	70
Sentencia SU 429 de 1998. Formas propias de cada juicio	74
Sentencia SU 201 de 1994- Acción de tutela contra acto definitivo.....	75
Sentencia SU 202 de 1994- Acción de tutela contra acto de trámite	76
Sentencia SU 477 de 1997 Vía de hecho por falta de consideración de un medio probatorio	77

Sentencia SU 786 de 1999. Procedencia excepcional de la acción de tutela
contra providencias judiciales. 77

RESUMEN

Se presenta una investigación que determina la constitucionalidad de las facultades de cobro coactivo que tiene el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. en Colombia.

Para el análisis se aborda la descripción del procedimiento de cobro coactivo y a su vez se contrasta con los principios de juez natural, debido proceso e igualdad, encontrando que se desbordan tales principios, con lo cual se crean más fuentes de insatisfacción social, de conflictos sociales y en general creando una fuente más de violencia ante la insatisfacción por el abuso a sus circunstancias de inferioridad y las “cargas” arbitrariamente impuestas.

ABSTRACT

An investigation is presented that determines the Constitutionality she gives the abilities, she gives coercive collection that has the Institute he/she gives Sure Social E.P.S. in Colombia.

For the analysis the analysis it gives the procedure it gives coercive collection and in turn it contrasted with the principles he/she gives natural judge, due process and equality, finding that overflow such principles, with that which lives sources it plows believed he/she gives social dissatisfaction, give social conflicts and in general creating to source than violence it lives in the face of the dissatisfaction for the it abuses to their circumstance gives inferiority and those “you lauds” arbitrarily imposed.

INTRODUCCION

La presente monografía se ha fijado como objetivo general, establecer la constitucionalidad de la facultad de cobro coactivo que tiene el Instituto de Seguros Sociales EPS, para el cobro de aportes parafiscales en Colombia.

Para el logro de tal objetivo se han propuesto tres objetivos específicos, el primero de ellos, tiene que ver con la definición de las etapas del proceso de cobro coactivo por parte del instituto de Seguros Sociales, para el cobro de aportes de seguridad social, el que se encuentra desarrollado en el título 5.1. y s.s. de este trabajo y enseña una a una esas etapas del referido proceso.

El segundo objetivo específico, se desarrolla a su vez en un subcapítulo del marco teórico y tiene que ver con la verificación del cumplimiento de los principios constitucionales de juez natural y de igualdad en el proceso de cobro coactivo.

Finalmente, como solución al tercer objetivo específico se identifican las facultades exorbitantes que tiene el Instituto de Seguros Sociales para el cobro por jurisdicción coactiva, y se determina la constitucionalidad del mismo.

De igual manera se presentan las conclusiones sobre los objetivos planteados y la demostración de la hipótesis de trabajo, lo cual se apoya a si mismo con un trabajo jurisprudencial sobre los derechos al debido proceso y

a la igualdad, como principios fundamentales de la Carta Política de 1991, que son los que orientan esta investigación.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La teoría general del derecho ha enseñado que por regla general, cuando se tiene una obligación clara, expresa y exigible, se acude a un proceso ejecutivo^(*), lo cual suele hacerse a través de un juez de conocimiento, juez ordinario, de acuerdo con la cuantía, dado que aquí se teje una litis.

No obstante, esa regla general, en la cual la litis corresponde dirimirla al órgano jurisdiccional, en Colombia, se han dado atribuciones especiales a órganos del ejecutivo para que realicen procedimientos ejecutivos, cuando se tiene un título a favor de algunas entidades en las cuales el Estado tiene participación.

Es así, como surgen las denominadas facultades de cobro coactivo por parte de algunas entidades del Estado como lo son: La DIAN, el Instituto de Seguros Sociales, los recaudadores de Impuestos Nacionales, entre otros.

El juicio sumario ejecutivo surge en los municipios italianos, como necesidad del comercio de tener seguridad y rapidez en la recuperación de sus créditos, a cuyo fin se reconoció fuerza ejecutiva análoga a la sentencia a los instrumentos donde constaba el reconocimiento judicial o notarial de la deuda, basado en el principio del código Romano que equiparaba el confesus adjudatus.

^(*) Diferente al declarativo, que se llama ordinario. El ejecutivo, como se funda en un hecho cierto es breve y sumario.

A través de la institución de la ejecución coactiva el Estado busca sanear la cartera que pueda tener por el no pago oportuno de sus contribuciones, tasas, impuestos, anticipos, intereses, retenciones, garantías, cauciones, sanciones, multas, alcances, líquidos, etc.

La anterior, situación en algunas ocasiones deviene en traumática, dado que quien ejecuta es juez y parte, lo cual rompe con el principio de igualdad de las cargas y contraviene el artículo 13 del Texto Superior.

Además de lo anterior, estas entidades que tienen facultades de cobro coactivo tiene facultades exorbitantes en el trámite del proceso, tales como aquellas que tienen que ver con la imposición de la medida cautelar, pues esta opera aún sin mediar póliza para garantizar un eventual pago de perjuicios.

En lo que respecta al instituto de Seguros Sociales EPS, se tiene que con la expedición de la Ley 100, éste tiene el carácter de Empresa Prestadora de Servicios de Salud, de carácter público, con las mismas calidades que sus similares del sector privado; no obstante el Instituto de Seguros Sociales EPS, tiene facultades de cobro coactivo para el recaudo de los aportes y más aún, sin por vía de cobro coactivo no logra este recaudo, puede acudir en vía jurisdiccional a través del proceso penal como última ratio para lograr el cobro efectivo de los aportes, bajo la figura de peculado por apropiación; en tanto que las otras EPS, sólo tiene el proceso ejecutivo ante juez ordinario para lograr el cobro de los aportes en mora.

Lo anterior, evidencia un ostensible desigualdad que rompe con el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, motivo por el cual en este trabajo de grado se hace el siguiente interrogante de investigación:

¿Es constitucional la facultad de cobro coactivo que tiene el Instituto de Seguros Sociales EPS, para el cobro de aportes parafiscales en Colombia?.

2. JUSTIFICACION

Las facultades que tienen entidades como el Instituto de Seguros Sociales EPS, dan connotaciones al proceso por jurisdicción coactiva de una marcada agresividad.

No obstante, lo anterior, se encuentra que estas facultades son desconocidas por una gran cantidad de destinatarios de la norma, incluso de profesionales del derecho, razón por la cual esta monografía toma fuerza en la medida que constituye una herramienta que además de informar sobre el trámite del proceso por jurisdicción coactiva, cuestiona algunos de sus conceptos y hace la ponderación para verificar el cumplimiento de los preceptos constitucionales entre los cuales cabe destacar los que tienen que ver con el principio de igualdad y el de juez natural.

Así, las cosas, es relevante este trabajo de grado, en la medida en que servirá de instrumento para quienes desconocen totalmente este proceso, para los usuarios del instituto de Seguros Sociales EPS, para los profesionales del Derecho que podrán verse enfrentados a este tipo de cobro y en general para todos los ciudadanos que quieran conocer el por qué esta entidad tiene tales facultades y si ellas en realidad se encuentran ajustadas al texto constitucional colombiano.

Es novedoso este trabajo de grado, dado que a pesar de que las facultades de jurisdicción coactiva llevan tanto tiempo aplicándose, ellas son desconocidas y sólo se tiene noticia de ellas cuando una persona natural o

jurídica es objeto de ellas bien por parte del Instituto de Seguros Sociales, o bien porque se acude al derecho penal como última ratio.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer la constitucionalidad de la facultad de cobro coactivo que tiene el Instituto de Seguros Sociales EPS, para el cobro de aportes parafiscales en Colombia.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Establecer las etapas del proceso de cobro coactivo por parte del Instituto de Seguros Sociales, para el cobro de aportes parafiscales.

Verificar si el proceso de cobro coactivo impulsado por el Instituto de Seguros Sociales EPS, se ajusta a los principios y derechos fundamentales de la Constitución Política de Colombia, especialmente los de juez natural, debido proceso e igualdad.

Identificar las facultades exorbitantes que tiene el Instituto de Seguros Sociales para el cobro por jurisdicción coactiva, determinando su constitucionalidad.

4.HIPÓTESIS

Las facultades de jurisdicción coactiva asignadas al Instituto de Seguros Sociales EPS, desbordan el ordenamiento Constitucional colombiano, porque rompen con los principios de igualdad de las cargas procesales, juez natural y el debido proceso.

5. MARCO CONCEPTUAL

5.1 NATURALEZA JURIDICA DE LA JURISDICCION COACTIVA EN EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, con Ponencia del Dr. Hernando Gómez Mejía, en sentencia del 25 de marzo de 1969 se refirió a la naturaleza de la jurisdicción coactiva, en la siguiente forma:

La jurisdicción coactiva es uno de los privilegios exorbitantes de las personas administrativas relacionados por Hauriou en virtud del cual, las entidades de derecho público cobran por medio de sus representantes o recaudadores las sumas que se les adeudan por impuestos o contribuciones especiales, haciendo confundir en apariencia en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y parte. Los créditos fiscales que mediante esa jurisdicción se cobran han nacido en virtud de la facultad de imperio que tiene el Estado sobre los asociados, ellos suelen surgir unilateralmente a la vida jurídica y es quizá esa la diferencia más sustancial y trascendente que existe entre el juicio ejecutivo del derecho privado y los que se siguen por la jurisdicción coactiva, el fundamento de aquellos son las relaciones que han nacido entre particulares en el comercio jurídico, las de éstos son los actos de soberanía que se ejercitan por el Estado y demás entidades de derecho público y por medio de los cuales se establecen tributos o contribuciones.

