

TUTELAS DE SALUD

LA ENCRUCIJADA ENTRE EL DERECHO SUSTANCIAL Y EL DERECHO FORMAL

El incremento constante del número de demandas de tutela en Armenia (Quindío), especialmente por violación del derecho fundamental a la salud, representa un gran desafío para la administración de justicia en este distrito pues pone a prueba la capacidad de respuesta de los jueces desde el punto de vista cuantitativo pero, por encima de los números, evidencia un problema esencial de orden cualitativo pues cada vez es más notorio que no basta la sentencia sino que el cumplimiento del fallo amerita con frecuencia del incidente de desacato, mecanismo accesorio en el que, desafortunadamente, parece diluirse la esencia de la acción y se aprecia tensión entre el derecho sustancial y el derecho formal.

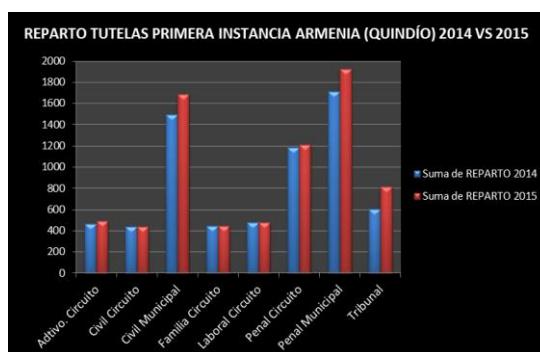
En efecto, la naturaleza preferente, sumaria, subsidiaria e inmediata de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia consagrados en el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, deberían regir el proceso durante toda su extensión, incluso con posterioridad al fallo; sin embargo, en la práctica se aprecia una división del procedimiento en dos etapas: la primera, que va desde la demanda hasta el fallo en donde prima la simplicidad y agilidad para decidir el amparo y, la segunda, que inicia a partir de la sentencia y se extiende hasta el momento de su cumplimiento, fase que se caracteriza por la complejidad y preponderancia de formalidades y ritualidades que demoran el trámite incidental establecido para el cumplimiento y dificultan el objetivo esencial de la tutela que no es otro que la protección efectiva de los derechos fundamentales.

El aumento creciente y significativo de demandas de tutela por violación del derecho a la salud se constituye en valiosa oportunidad de reflexión por parte de la comunidad judicial involucrada y por ello en este ensayo nos proponemos analizar la idoneidad del incidente de desacato para conseguir la efectividad de las sentencias de amparo, su utilidad para afrontar el creciente número de demandas y exponer y proponer soluciones a los problemas jurídicos que han surgido en la aplicación de su procedimiento.

1. ASPECTO CUANTITATIVO.

Los jueces municipales de Armenia sentimos a diario el incremento desbordado en el número de acciones de tutela y especialmente de aquellas en las que se demanda la protección del derecho fundamental a la salud, percepción que se confirma con los datos del reparto suministrados por la Oficina Judicial que se resumen en la siguiente tabla y su gráfico:

REPARTO TUTELAS PRIMERA INSTANCIA ARMENIA (QUINDÍO) 2014 VS 2015							
JUEZ (Clase)	JUEZ (Cantidad)	REPARTO O 2014	REPARTO O 2015	DIFERENCI A 2015-2014	DIFERENCIA 2015-2014 %	PROMEDIO X JUZGADO 2014	PROMEDIO X JUZGADO 2015
Civil Municipal	9	1493	1686	193	12,9%	165,9	187,3
Penal Municipal	11	1714	1924	210	12,3%	155,8	174,9
Civil Círculo	3	439	438	-1	-0,2%	146,3	146,0
Penal Círculo	11	1182	1209	27	2,3%	107,5	109,9
Laboral Círculo	4	479	479	0	0,0%	119,8	119,8
Familia Círculo	4	442	446	4	0,9%	110,5	111,5
Admivo. Círculo	4	464	491	27	5,8%	116,0	122,8
Tribunal	13	603	814	211	35,0%	46,4	62,6



Fuente: Oficina Judicial¹

Según esta información, entre los años 2014 y 2015 el mayor incremento en el reparto de acciones de tutela de primera instancia se presentó a nivel del tribunal (35%) y a nivel de los jueces civiles municipales (12,9%) y penales municipales (12,3%) y; el mayor promedio

¹ Los datos fueron suministrados por la Oficina Judicial y tabulados por el autor, no se consideraron los cargos de jueces que en las diferentes especialidades y jerarquías fueron creados con posterioridad al período estudiado y por tanto no permitían la comparación.

de tutelas de primera instancia por despacho correspondió a los jueces civiles municipales (165,9) y penales municipales (155,8).