Expresan que el criterio orgánico, poco válido en este caso, el funcional o teleológico – la jurisdicción implica la actuación de la ley, su ejecución

coactiva) y el formal (el más “adecuado”. La jurisdicción es una institución jurídica mediante la cual un tercero imparcial decide un conflicto individual, imponiendo coactivamente el derecho).

En Sentencia T-445 de. 12 de octubre de 1994, la Corte Constitucional colombiana, citando a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, tratadistas españoles, recuerda que en el derecho de la mencionada península, una de las modalidades de “autotutela”, del Estado, es la relativa a la ejecutoriedad de los actos administrativos, la autotutela de tipo ejecutivo, aparte de eximir a la administración de obtener una sentencia ejecutiva y de facultarla para realizar el uso directo de su propia coacción, sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicial.

De esos planteamientos generales sobre la misma naturaleza de la jurisdicción deriva la discusión acerca de la naturaleza objeto de la ejecución coactiva.

Para el Consejo Superior de la Judicatura (Sentencia de agosto 01 de 1996, proceso 9727 M.P.,. Doctor Alvaro Echeverri U.). la satisfacción coactiva que hace el Estado, es una verdadera jurisdicción, entendido este concepto en su

sentido amplio, es decir, como el poder o autoridad que se tiene para aplicar las leyes o los casos particulares.

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en Sentencia T. 445 de 1994, considera que el proceso de jurisdicción coactiva es de naturaleza administrativa, por cuanto su objetivo es hacer efectiva la orden dictada por la administración de cobro de una obligación tributaria. Sin embargo, a continuación agrega: “ Esta jurisdicción (Sic) es el uso de la coacción frente a terceros y la expresión de una autotutela, ejecutiva ...”.

Para la Corte Suprema de Justicia, se trata de una actividad administrativa, cuyo ejercicio está reservado exclusivamente a los funcionarios investidos de esa jurisdicción; ésta no se deduce de las funciones administrativas asignadas ni puede considerarse implícita en las mismas. En igual sentido se han pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo de estado la ha considerado función jurisdiccional.

5.2. CARACTERISTICAS DEL COBRO POR JURISDICCION COACTIVA

- Busca el cobro coactivo o la ejecución forzada de ciertas obligaciones pendientes o no canceladas, dotadas además, de la característica de prestar mérito ejecutivo.

- El nombre que recibe “Cobro coactivo” o de “ procedimiento administrativo coactivo”, buscó básicamente distinguirlo, para evitar confusiones y falsas identificaciones, del proceso ejecutivo y del proceso de jurisdicción coactiva, existentes y regulados, desde mucho antes, en el ordenamiento jurídico colombiano.
- así se trate de un procedimiento de naturaleza típicamente administrativa, el procedimiento administrativo de cobro coactivo se ha regulado y construido siguiendo las pautas y características generales del proceso ejecutivo y del proceso de jurisdicción coactiva.

5.3. ETAPAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PARA EL COBRO POR JURISDICCION COACTIVA.

5.3.1 Competencia

La competencia no puede provenir sino de la Constitución Política o de la ley, además, debe ser expresa, no implícita, ni menos deducible por analogía. Esta competencia es sólo un privilegio excepcional de aplicación restrictiva.

Para el caso en concreto el Instituto de Seguros Sociales, la competencia de esta jurisdicción está en cabeza del presidente de la Institución, el director jurídico nacional, los jefes zonales de cobranza y los directores jurídicos.

El procedimiento de cobro coactivo se impulsa por la oficina de cobranza de la administración del lugar donde se hayan originado las respectivas obligaciones o acreencias o por aquella donde se encuentre el domicilio del deudor. Cabe anotar que cuando se están adelantando varios procedimientos administrativos de un mismo deudor, éstos pueden acumularse.

5.3.3 Prescripción de la acción de cobro

La acción de cobro de este tipo de obligaciones prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles. Los mayores valores u obligaciones determinados en actos administrativos, en el mismo término, contado a partir de la fecha de la ejecutoria.

La prescripción puede decretarse de oficio, o a petición del deudor.

5.3.4 Deuda Certificada – Título ejecutivo

El funcionario ejecutor debe tener pleno conocimiento de la causa que produjo la acreencia, aspecto que le permite estudiar el soporte legal del cobro.

Toda deuda certificada debe estar contenida en títulos que tengan la calidad de prestar mérito ejecutivo, que contengan una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

Para el caso en concreto el Instituto de Seguros Sociales, la deuda certificada es expedida por el departamento de recaudo y cartera (fiscalización), en este documento se expresa claramente la cantidad de dinero que se adeuda, el concepto por el que se adeuda, el tiempo de no pago por el que se generó la deuda y obviamente el nombre e identificación del deudor.

5.3.5 Conocimiento del deudor

Inicialmente se tiene como dirección del deudor la que éste haya reportado en las autoliquidaciones canceladas, de conformidad con lo preceptuado por

el artículo 563 del Estatuto Tributario. En caso de traslado del deudor, el funcionario ejecutor puede recurrir para ubicarlo a cualquier organismo estatal o privado que esté en capacidad para suministrar la información requerida o a cualquier otro medio (Directorio telefónico, bases de datos empresariales, etc.).

El objetivo final es que el funcionario ejecutor realice las diligencias necesarias para obtener la dirección actualizada del obligado, con el objeto de conseguir un resultado efectivo.

5.3.6. Sujetos procesales

Los sujetos que intervienen en el proceso administrativo de cobro coactivo, son los siguientes

- **Funcionario Ejecutor:** Es el Director Jurídico Seccional, por la delegación a éste, efectuada por el Presidente del Instituto de Seguros Sociales para ejercer el recaudo de las obligaciones mediante el proceso administrativo de cobro coactivo.

Sujeto activo: Es la entidad pública ejecutante, para el caso en concreto. El Instituto de Seguros Sociales.

Sujeto pasivo. Es el deudor u obligado, es decir la persona natural o jurídica sobre la cual recae el cobro mediante el proceso administrativo de cobro coactivo.

5.3.7 Medidas previas

Estas medidas corresponden al medio que tiene el funcionario ejecutor tendiente a garantizar el recaudo de las obligaciones.

El funcionario ejecutor previa o simultáneamente con el mandamiento de pago puede decretar el embargo y secuestro de los bienes del deudor, que se hayan establecido como de su propiedad (Artículo 837 del Estatuto tributario).

El funcionario ejecutor además, puede realizar todas las gestiones necesarias y oportunas para establecer los bienes del deudor ante las entidades públicas o privadas que pueden suministrar esta información, quienes deben dar pronta respuesta a la administración so pena de ser sancionados.

5.3.8. Embargo y secuestro

Es una medida establecida para asegurar la eficacia del recaudo de la obligación a cargo del deudor mediante un proceso administrativo de cobro coactivo y busca colocar estos bienes fuera del comercio, con el objeto de impedir traspasos o gravámenes sobre los mismos. El funcionario ejecutor se encuentra facultado pro el artículo 837 del Estatuto Tributario para decretar tales medidas y lograr el objetivo final como lo es el recaudo total de la obligación.

El artículo 839 del Estatuto Tributario considera los siguientes trámites:

- Embargo de bienes sujetos a registro se comunicará a la oficina encargada del mismo, por oficio que contendrá los datos necesarios para el registro; si aquellos pertenecieran al ejecutado lo inscribe y remite el certificado donde figure la inscripción, al funcionario ejecutor que ordenó el embargo.
- Si el bien no perteneciere al ejecutado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará enviando la prueba correspondiente. Si lo registra, el funcionario que ordenó el embargo del oficio o a petición de parte ordenara la cancelación del mismo.

- Cuando sobre dichos bienes ya existiere otro embargo registrado, se inscribirá y comunicara al funcionario ejecutor y al juzgado que haya ordenado el embargo anterior.
- En este caso si el crédito que ordeno el embargo anterior es inferior al que está cobrando el instituto, el funcionario ejecutor, continua con el proceso administrativo de cobro, informando de ello al juez respectivo y si este lo solicita, pondrá a su disposición el remanente del remate. Si el crédito que originó el embargo anterior es de rango superior al que cobra el instituto, el funcionario de cobro se hará parte en el proceso ejecutivo y velara porque se garantice la deuda con el remanente del bien embargado.
- Si el respectivo certificado de la oficina donde se encuentran registrados los bienes, resulta que los bienes están gravados con prenda o hipoteca, el funcionario ejecutor hará saber al acreedor la existencia del cobro coactivo, mediante la notificación personal o por correo para que pueda hacer valer su crédito ante juez competente.

- El embargo de saldos bancarios, depósitos de ahorro, títulos de contenido crediticio y los demás valores que sea titular o beneficiario el contribuyente, depositados en establecimientos bancarios, crediticios, financieros o similares, en cualquiera de sus oficinas o agencias de todo el país se comunicara a la entidad y quedara consumado con la recepción del oficio.
- Al recibirse la comunicación, la suma retenida deberá ser consignada al día hábil siguiente en la cuenta de depósitos judiciales que se señale, o deberá informarse de la no existencia de dinero depositado en dicha cuenta.
- Las entidades bancarias, crediticias, financieras y demás personas y entidades que no cumplan con lo dispuesto a este respecto, responderán solidariamente con el deudor en el pago de la obligación.

5.3.9 Límite de las medidas

El valor de los bienes embargados no podrá exceder el doble de la deuda más sus intereses; si efectuado el avalúo de los bienes (al cual se hace referencia mas adelante), estos excedieran la suma indicada, debe reducirse

el embargo de ser posible hasta dicho valor, oficiosamente o a solicitud del interesado.

5.3.10 Secuestro

Consiste en depositar el bien objeto de embargo dentro de un proceso, en manos de un tercero denominado secuestre, quien debe restituirlo a quien obtenga a su favor la propiedad final del mismo.

5.3.11 Trámite del secuestro

Al no existir norma expresa dentro de un estatuto tributario que regule el trámite del secuestro dentro de un procedimiento de cobro coactivo, el art.939-2 Estatuto Tributario remite al contenido del artículo 682 del Código de Procedimiento Civil en este aspecto.

El funcionario ejecutor debe decretar conjuntamente con el embargo la providencia que ordena el secuestro de los bienes del deudor y allí mismo señalará lugar y hora de la diligencia.

En el caso de los bienes sometidos a registro, tanto el previo como el decretado en el proceso, sólo se practicará una vez se haya inscrito el

embargo y siempre que en la certificación del registrador aparezca el deudor como su propietario y siempre debe perfeccionarse antes de realizarse el remate.

Cuando no sea posible que el funcionario ejecutor practique directamente la diligencia de secuestro, podrá comunicar a los jueces civiles municipales, lo anterior de conformidad con el art. 568 C.P.C.

5.3.12. Designación del secuestre

El secuestre es un auxiliar de la justicia y desarrolla un oficio público que debe ser desempeñado por personas idóneas.

Su designación debe comunicarse personalmente, al siguiente día hábil de la providencia que lo designó y se hace mediante comunicación enviada por correo, donde debe indicarse lugar, fecha y hora de la diligencia a la que debe concurrir.

El secuestre debe prestar caución que será fijada por el funcionario ejecutor en la diligencia de secuestro y deberá señalar su naturaleza, cuantía y término (art.683 C.P.C.)

5.3.14 Oposición al secuestro

El Artículo 839-9 del Estatuto Tributario, establece que si existe oposición al secuestro dentro de la misma diligencia se practicarán las pruebas conducentes y se decidirá la oposición. Si las pruebas no se pueden practicar allí mismo, la oposición se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la diligencia.

5.3.15 Levantamiento del embargo y secuestro

- Si el deudor presta caución o constituye garantía bancaria o de compañía de seguros por monto que el funcionario ejecutor señale para garantizar el pago del crédito y de las costas (art. 519 C.P.C.)

- Si se ordena la terminación del proceso administrativo de cobro coactivo, por revocatoria del mandamiento de pago o porque prosperen las excepciones o por cualquier causal de terminación que de fin al proceso.

- Si se trata de embargo sujeto a registro, cuando en el certificado del registrador aparezca que la parte contra la que se profirió la medida no es la titular del respectivo bien.

5.3.16 Avalúo de los bienes

El artículo 838 del Estatuto Tributario, establece que el avalúo de los bienes lo realizará la administración a través de sus propios funcionarios, teniendo en cuenta el valor comercial de los mismos y lo notifica personalmente o por correo. Para la práctica del avalúo se puede solicitar directamente al área de bienes y servicios que efectuó el avalúo respectivo. En los eventos en que esta área no puede prestar el apoyo operativo requerido, se puede acudir a un auxiliar de la justicia.

5.3.17 Remate

Una vez en firme la liquidación del crédito y de las costas con base en el avalúo, el funcionario ejecutor del instituto ejecuta el remate de los bienes y los entrega para tal efecto a una entidad autorizada por el gobierno nacional.

El remanente se anuncia al público mediante un aviso que debe contener:

- La fecha en que se inicia la licitación
- Los bienes materia del remate y la clase de los mismos
- Ubicación o dirección de los bienes.
- Avalúo de los bienes.

- Porcentaje que deberá consignarse para hacer la postura.

Acorde con el art. 526 C.P.C. el valor a consignar por la postura debe ser el 20% del avalúo del bien; en la cuenta que disponga el instituto para tal efecto.

La diligencia de remate se debe realizar acorde con lo dispuesto en el art. 527 C.P.C. Una vez terminada esta diligencia se debe realizar un acta en la que se cuentan todos los pormenores de tal diligencia; en caso de presentarse un remate desierto el funcionario ejecutor señala fecha y hora para la segunda licitación cuya base es el 50% del avalúo del bien y en caso de no presentarse postulaciones se realiza una tercera licitación cuya base es el 40% del avalúo del bien a rematar

El pago del precio se realiza de conformidad a lo dispuesto en el art. 529 C.P.C y la entrega del bien rematado es dentro de los tres (3) días siguientes a que reciba la orden de entrega.

5.3.19 Mandamiento de pago

Es la providencia expedida por el funcionario ejecutor que ordena la cancelación de las obligaciones pendientes, más el interés moratorio correspondiente.

Lo importante en los procesos administrativos de cobro coactivo es el título ejecutivo, es decir, se debe tratar de un acto o documento que contenga una obligación clara, expresa y actualmente exigible, que tenga atribuida dicha calidad de prestar mérito ejecutivo, según lo dispuesto en el artículo 828 del Estatuto Tributario y normas concordantes.

Esta providencia es de excepcional importancia, pues en el proceso administrativo de cobro coactivo equivale al auto admisorio de la demanda. En la parte motiva se deben citar las disposiciones legales que le confieren las facultades coactivas al funcionario ejecutor y al mismo tiempo la calidad de mérito ejecutivo (Art. 828 Estatuto Tributario) que presta el documento soporte del proceso. Además se debe ordenar el pago de la providencia, el mandamiento de pago, se debe incluir lo dispuesto en el artículo 830 del Estatuto Tributario según el cual:

“Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, el deudor, deberá cancelar el monto de la deuda con sus respectivos intereses. Dentro del mismo término, podrá proponer mediante escrito las excepciones contempladas en el artículo 831”.

5.3.20 Mandamiento de pago

De conformidad con el artículo 826 del Estatuto Tributario, para la notificación personal del mandamiento de pago al deudor, se cita al mismo mediante

comunicación enviada a la última dirección registrada, para que comparezca con el objeto de recibir la notificación del mandamiento de pago librado en su contra y en la misma comunicación se menciona el hecho que si no comparece en el término de diez (10) días, la providencia de mandamiento de pago se notifica por correo.

Dicha citación debe contener: por lo menos: El nombre, la dirección del deudor, la dirección a la que el deudor debe acudir, el objeto de la notificación.

Tal como se mencionó anteriormente, el Instituto de Seguros Sociales, debe tener la dirección del deudor actualizada y en caso negativo, debe obtenerla por el medio a que su parecer sea el más eficaz.

En la misma forma se notifica el mandamiento a los herederos del deudor, a los deudores solidarios y a los garantes, si los hay. Todo lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el artículo 516 del Estatuto Tributario.

5.3.21 Notificación personal del mandamiento de pago

Cuando el deudor atiende a la citación mencionada anteriormente y comparece a notificarse personalmente de la providencia de mandamiento de pago librado en su contra, y en consideración a que el artículo 826 del

Estatuto Tributario no consagra expresamente cómo se hace la mencionada notificación, se debe hacer remisión al artículo 44 del C.C.A. y a los artículos 315 a 320 y 330 del C.P.C., se debe proceder de acuerdo con lo allí dispuesto y se extiende un acta, que contiene todos los sucesos que ocurren durante la diligencia de notificación, de la cual se entrega al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita, advirtiéndole que no caben recursos sobre la misma.

Entre otros el notificado podrá manifestar lo siguiente:

- Que pagó dentro del término señalado en la providencia de mandamiento de pago.
- Denunciar los bienes muebles o inmuebles para responder por la obligación adeudada (Artículo 514 C.p.C:)
- Que presentará excepciones (artículo 831 del Estatuto Tributario).

5.3.23 Vinculación de deudores solidarios

En materia de obligaciones, la general es la responsabilidad directa, la excepción es la responsabilidad indirecta, por solidaridad. Cuando las

obligaciones nacen indirectamente en razón de la solidaridad prevista en la ley, las liquidaciones a cargo del contribuyente o deudor principal, no cobijan en forma automática a los deudores solidarios. Respecto a estos, la administración debe producir un acto que examine las circunstancias de hecho y de derecho, constante los presupuestos previstos en la ley y determine individualmente lo que corresponda a cada deudor solidario (por ejemplo: la época y proporción en que una persona fue socia y la cuantía que le corresponde),

5.3.24 Excepciones

El deudor puede proponer contra la providencia de mandamiento de pago, las excepciones consagradas en el artículo 831 del Estatuto Tributario-

- Pago efectivo
- La existencia de acuerdo de pago
- La falta de ejecutoria del título
- La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente.
- La interposición de demandas de reestablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- La prescripción de la acción de cobro.

- Falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió.

Y de conformidad con lo adicionado por el artículo 8º de la Ley 6 de 1992, contra el mandamiento de pago que vincule deudores solidarios, procederán además las siguientes excepciones.

- La calidad de deudor solidario
- La indebida tasación del monto de la deuda.

5.3.25 Término para presentar excepciones

El término para presentar las excepciones mencionadas en el anterior punto es de quince (15) días siguientes a la notificación de la mencionada providencia. (Artículo 831 E.T.).

5.3.26 Trámite de las excepciones

Dentro del mes siguiente a la presentación del escrito mediante el cual se proponen las excepciones, el funcionario ejecutor decide sobre ellas, ordenando previamente la práctica de pruebas cuando del caso (Artículo 832 del E.T.).

5.3.27 Excepciones probadas

Si se encuentran probadas las excepciones, el funcionario competente, así lo declara y ordena la terminación del procedimiento cuando fuere del caso y el levantamiento de las medidas preventivas cuando se hubieren decretado. En igual forma, procede si en cualquier etapa del procedimiento el deudor cancela la totalidad de las obligaciones.