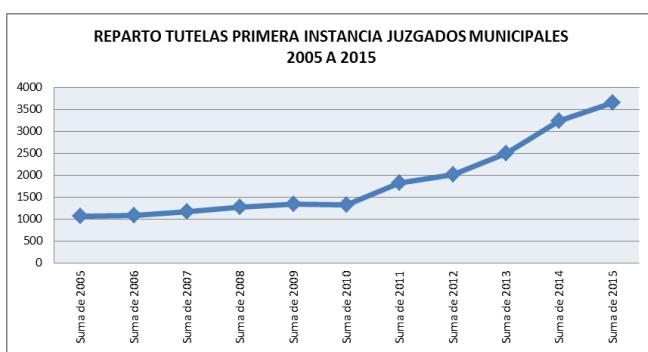
En consecuencia, este análisis se concentra en el caso de los juzgados municipales porque fueron las autoridades judiciales que recibieron mayor cantidad de procesos de tutela de primera instancia por despacho durante los períodos objeto de estudio y por tanto son los juzgados en los que la variación porcentual tuvo un mayor efecto cuantitativo.

El enfoque del análisis no restringe el interés en el asunto a los jueces municipales sino que involucra también a los jueces del circuito porque son los competentes para decidir las apelaciones de sentencias y consultas de incidentes en dichos procesos de tutela y a los magistrados de tribunal porque, como se verá, la solución a los problemas jurídicos requiere sobretodo la unificación de jurisprudencia y por su jerarquía pueden contribuir significativamente en la solución de tales inquietudes.

Para la interpretación de los datos expuestos se debe tener en cuenta que, por disposición del artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, a los jueces municipales se les reparten las tutelas en contra de particulares y tal es la naturaleza jurídica de la mayoría de Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) demandadas en las tutelas por violación del derecho fundamental a la salud; en consecuencia, se puede afirmar con razón que las demandas de tutela por violación a este derecho fundamental se constituyen en el factor determinante del incremento en el reparto de acciones de tutela para los jueces municipales, inferencia que se puede verificar con la estadística periódica que reportan los diferentes despachos en donde es evidente que este asunto es sustancialmente superior a los demás reclamos de amparo.

Teniendo en cuenta el enfoque de este estudio, es pertinente examinar cuál ha sido el aumento en el reparto de tutelas de primera instancia de los juzgados municipales durante los últimos 10 años, como se observa en la siguiente tabla y su gráfico:

REPARTO TUTELAS PRIMERA INSTANCIA JUZGADOS MUNICIPALES 2005 A 2015											
AÑO	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	TOTALES
CANTIDAD	1080	1091	1172	1284	1341	1339	1834	2018	2502	3237	3656
INCREMENTO	0	11	81	112	57	-2	495	184	484	735	419
INCREMENTO %	0,0%	1,0%	7,4%	9,6%	4,4%	-0,1%	37,0%	10,0%	24,0%	29,4%	12,9%
											238,5%



Fuente: Oficina Judicial

Como se puede apreciar el incremento en el reparto de tutelas fue constante pero leve durante los primeros cinco años (2005 a 2010) y, con posterioridad a dicha época ese aumento se tornó vertical y sustancial manteniendo su inclinación durante los últimos cinco años (2010 a 2015) y arrojando como resultado que entre el 2005 y el 2015 las demandas de tutela repartidas en primera instancia a los jueces municipales se multiplicaron en un 238,5%; circunstancia que debe llamar la atención pues representa más del doble de la carga laboral inicial de los despachos en ausencia de respuesta correlativa en la planta de

personal de los despachos pues, por el contrario, con la entrada en la oralidad a los jueces civiles municipales les fue reducido el equipo de trabajo en casi la mitad²³.

2. ASPECTO CUALITATIVO.

El artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 y la Sentencia C-367 de 2014 de la Corte Constitucional conforman el marco jurídico del procedimiento de la acción tutela porque regulan la competencia, etapas y términos del trámite, consagran los principios procedimentales y, particularmente, remiten al Código General del Proceso en caso de vacío en el ritual; fundamentos jurídicos que procedemos a reseñar a continuación.

El artículo 86 de la Carta instituye la acción de tutela como la vía judicial preferente y sumaria para la protección de los derechos fundamentales, dispone que el fallo es de cumplimiento inmediato y que no pueden transcurrir más de diez días entre la solicitud y su decisión.