Cuando la excepción probada lo sea respecto de uno o varios de los títulos comprendidos en el mandamiento de pago, el procedimiento continúa en relación con los demás sin perjuicios de los ajustes correspondientes.

5.3.28 Recursos en contra de la providencia que decide sobre las excepciones

En la resolución que rechace las excepciones propuestas, se ordena adelantar la ejecución y remate de los bienes embargados y secuestrados. Contra dicha resolución procede únicamente el recurso de reposición ante el jefe de la división de cobranzas, dentro del mes siguiente a su notificación, quien tiene para resolver un mes, contado a partir de su interposición en debida forma.

5.3.29 Orden de ejecución

Si vencido el término para excepcionar no se hubieren propuesto excepciones, o el deudor no hubiere pagado, el funcionario competente proferirá resolución ordenando la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados. Contra esta resolución no procede recurso alguno.

5.3.30 Terminación del proceso por pago

Una vez en firme la liquidación del crédito y de las costas con base en el avalúo, el funcionario ejecutor del instituto ejecuta el remate de los bienes y los entrega para tal efecto a una entidad autorizada por el gobierno nacional.

El remanente se anuncia al público mediante un aviso que debe contener:

- La fecha en que se inicia la licitación
- Los bienes materia del remate y la clase de los mismos
- Ubicación o dirección de los bienes.
- Avalúo de los bienes.

- Porcentaje que deberá consignarse para hacer la postura.

Acorde con el art. 526 C.P.C. el valor a consignar por la postura debe ser el 20% del avalúo del bien; en la cuenta que disponga el instituto para tal efecto.

La diligencia de remate se deberá realizar acorde con lo dispuesto en el art. 527 C.P.C. Una vez terminada esta diligencia se deberá realizar un acta en la que se cuentan todos los pormenores de tal diligencia; en caso de presentarse un Remate Desierto el funcionario ejecutor señalará fecha y hora para la segunda licitación cuya base será el 50% del avalúo del bien y en caso de no presentarse postulaciones se realizará una tercera licitación cuya base será el 40% del avalúo del bien a rematar

El pago del precio se realizará de conformidad a lo dispuesto en el art. 529 C.P.C y la entrega del bien rematado será dentro de los tres (3) días siguientes a que reciba la orden de entrega.

5.3.31 Interrupción del proceso

El proceso administrativo de cobro coactivo podrá interrumpirse en los siguientes casos:

- Por muerte o enfermedad grave de la parte que no haya estado actuando por conducto de apoderado judicial.

- Por muerte o enfermedad grave del apoderado judicial ó por exclusión del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión de él.

- Por muerte del deudor, en el caso contemplado en el art. 1434 del C.C.

- Por muerte o enfermedad grave del representante que este actuando en el proceso y que carezca de apoderado judicial.

5.3.32 Archivo del proceso

El proceso administrativo de cobro coactivo se podrá archivar conforme a lo dispuesto en el art. 126 C.P.C. una vez concluido el proceso, devolviéndose el expediente al departamento financiero Seccional.

Para tal efecto se dictara providencia que ordene la terminación del proceso expresando el motivo que lo generó, se ordena el levantamiento de las medidas cautelares y se ordena desanotar del libro radicador y archivar.

5.4. VERIFICACION DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO – JUEZ NATURAL Y DE IGUALDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO POR COBRO COACTIVO IMPULSADO POR EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PARA EL COBRO DE APORTES EN MORA.

5.4.1 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

La Carta Fundamental colombiana en su artículo 13 recoge las dos dimensiones de la igualdad, pues no sólo establece un principio general, según el cual, "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley" y, reciben "la misma protección y trato de las autoridades", sino que también señala que "gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". El conjunto de motivos discriminatorios que la Constitución enuncia, se refiere a algunas cualidades *inmutables* -sexo o raza- y a otras *variables* -religión, opinión política o filosófica-, que han estado en el origen de la posición desventajosa en la que se ha puesto a personas y a grupos minoritarios, y no constituye un catálogo rígido o cerrado que excluya otros supuestos generadores de tratos discriminatorios; de este modo, la garantía general del derecho a la igualdad se complementa con el principio de no discriminación -perfil negativo del derecho a la igualdad-.

Las normas contempladas en el Estatuto Tributario y ya citadas en la presente monografía no se ajustan a lo preceptuado en el artículo 13 del texto político, por cuanto establece unas prerrogativas al Instituto de Seguros Sociales que hacen que se tenga un trato desigual así:

- Con el ejecutado
- Con las otras Entidades Prestadoras de Salud y Administradoras de Fondos de pensiones.

Con ejecutado se da un trato desigual, por cuanto se le coloca en una posición de absoluta inequidad, cuando el mismo ejecutor es el Instituto de Seguros Sociales y tiene todas las prerrogativas tales como imponer medidas cautelares, hacer registros en entidades de riesgo, registrar al ejecutado como deudor moroso del Estado y hasta someterlo a un proceso penal, por el punible de peculado. Es más, existen casos en que el instituto de Seguros Sociales para dar paz y salvos de traslados exige el pago aún de deudos prescritas.^(*) Así las cosas, se observa un claro desequilibrio en torno a las cargas procesales de las partes en el proceso.

En torno a las otras entidades promotoras de salud y Administradoras de Fondos de Pensiones, existe vulneración al principio Constitucional de la igualdad, porque mientras que el Instituto de Seguros Sociales, por si mismo puede ser ejecutor, estos otros deben acudir al juez ordinario para ver cancelados los pagos en mora, sin que exista razón de ser de este trato desigual dado que la Ley 100 de 1993, estableció estos regímenes en absolutas condiciones de igualdad y por tanto así se deben tratar.

^(*) Lo anterior, les ocurrió a los señores **JORGE VARGAS BELTRAN Y JOAQUIN CATAÑO OSORIO**, quienes para obtener paz y salvo para las Entidades Promotoras de Salud, Colmedicas y Coomeva EPS, debieron cancelar aportes dejados de pagar por su empleador desde hacía más de diez años, deuda que a la luz del derecho se encuentra plenamente prescrita.

5.4.2 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO – JUEZ NATURAL

Dispone el artículo 29 del Texto Constitucional hace referencia a la necesidad de un juez natural que decida sobre las controversias que se presenten, y según la separación de los poderes, el impulso procesal de una controversia de intereses le corresponde a la rama jurisdiccional o sea, a un juez de la república y no al ejecutivo, como ocurre en el caso del proceso administrativo de cobro coactivo, donde es un funcionario del ejecutivo el que hace las veces de juez.

En el Instituto de Seguros Sociales, se tiene la categoría de servidor público, perteneciente a una entidad de seguridad social, ese servidor público se convierte en **juez con funciones limitadas, pero de una u otra forma por competencia natural asignadas a un juez de la república.**

En el Estatuto de la Administración de Justicia se prevé esa competencia excepcional, cuando el artículo 13 establece quienes pueden ejercer la función jurisdiccional:

“Ejercen función jurisdiccional ... las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimientos previstos en las leyes”.¹

¹ A pesar que esta expresión fuera declarada exequible por la Corte Constitucional Colombiana, mediante control previo realizado a través de Sentencia C.037 de 1996, se discrepa con el concepto del alto Tribunal, por las razones de juez natural que se esbozan en la presente monografía.

En este caso, el “juez administrativo – coactivo “ – basado en la providencia administrativa contentiva de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, profiere el mandamiento de pago, ordena los embargos y secuestros y puede adelantar el proceso llegando a dictar sentencia, que ordena seguir adelante con la ejecución y, si es el caso, determinando el remate de los bienes del deudor. El juez contencioso está dotado de los mismos poderes y facultades de que goza un juez en el proceso ejecutivo común: los poderes de decisión, de ejecución, de coerción y de documentación.

Lo expuesto significa entonces, que el Instituto de Seguros Sociales, contraviene claramente el orden constitucional vigente de los colombianos.

5.5. FACULTADES EXORBITANTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PARA EL COBRO POR JURISDICCION COACTIVA.

5.5.1 SER JUEZ Y PARTE

Para el proceso administrativo de cobro coactivo, el Instituto de Seguros Sociales, no tiene que acudir a un tercero imparcial para impulsar el proceso, el mismo lo hace, o sea, el mismo tiene la calidad de ejecutor y de juez, por

lo cual se dice que es juez y parte y por ello, no puede decirse que sea imparcial en el proceso.

5.5.2 PROCEDENCIA DEL TITULO EJECUTIVO

Normalmente el título ejecutivo debe provenir del deudor, pero en el caso del proceso administrativo de cobro coactivo el título ejecutivo proviene del ejecutor, en este caso del Instituto de Seguros Sociales, que elabora por si mismo un documento denominado “deuda certificada”, que no tiene control alguno, ni controversia antes de que se impulsen las acciones ejecutivas.

5.5.3 MEDIDAS CAUTELARES Y CONSTITUCION DE POLIZAS

El Instituto de Seguros Sociales, no tiene la obligación que constituir pólizas para imponer medidas cautelares, por el contrario, sin prestar caución alguna, puede obtener información rápida y oportuna sobre el deudor, la cual obtiene por mandato del Estatuto Tributario y es obligación rendirla por parte de las oficinas de Instrumentos Públicos, oficinas de tránsito, etc. Quienes tienen el deber de suministrar la información y hacer los registros en forma gratuita, cosa que no ocurre en el proceso ejecutivo ordinario, donde esta carga se encuentra en cabeza del ejecutor.