En concordancia, el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991 establece como principios del proceso de tutela la publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia; cualidades que este reglamento desarrolla a continuación al disponer: i) que en su trámite el juez puede decretar medidas provisionales para la protección del derecho y notificarlas inmediatamente por el medio más expedito posible⁴; ii) que la solicitud requiere un contenido mínimo consistente en la descripción de los hechos, el derecho amenazado y la identificación del autor del agravio pero puede ser ejercida por cualquier persona, sin ninguna formalidad, sin abogado y sin formalismo alguno⁵; iii) que el asunto es preferencial, por tanto se sustancia con prelación, pospone cualquier otro de naturaleza diferente salvo el habeas corpus y sus plazos son perentorios o improrrogables⁶; iv) que las providencias que se dicten se notifican por el medio que el juez considere más expedito y eficaz⁷; v) que en caso de que haya prueba de grave e inminente violación o amenaza del derecho el juez puede tutelar el derecho y ordenar el restablecimiento inmediato, prescindiendo de cualquier consideración formal⁸ y; vi) que el fallo se notifica por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento⁹.

Por su parte, los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 advierten que el juez de tutela conserva la competencia hasta restablecer completamente el derecho o eliminar las causas de la amenaza y para el efecto consagran el incidente de desacato como el mecanismo accesorio e idóneo para conseguir el cumplimiento del fallo, trámite que comprende las siguientes tres etapas: i) en caso de renuencia a la sentencia, el juez debe requerir al superior del responsable para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario; ii) si aun así persiste el desobedecimiento, el juez debe abrir incidente en contra del responsable y de su superior para imponerles sanción de multa o arresto hasta que cumplan la sentencia, sin perjuicio de otras sanciones a que hubiere lugar y; iii) dicha sanción se debe consultar al superior jerárquico a quien le corresponde decidir dentro de los tres días siguientes si la decisión se debe revocar.

Los artículos 4 y 5 del Decreto 306 de 1992 remiten al procedimiento civil para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas en el Decreto 2591 de 1991 en todo aquello que no le sea contrario y disponen que todas las providencias que se dicten en el trámite de una acción de tutela se deben notificar a las partes e intervenientes, correspondiéndole al juez velar porque, de acuerdo con las

² Ver Acuerdos PSAA13-9885 del 23 de abril de 2013 y PSAA13-9936 del 17 de junio de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

³

⁴ Artículo 7 Decreto 2591 de 1991.

⁵ Artículo 14 Decreto 2591 de 1991.

⁶ Artículo 15 Decreto 2591 de 1991.

⁷ Artículo 16 Decreto 2591 de 1991.

⁸ Artículo 18 Decreto 2591 de 1991.

⁹ Artículo 30 Decreto 2591 de 1991

circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación, se asegure la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

Mediante Sentencia C-367 de 2014, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido de que el incidente de desacato allí previsto debe resolverse en el término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, esto es, en diez días.

Los artículos 11 y 12 del Código General del Proceso (C.G.P.) consagran dos principios fundamentales para la interpretación y aplicación de la ley procesal que, por la importancia que representan para la solución de los interrogantes que se plantearán en el capítulo siguiente, se trasciben a continuación:

“Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.”

Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.”

3. CUESTIONAMIENTOS.

La admisión, trámite y decisión de la tutela acontece ágilmente y sin dificultades de tal forma que en esta primera etapa se destaca la naturaleza preferente, sumaria e informal de la acción; sin embargo, es durante la fase del cumplimiento y trámite del incidente de desacato que el marco jurídico descrito es motivo de múltiples y frecuentes inquietudes y controversias sobre el procedimiento a aplicar y ha generado diversidad de decisiones judiciales que, en este contexto de alto volumen de demandas, debe convocar a la comunidad judicial involucrada al análisis y reflexión del asunto pues tiene efectos en la carga laboral de los despachos y está directamente relacionado con la materialización de las decisiones judiciales.

En efecto, el incremento en el número de demandas de tutela por violación del derecho a la salud ha generado un aumento directamente proporcional del número de incidentes de desacato por incumplimiento de los fallos de las mismas y, como la naturaleza preferente de la acción no se extiende solamente a la etapa de la decisión sino que comprende también la etapa del cumplimiento, entonces en la práctica cada proceso nuevo de amparo implica una carga efectiva para los despachos que se multiplica por el doble pues no solo requiere de la atención e impulso prioritaria hasta el fallo sino que también amerita esa misma concentración y preferencia en el trámite de su cumplimiento.

La encrucijada se presenta precisamente porque la tutela es una acción doblemente preferente y por tanto de nada sirve la gestión de un fallo que no se cumple y no es coherente ni razonable que el trámite hasta la decisión de la tutela sea sencillo y ágil pero para su cumplimiento se llene de infinidad de formalidades y requisitos que lo tornen protocolario y lento; es allí precisamente en donde se debe concentrar el análisis de nuestra comunidad judicial