5.5.4 ADMISION DE LA DEMANDA

El ejecutor no tiene inconveniente alguno en cuanto a los presupuestos de la demanda, puesto que el mismo quien la presenta e impulsa, sin que tenga control alguno por parte de un tercero imparcial, por lo menos en la etapa de cobro ejecutivo.

5.5.5 COLABORACION DE LAS ENTIDADES DEL ESTADO

Como si no fueran pocas las prerrogativas enunciadas, el Instituto de Seguros Sociales, para el proceso administrativo de cobro coactivo, goza de otras atribuciones tales como:

- Inscripción del ejecutado en el registro de deudores morosos del Estado.
- Ejecución de terceros solidarias.
- Posibilidad de acudir a la vía penal como *ultima ratio* para obtener el cobro efectivo de los saldos en mora.

6. METODOLOGÍA

Ya esbozado el referente conceptual, se hace necesario indicar diseño metodológico a través del cual se desarrolla la presente monografía, el cual es indicación, del cómo se realizará la misma, esto es, cuáles son las fuentes, los pasos, el cronograma y el presupuesto que sirven de guía práctica a su realización.

6.1. CLASE DE INVESTIGACIÓN

Se trata en su primera fase de una investigación documental, porque parte de esta fuente secundaria de la investigación.

Una vez superada la fase documental se pasa a la fase descriptiva, en la medida en que se describen los componentes normativos del proceso de jurisdicción coactiva.

Por último se llega hasta la fase analítica, cuando cuestionan las normas que dan competencia para ejecución coactiva con los preceptos constitucionales vigentes en el ordenamiento colombiano.

6.2. FUENTES DE LA INVESTIGACION

6.3 METODO

Se utilizará el método deductivo y éste se combinará con las técnicas de la hermenéutica jurídica.

6.5 INSTRUMENTOS PARA RECOLECCION DE LA INFORMACION

Fichas bibliográficas

Correlaciones

6.6. FASES DE LA INVESTIGACION

Ubicación de la información.

Lectura de sentencias

Síntesis de Sentencias

Elaboración de informes

Presentación de resultados

7. DISEÑO ADMINISTRATIVO

7.1. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

ITEM	MES 1	MES 2
Recolección de Información	X	
Análisis y Selección de la Información	X	
Diseño del Anteproyecto	X	
Elaboración de borradores, documentos y revisión del asesor	X	
Presentación de documentos a Jurados		X
Elaboración de documento final y presentación en biblioteca		X

7.2. RECURSOS

7.2.1 HUMANOS

Investigadores

Asesor temático

Asesora metodológica

7.2.2 INSTITUCIONALES

Instituto de Seguros Sociales

Centro de Investigaciones Facultad de Derecho Universidad de Medellín.

Biblioteca Universidad de Medellín

Biblioteca Universidad de Antioquia y otros centros académicos

Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

Congreso de la República

7.2.3 FÍSICOS

Materiales y equipos: Computador, disquetes, papel, lápices, fichas, etc.

Textos: Constitución Política, leyes, documentos sobre el tema abordado

CONCLUSION

De la monografía realizada fácil es llegar a concluir que las facultades de jurisdicción coactiva asignadas al Instituto de Seguros Sociales EPS, desbordan el ordenamiento Constitucional colombiano, porque rompen con los principios de igualdad de las cargas procesales y de juez natural como constitutivo del debido proceso, por tanto la hipótesis planteada es cierta.

La igualdad es un derecho que involucra usualmente cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, la identificación de las cargas o beneficios que se reparten a través de las medidas que generan un trato diferenciado, pero en el proceso administrativo de cobro coactivo seguido a cabo por parte del Instituto de Seguros Sociales, las cargas son equitativas, entre el ejecutante y el ejecutado, pues prácticamente todo el peso del proceso es para el segundo.

Es relevante para definir el grado de intensidad con el cual habrá de realizarse el juicio de igualdad, pero de ninguna manera puede ser utilizada para desvirtuarla.

Para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente, "sospecho" supere el juicio de igualdad y la presunción de

inconstitucionalidad que la cobija se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos:

- (1) Que se persiga un objetivo constitucionalmente imperioso;
- (2) Que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida;
- (3) Que es indispensable para alcanzar tal propósito;
- (4) Que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y
- (5) Que el trato diferenciado se ajuste al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad.²

Si se aborda el proceso administrativo para cobro coactivo y se le hace el tamiz de la igualdad con base en los requisitos establecidos, es palpable su falta de coherencia, pues no se persigue ningún objetivo constitucionalmente imperioso al tratar de forma diferente a las entidades de régimen particular que prestan los servicios de seguridad social y al igual que Instituto de Seguros Sociales tienen pagos morosos, a quienes se les obliga a acudir a la vía ordinaria, tampoco se justifica la situación de inequidad frente al ejecutado quien tiene la fuerza dominante de que el Instituto de Seguros Sociales, al mismo tiempo es juez y parte, encontrando así que se desborda, el principio constitucional de igualdad, creando más fuentes de insatisfacción social, de conflictos sociales y en general creando una fuente más de violencia ante la insatisfacción por el abuso a sus circunstancias de inferioridad y las “cargas” arbitrariamente impuestas.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Nro. Radicado. T-352 de 1997.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expedida en 1991, prevee dentro de los componentes del debido proceso, la figura de **JUEZ NATURAL**, figura, que como se pasa a exponer es quebrantada en el proceso administrativo de cobro coactivo impulsado por el Instituto de los Seguros Sociales, veáse:

En el Instituto de Seguros Sociales, se tiene la categoría de servidor público, perteneciente a una entidad de seguridad social, ese servidor público se convierte en **juez con funciones limitadas, pero de una u otra forma por competencia natural asignadas a un juez de la república.**

BIBLIOGRAFIA

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil: Procesos ejecutivos. Bogotá: Segunda Edición. Tomo IV. Temis. 1994. 245p.

BETANCURT JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Señal Editora. 1992. p. 487.

CARDONA PALACIO, DIANA Maria, Jurisdicción coactiva. Medellín, 1987 T

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 9 ed. Bogotá: Leyer, 1997.

CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. En: Rama Judicial, gov. Co.

CORTE CONSTITUCIONAL. En rama Judicial gov. Co.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Medellín. Editorial Diké. 1994.

ESCOBAR VELEZ, EDGAR GUILLERMO. El proceso de jurisdicción coactiva: modelos prácticos. Medellín: señal editora 2003. T

GONZALEZ TOBON, Dario. Administración Coactiva. Medellín: Librería Señal Editora. 1994.

IDEA. Manual de proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva para municipios
Medellín: Idea, 1991

HERNANDEZ ARCILA, ORLANDO. Jurisdicción coactiva. Medellín. 1987 T

VELASQUEZ L., MERCEDES HELENA. Esquema del proceso ejecutivo por
jurisdicción coactiva como herramienta de control. Medellín. 1988 T

DECRETOS

DECRETO 1693 de junio 27 de 1997

DECRETO 1725 de 4 de julio de 1997

DECRETO 1517 de marzo 27 de 2001.

DECRETO 1265 de 13 de julio de 1999.

LINEA JURISPRUDENCIAL

DERECHO A LA IGUALDAD

Históricamente, el derecho a la igualdad, es decir, el derecho a la no discriminación, encuentra en el cristianismo temprano uno de sus más importantes antecedentes. La afirmación del cristianismo de que: “Todos somos iguales ante los ojos de Dios” se refleja la búsqueda de una solución a la injusta desigualdad social de aquella época. Entre todas las desigualdades, la discriminación por motivos raciales o de origen étnico llevaron a la humanidad a sangrientas persecuciones y al crecimiento de las sociedades esclavistas. Bajo el prejuicio racial numerosos grupos étnicos fueron esclavizados, eliminados o perseguidos. Grandes Imperios como el Egipcio, el Romano y más contemporáneamente los Imperios Occidentales han crecido amparados en la teoría de la superioridad racial.

CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CARTA POLITICA DE COLOMBIA DE 1991 – LA DOGMATICA CONSTITUCIONAL -

Se considera el principio general de igualdad como una norma vinculante que protege un derecho subjetivo. Esto también se aplica a la igualdad en la aplicación del derecho, que resulta vinculante para la administración y para la jurisprudencia, así como la igualdad en la creación del derecho que se dirige al legislador. La doctrina no

discute esos aspectos de este principio. Lo mismo ocurre en cuanto concierne a los derechos especiales de igualdad.³

La Carta Fundamental colombiana en su artículo 13 recoge las dos dimensiones de la igualdad, pues no sólo establece un principio general, según el cual, "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley" y, reciben "la misma protección y trato de las autoridades", sino que también señala que "gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". El conjunto de motivos discriminatorios que la Constitución enuncia, se refiere a algunas cualidades *inmutables* -sexo o raza- y a otras *variables* -religión, opinión política o filosófica-, que han estado en el origen de la posición desventajosa en la que se ha puesto a personas y a grupos minoritarios, y no constituye un catálogo rígido o cerrado que excluya otros supuestos generadores de tratos discriminatorios; de este modo, la garantía general del derecho a la igualdad se complementa con el principio de no discriminación -perfil negativo del derecho a la igualdad-.

*Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional - que se desarrolla en distintos niveles de análisis- que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto.*⁴

La dogmática constitucional parte de las orientaciones normativas de nuestra carta política relacional con el trámite procesal, que supone su

³ BOROWSKI, M. Grundrechte als Prinzipien, Baden- Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 356.

⁴ GAVIRIA DIAZ, Carlos. Bogotá: Corte Constitucional: Sentencia C-952 de 2000.

complementación, viene presentando una expectativa poco trabajada, pero si cada día desarrollada por la Corte Constitucional, a nivel de ejemplo la sentencia C-058/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual se eximen del servicio militar a los indígenas, porque vulneraba el derecho a la igualdad y los derechos de las minorías, implícitos en los principios del pluralismo y de diversidad étnica y cultural de la Nación. Otro Ejemplo es la Ley 581 del 31 de mayo de 2000 en la cual se reglamentó la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público.

Ahora bien, la Dogmática Constitucional es el camino de llegar al análisis normativo de preceptos a los fines de operar con el sistema; pues, retomando la Codificación, pensamos que es un punto de partida para cualquier examen de un caso, cualquiera sea este, y que necesariamente tenemos que someter a un análisis teórico-práctico.

Ciertamente, en virtud al contenido del artículo 13, los operadores jurídicos, a saber: legislador, jueces, tribunales y la Corte Constitucional, así como la administración pública quedan vinculados a los derechos y libertades reconocidos en el capítulo primero, título primero, de la propia carta fundamental Colombiana; derechos y libertades entre los cuales se encuentra el artículo 13 que consagra el principio de igualdad formal.

No olvidemos que: La concepción formal de igualdad ante la ley vincula en primer lugar a la administración y a los tribunales y también al legislador, mediante el requisito de generalidad la tutela de determinados derechos

fundamentales y la obligación de facilitar la imparcialidad y la isonomía en el acceso a la justicia.

Pero en cuanto a la temática particular que nos interesa, a saber la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley ¿que sucede?

Se ha aludido a que los poderes públicos y en el caso concreto jueces y tribunales habrán de aplicar la ley conforme a la ley. Esto es, habrán de ceñirse a una aplicación de las normas legales de manera regular y concreta, sin otras distinciones de supuesto o casos que los determinados por la norma legal; así, jueces y tribunales habrán de apegarse a estas normas al momento de emitir sus fallos.

Se ha señalado, el principio de igualdad no excluye al tratamiento desigual, ahora bien, en la cuestión que planteamos, las situaciones o supuestos de hecho son iguales y es él o el Tribunal quien realiza la diferenciación o trato diferenciado.

Como ya sabemos, la justificación -fundamentación- que el juez o Tribunal debe proveer requiere de ser suficiente y razonable, para no ser arbitraria

ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD.

El principio de Igualdad impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos correlativos, que tienen una dimensión objetiva:

1) Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;

El principio general de igualdad se entiende en el sentido de la igualdad jurídica, cuando la igualdad de trato ordenada constitucionalmente se comprende como relativa al acto. Esto significa que la igualdad ordena un tratamiento similar en la ejecución de un mismo acto. Un ejemplo concerniente a las clases de educación física en la escuela puede aclarar este aspecto. Si se divide a los niños en la misma clase de educación física en dos grupos: aquéllos que tienen más aptitud para el deporte y aquellos que no la tienen, los niños alcanzarían un diferente desarrollo de las capacidades deportivas. Si la igualdad se aplica en relación con el acto de impartir las clases, esta repartición en dos grupos, tiene prioritariamente el carácter de conforme con la igualdad jurídica, pero si se aplica con respecto al resultado, es decir, el desarrollo de las capacidades deportivas, en este caso no existiría igualdad⁵

2) Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común,

La aplicación efectiva de la igualdad corresponde, entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las exigencias propias de las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción, o que, aún en casos en los que hay individuos enfrentados en una misma situación, existan motivos que justifican un trato particularizado

⁵ BOROWSKI, Grundrecht als Prinzipien, O.P. Cit. p.351 y s.s.

Siempre será necesario que la referencia a la igualdad, como derecho y valor fundante de una sociedad política, no se agote en la mera consideración formal de los problemas jurídicos, sino que se sustente en la posibilidad de establecer diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual. Este es, sin duda, un cambio cualitativo fundamental en el concepto del derecho a la igualdad que es consecuencia del desarrollo histórico operado al interior del Estado de derecho en el que, inicialmente, la igualdad -exclusivamente formal- se cifraba tan sólo en los efectos de la ley, con absoluta prescindencia de los contenidos normativos; dicha tendencia fue dando paso a una interpretación que, conforme a los postulados del Estado social de derecho, prohija la igualdad en el contenido de la ley, haciendo posible, de esta forma, el surgimiento de un control de constitucionalidad orientado a examinar la correspondencia de la actividad legislativa o administrativa con la Constitución.⁶

3) Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia),

4) Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similares (trato diferente a pesa de la similitud). Observándolos con mayor capacidad analítica y explicativa, debido a lo acogido por la Corte Constitucional para definir este principio: Hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual”

Aceptado que la Constitución autoriza las medidas de discriminación inversa, se debe dejar en claro que: 1) "la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional. En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las

⁶ O.P. Cit. GAVIRIA DIAZ. Setencia C.952 de 2000

acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la "igualdad real y efectiva" pierden su razón de ser"⁷.

Si existen diferencias naturales o sociales entre las personas cuyas situaciones deben ser reguladas, para producir una igualdad fáctica es necesario que exista un trato jurídico desigual.

El principio constitucional de igualdad, y el derecho subjetivo que de él se deriva, imponen al legislador dar un trato igual a las situaciones iguales y desigual a las diferentes..... Para determinar si dos sujetos están en la misma situación, de manera que deban recibir un mismo trato jurídico, es necesario establecer un patrón de igualdad o criterio de comparación, es decir un referente valorativo en relación con el cual se lleva a cabo el juicio de igualdad.

Derechos de igualdad prima facie abstractos de los cuales al igual que en el caso de los principios definitivos abstractos, hay dos: Uno de ellos se refiere al principio de la igualdad de iure puede ser formulado como derecho prima facie a la omisión de tratamientos desiguales; en cambio, el derecho prima facie a la igualdad fáctica es un derecho Prima facie a acciones positivas del Estado.

Como derecho, la igualdad atribuye al individuo el deber de exigir del Estado el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio

⁷ BELTRAN SIERRA, Alfredo. Bogotá: Corte Constitucional. Sentencia C.371 de 2000.

de igualdad. En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos:

La igualdad ante la ley

Este nivel, se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares.

La igualdad en la Ley.

Este nivel, aludo al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador.

Siempre será necesario que la referencia a la igualdad, como derecho y valor fundante de una sociedad política, no se agote en la mera consideración formal de los problemas jurídicos, sino que se sustente en la posibilidad de establecer diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual. Este es, sin duda, un cambio cualitativo fundamental en el concepto del derecho a la igualdad que es consecuencia del desarrollo histórico operado al interior del Estado de derecho en el que, inicialmente, la igualdad -exclusivamente formal- se cifraba tan sólo en los efectos de la ley, con absoluta prescindencia de los contenidos normativos; dicha tendencia fue dando paso a una interpretación que, conforme a los postulados del Estado social de derecho, prohija la igualdad en el contenido de la ley, haciendo posible, de esta forma, el surgimiento de un control de constitucionalidad orientado a examinar la correspondencia de la actividad legislativa o administrativa con la Constitución.⁸

⁸ GAVIRIA DIAZ, Carlos. Bogotá: Corte Constitucional. Sentencia C.952 de 2000.

Ahora bien, de los cuatro mandatos del principio de igualdad, el primero y el segundo no suelen originar problemas interpretativos. Ellos se aplican en los casos fáciles. Por el contrario, el tercero y el cuarto conforman el espectro de los casos difíciles. Cuando se aplican, dichos mandatos exigen definir si las similitudes de las situaciones de los individuos afectados deben prevalecer frente a las diferencias, y justifican un trato paritario, o si debe ocurrir lo contrario.

Estos dos últimos mandatos conforman el eje de la definición del principio de igualdad en la constitución Colombiana. El artículo 13 establece el mandato de trato prioritario en *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”* y en sus incisos 2 y 3, el mandato de trato diferenciado. En el lenguaje de la Constitución, mientras el mandato de trato paritario equivale a la prohibición de discriminación – correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho, el mandato de trato diferenciado es sinónimo del deber de “promoción” y de “protección” de los desfavorecidos o débiles, que corre a cargo del Estado.

Se presenta la indeterminación del principio de igualdad, porque en la disposición constitucional, no aparece claro a priori cuándo un trato es discriminatorio, y vulnera por tanto el inciso 1 del art. 13, y cuándo una omisión o una acción del estado vulnera el deber de promoción y de

protección, tipificado por los incisos 2 y 3 del mismo artículo. En este sentido, debe reconocerse que las formulaciones presentan vaguedad porque no es claro cuándo un trato diferente de varios destinatarios está prohibido, es posible o es obligatorio, desde el punto de vista constitucional.

La norma cumple con varias funciones, bastante complicadas tanto por los problemas de forma para su aplicación, como del propio contenido que se nutre a la vez, de esa manera de realización que le da sentido sobre el campo fáctico; originándose el punto de vinculación coordinante, categorizado por la posibilidad de correspondencia entre lo normado y el cumplimiento del cometido solucionado.

De aquí se han desprendido algunas inquietudes, que encuentran una justificación, ya que su origen se encuentra en un enfoque filosófico que data del mismo surgimiento de las escuelas clásicas del Derecho, se trata de la "distancia" entre la teoría y la práctica, y si la dogmática es capaz de por lo menos hacer factible o disminuir la tensión de dicha relación de contingencia para el Derecho Constitucional en la solución de eventos del mundo fáctico.

3.6.. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

No puede perderse de vista que uno de los pilares sobre los que descansa la garantía constitucional del derecho a la igualdad está constituido precisamente

por el deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva, que se traduce en

a). la posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados y

b). una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Así lo señala con claridad el ya referido artículo 13 de la Carta Política:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan”.

El desarrollo histórico de las organizaciones sociales da buena cuenta de la manera como se han ido creando modelos ideales del individuo en los que se privilegian ciertos rasgos atinentes al sexo, la edad –incluso la salud-, la condición económica o familiar, o el tipo de convicciones y pensamientos que cada quién ha de profesar –por referir tan sólo ejemplos-. Estos ejercicios, admisibles desde una perspectiva filosófica que compromete exclusivamente la conciencia individual, no pueden tener cabida en el seno de una comunidad

regida por el derecho –sin duda, la forma más intensa de control de la conducta-, pues allí, el reconocimiento a la dignidad humana, y la aspiración a lograr *un orden político justo*, hacen indispensable la aceptación de la diversidad; en esa medida, se puede afirmar que tras la organización de un sistema jurídico, expresado positivamente en la articulación de una Carta Política que establece un repertorio de derechos fundamentales –entre ellos la igualdad y lógica contrapartida: la diferencia-, existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y *“a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables.* Se impone, entonces, la obligación de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan.

La adopción de medidas *“en favor de grupos discriminados y marginados”* permite la utilización de criterios sobre los que, en principio, no es posible establecer distinción alguna, *v.gr.*, la raza y el sexo, o las condiciones físicas o psicológicas de una persona, pues, como se dijo, justamente son esos factores los que muestran mayor propensión al mantenimiento de las situaciones que se busca eliminar.

Estos argumentos denotan la necesidad de que la aplicación del derecho a la igualdad tenga en cuenta las múltiples facetas en las que dicho principio se expresa, de tal forma que la aplicación del contenido de los preceptos contenidos en el artículo 13 de la Constitución colombiana se logre de manera armónica.

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

En este caso, el “juez administrativo – coactivo “ – basado en la providencia administrativa contentiva de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, profiere el mandamiento de pago, ordena los embargos y secuestros y puede adelantar el proceso llegando a dictar sentencia, que ordena seguir adelante con la ejecución y, si es el caso, determinando el remate de los bienes del deudor. El juez contencioso está dotado de los mismos poderes y facultades de que goza un juez en el proceso ejecutivo común: los poderes de decisión, de ejecución, de coerción y de documentación.

Estos funcionarios administrativos, como lo dice Devis Echandia, citado por Edgar Guillermo Escobar Vélez, “tienen carácter de jueces porque libran mandamiento de pago y adelantan las diligencias para el remate de bienes”.

Al ejercer jurisdicción estos funcionarios públicos por sus funciones, se consideran funcionarios judiciales, y, por ende, son regidos por el Código de procedimiento civil, en lo pertinente, y específicamente en lo relacionado con

el artículo 9; también se aplican las disposiciones del Decreto 2265 de 1969, para designar auxiliares de la justicia.

Así las cosas, los actos proferidos por los funcionarios de la jurisdicción coactiva, se pueden calificar de actos administrativos jurisdiccionales: Son administrativos, porque los expide la administración y son jurisdiccionales, pues son dictados en ejercicio de la función jurisdiccional y da como resultado una función jurisdiccional.

De tal modo, que se viola el principio de juez natural, de que trata el artículo 29 de la Constitución Política, en tanto una función correspondiente a la rama jurisdiccional, está siendo llevada a cabo, no de la mejor forma, por el ejecutivo, haciendo que este equivalente jurisdiccional, sea una verdadera afrenta al debido proceso constitucional.

La posibilidad de establecer procedimientos judiciales para resolver desde el ámbito administrativo un conflicto, se convierte en un equivalente jurisdiccional, que vulnera el principio de separación de poderes y de contera el derecho constitucional de la igualdad, al acceso a la justicia y al debido proceso y por ello, el demandado por el Instituto de Seguros Sociales, queda en una manifiesta circunstancia de debilidad, y contrario sensu a lo normal de

lo procesos, es a éste a quien corresponde la carga de la prueba para demostrar tal vulneración.

Se aprecia una falta grave de consistencia en el Proceso Administrativo de cobro coactivo por parte del instituto de Seguros Sociales, cuando se trata de obligaciones surgidas de la mora en el pago de aportes, lo cual vulnera ostensiblemente, tanto el debido proceso, en cuanto a su acceso a la justicia, el derecho al juez natural y la certeza sobre el procedimiento.

Muchas han sido las discusiones en torno si la acción de tutela procede o no contra actuaciones en firme, pues se tiene de un lado la seguridad jurídica y de otro lado la primacía del derecho fundamental al debido proceso, encontrando que cuando el segundo se vulnere es este el que debe primar por estarse ante una vía de hecho que debe ser debidamente enmendada y adecuar las actuaciones a lo previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, artículo 29.

Mediante sentencia C-543 de octubre 1º de 1992, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, normas que consagraban la posibilidad de presentar tutela contra providencias judiciales y fallos ejecutoriados. Sin embargo, esa misma sentencia puntualizó que excepcionalmente es posible instaurar la acción de tutela contra providencias judiciales cuando la decisión vulnere un derecho constitucional fundamental; eso ocurre en tres situaciones, que son:

1. El incumplimiento y falta de diligencia de los términos procesales que delimitan el curso de un proceso. En otras palabras, se considera que una actuación judicial es arbitraria cuando existe una dilación injustificada de términos judiciales, puesto que el incumplimiento de los términos es objeto de sanción.
2. Como la acción de tutela ha sido concebida para dar solución a situaciones de hecho que se crean por la acción u omisión de autoridades públicas o de ciertos particulares, es factible la utilización de esta vía para subsanar este tipo de circunstancias.
3. Cuando la providencia judicial pueda causar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional colombiana sobre este tópico ha unificado jurisprudencia mediante las siguientes providencias SU 201 y 202 de 1994; 477 y 478 de 1997; 195 y 429 de 1998; 087, 542, 563, 600, 786, 960, 962, de 1999, 014, 061, 062 y 913 de 2001.

Sentencia SU 429 de 1998. Formas propias de cada juicio

Ha unificado su criterio las Corte Constitucional colombiana, en el sentido que cuando se violan las formas propias de cada juicio, se está ante una vía de hecho por contradecir lo dispuesto por el artículo 29 Superior. accionado.

No obstante que en la presente unificación no se consideró que debía tutelarse de acuerdo a lo solicitado por el Sr. Miguel Angel Pérez Suárez, quien pide la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad jurídica, al debido proceso y al acceso real y efectivo a la Administración de justicia, vulnerados pro la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el proceso electoral como gobernador de Casanare del Sr. Emiro Sossa Pacheco, sin tener en cuenta las formas propias de tal proceso y decretando la nulidad parcial por el tiempo de elección; considerando la Corte que si bien en el tramite del proceso se presentaron algunas irregularidades éstas por si mismas no constituyen vía de hecho y era allí donde debieron subsanarse.

Para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como "formas propia de cada juicio", y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los

cauces de la legalidad. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica.

La Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando apareciera evidente el desconocimiento de los componentes del debido proceso; es decir, cuando detrás de una providencia aparentemente ajustada a la legalidad, se escondiera una arbitrariedad o un capricho del juzgador. La Corte se ha referido a ello como "vía de hecho". Las decisiones judiciales que se profieran por fuera del ordenamiento jurídico y en desconocimiento abierto y ostensible de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, no pueden ser consideradas como compatibles con el debido proceso y deben ser anuladas. La tutela es el mecanismo adecuado para enmendar el yerro del aparato judicial. No obstante, la Corte Constitucional ha sostenido que no toda irregularidad procesal ni toda imprecisión judicial, ni mucho menos cualquier discrepancia interpretativa conllevan, por sí mismas, el quebrantamiento del debido proceso. Dentro de los procesos judiciales hay mecanismos internos que permiten corregir las imprecisiones inevitables que suceden en el desarrollo de los mismos, por lo cual la alternativa de la tutela sólo resulta viable si ya no existen, y no se han dejado vencer por descuido, otros medios de defensa judicial para enmendarlos. El principio de autonomía judicial no admitiría que por vía de tutela se echaran abajo las decisiones judiciales con el pretexto de que el criterio escogido por el juez no coincide con el del fallador que lo revisa. Las discrepancias razonables de interpretación de las normas jurídicas han sido descartadas por la Corte Constitucional como constitutivas de vías de hecho. La Corte ha establecido que al juez de tutela no le corresponde decidir sobre el fondo del litigio que se le plantea en virtud de una supuesta vía de hecho en la resolución, a la manera de una jurisdicción paralela, sino que se debe limitar a establecer la posible vulneración del ordenamiento jurídico en que incurrió la providencia demandada.

Así las cosas, la Corporación, por encontrar que en la decisión acusada la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no incurrió en una vía de hecho.

Sentencia SU 201 de 1994- Acción de tutela contra acto definitivo

Aunque por regla general, no procede la acción de tutela contra actos definitivos, en esta oportunidad, se tutelan los derechos al debido proceso y al trabajo del Sr. Guillermo Micán Riveros, en contra de la Personería del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, representada en este caso por el comisionado-instructor de dicha entidad, señor José Rory Forero Salcedo, y por el titular de la Personería, doctor Antonio Bustos Esguerra, dado que se considera que debía evitarse un perjuicio irremediable.

Contra los actos administrativos definitivos de las autoridades, o sea, aquellos que expresan en concreto la voluntad de la administración y contienen lo que la doctrina administrativa denomina decisión ejecutoria, capaz de afectar la esfera jurídica de una persona determinada, en cuanto que tales actos conlleven la violación o amenaza de vulneración de un derecho constitucional fundamental, no procede la acción de tutela como mecanismo definitivo; pero sí puede utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sentencia SU 202 de 1994- Acción de tutela contra acto de trámite

En este caso no se concede la acción de tutela, por cuanto con el acto de trámite no se está causando un perjuicio irremediable o por lo menos no se está demostrando ese perjuicio irremediable, que el objeto de que se tutele una vía de hecho, por tanto no es procedente la acción de tutela en los casos en los cuales éste no se demuestre:

Aunque en principio no procede la tutela contra los actos de trámite o preparatorios, que simplemente se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal, excepcionalmente, algunos actos de trámite o preparatorios, pueden conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo. La tutela en este evento, además de lograr la protección de los derechos constitucionales conculcados o amenazados, tiene la misión de impedir que la administración concluya la actuación administrativa con desconocimiento de dichos derechos. Esta modalidad de protección de los

derechos fundamentales sólo puede ser utilizada antes de que se profiera el acto definitivo.

Sentencia SU 477 de 1997 Vía de hecho por falta de consideración de un medio probatorio

Ha considerado la Corte Constitucional que cuando la consideración de un medio probatorio es necesaria para el logro de los propósitos del actor y esto no se hace por parte de quien instruye el proceso, constituye una violación al debido proceso que deviene en una vía de hecho y por tanto contraviene lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política, debiendo tutelarse en todo momento, dado que se priva al titular de la falta de defensa a través de un medio judicial

Sentencia SU 786 de 1999. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La Corte Constitucional reitera la jurisprudencia de carácter excepcional de la vía de hecho:

Ha sostenido la Corte, a partir de la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, que la acción de tutela no cabe en principio contra las providencias judiciales, salvo que, no existiendo otro medio de defensa en procedimientos ordinarios y dándose la circunstancias de un perjuicio irremediable, pueda establecerse sin duda que se ha incurrido en una **vía de hecho**, esto es, en un comportamiento ostensiblemente arbitrario, opuesto al ordenamiento jurídico, que ha vulnerado, en la misma actuación judicial, los derechos fundamentales de una o varias personas.

Naturalmente, ese carácter excepcional de la vía de hecho implica el reconocimiento de que, para llegar a ella, es indispensable la configuración de una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso concreto".(Subrayado fuera de texto. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-492 del 7 de noviembre de 1995).

En el presente caso, el peticionario aduce la configuración de una **vía de hecho** por parte de la Corte Suprema de Justicia al investigarlo y juzgarlo por el delito de prevaricato, desconociendo la inviolabilidad que como Congresista le protegía en sus votos y opiniones, a la luz del artículo 185 de la Constitución Política.

La Corte debe analizar, por tanto, si tal inviolabilidad existía respecto de la actuación de la que se trata y establecer, en relación con ello, si la Corte Suprema pudo, en efecto, a partir de una falta de competencia suya, vulnerar el derecho del actor al debido proceso.

Se presenta la acción por considerar que ha vulnerado la garantía de inviolabilidad consagrada en favor de los miembros del Congreso, para lo cual la Corte Consituticional hace indispensable subrayar, entonces, que el campo objeto de la inviolabilidad está nítidamente definido en la propia Constitución, de modo que no comprende las actuaciones, decisiones o actos de los congresistas cuando no se trate de opiniones o votos, o cuando no se hayan pronunciado las unas o emitidos los otros por fuera del ejercicio de su cargo.

Es evidente, entonces, que no todo lo que hace un miembro del Congreso, aun dentro del ámbito propio de su función, está amparado por la inviolabilidad, y que, en esa medida, la actividad que desarrolla puede ser materia de indagación y proceso penal, aunque dentro del fuero

constitucional que radica la competencia respectiva en la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden de ideas, no excede el campo de sus atribuciones la Corte Suprema cuando inicia el trámite correspondiente a denuncias formuladas contra congresistas cuando ellas recaen sobre actuaciones que, en sí mismas, no son constitutivas de votos emitidos o de opiniones manifestadas en ejercicio de sus funciones.

Así, proferir una providencia y proseguir una actuación (en la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes), como la que dio lugar en el presente asunto a la investigación y posterior condena proferida contra el excongresista Jairo José Ruíz Medina, en cuanto no correspondía ni a una opinión ni a un voto suyo en ejercicio de su cargo sino a un mero acto de impulsión de un proceso en sus etapas iniciales, no era algo que pudiese ser tratado bajo la perspectiva y la protección constitucional de la inviolabilidad. Algo muy distinto de lo que esta Corte examinó en el caso resuelto mediante Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, en el que, sin duda, el proceso iniciado se refería al voto de una Representante a la Cámara en ejercicio de sus atribuciones.

Por tanto, en el presente asunto, investigar y sancionar penalmente la conducta del Congresista, en cuanto fuera constitutiva de delito, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, no comportaba una **vía de hecho**, hallándose tal Corporación facultada, como lo está, por el artículo 235, numeral 3, de la Constitución para "investigar y juzgar a los miembros del Congreso" -se entiende que por conductas no cobijadas por la inviolabilidad-. En consecuencia, con arreglo a consolidada doctrina constitucional, contra las actuaciones judiciales correspondientes ni contra la Sentencia proferida por ese alto tribunal cabía la acción de tutela.

DERECHO DE DEFENSA TECNICA Y MATERIAL

El ejercicio del derecho de defensa no se limita a la actividad que debe cumplir al abogado defensor, - defensa técnica - sino que se refiere también a las actividades de autodefensa que corresponden al inculcado – defensa material – las cuales confluyen con la labor desplegada por el abogado con el mismo objetivo: defender al imputado. El Código de Procedimiento Penal (art. 137) le reconoce al procesado, los mismos derechos de su defensor, con excepción del recurso de casación. Es decir, lo autoriza para solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos e intervenir personalmente en todos los casos en que lo autorice la ley. Además, la presencia del procesado es esencial en todas las diligencias en las que puede actuar directamente o asistido por su abogado, como lo es la indagatoria, la reconstrucción de los hechos, etc.

La obligatoriedad de la presencia del sindicado en el proceso, se explica por la innegable relación que existe entre tal hecho y la efectividad del derecho de defensa. No resulta absurdo sostener, que además de las actuaciones directas que con su presencia puede efectuar el procesado, la comunicación entre éste y su abogado constituyen una pieza fundamental para lograr una estrategia de defensa con mayores probabilidades de éxito. La defensa tiene como base el conocimiento real de los hechos, del cual depende en buena medida la posibilidad de solicitar pruebas que desvirtúen las acusaciones o de controvertir eficazmente las existentes. Ello no implica que la designación de un abogado de oficio para atender a la persona ausente suponga una violación del derecho de defensa. Simplemente, que las posibilidades de defensa - su estrategia - se verán menguadas por la inasistencia del sindicado al proceso.

Resulta incuestionable que el incumplimiento de los entes estatales encargados de asegurar la información vital sobre la privación de la libertad del actor, que implica un grave desconocimiento de la obligación de colaborar armónicamente con el aparato de justicia, indujo a error al Juez y a la violación del derecho de defensa del demandante, por cuanto el Estado no garantizó, pudiéndolo hacer en razón de que estaba bajo su custodia, el derecho a hacerse presente en el proceso. En estas condiciones, se presenta una vía de hecho por consecuencia.

A juicio de la Corte, en principio, la igualdad entre sujetos procesales en lo que a la instrucción se refiere, se logra con la investigación integral. Sin perjuicio de la guarda del debido proceso durante la instrucción, en la etapa del juicio le corresponde al juez, figura central de la actuación judicial, estar atento a que el defensor realmente promueva una debida defensa del procesado. Se podría objetar que en tales circunstancias el juez se aparta de su sitio de neutralidad para favorecer a alguna de las partes. Esta posición resulta inadmisibles pues, de una parte se ha constatado la existencia de un deber del funcionario judicial por lograr la igualdad de los sujetos procesales y, por otra, el deber genérico de asegurar el pleno goce de los derechos constitucionales así lo impone. Así mismo, que la defensa asistida por un abogado, además de constituir una garantía para que se presenten argumentos jurídicos en la defensa, no es una opción para el procesado.

El núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas y de interponer los recursos de ley, por lo que podría pensarse que al existir en la etapa de juicio la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas (Código de Procedimiento Penal art. 446) y que las que obran en el expediente apuntan a la responsabilidad del demandante, bastaría con decretar la nulidad de la sentencia condenatoria y de la etapa de juicio, a fin de que el señor Torres fuera escuchado en descargos y pudiera solicitar las pruebas que estimara pertinentes. En este orden y en atención a que se ha configurado una vía de hecho por consecuencia, la Corte procederá a anular la decisión condenatoria en contra del actor, así como todas las actuaciones que se surtieron en el proceso penal a partir de la declaración de persona ausente, pues la falta de búsqueda y notificación personal al procesado que se encontraba detenido en el centro carcelario, por la incorrecta información suministrada por los entes estatales, le impidió hacerse presente en el proceso tanto en la etapa de

investigación como del juicio y por ende se conculcaron sus derechos al debido proceso y defensa, además del derecho a la circulación de información vital.

La Corte ha señalado que la omisión de las autoridades judiciales en notificar debidamente las actuaciones del proceso constituye una violación al debido proceso, de tal envergadura que la decisión judicial deviene en vía de hecho. Lo anterior por el hecho de que el procesado se ve imposibilitado, por desconocer las providencias, para ejercer debidamente su derecho de defensa⁹.

⁹ Ver, entre otras sentencias las siguientes: T-238 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-247 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz, T-684 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-498 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell.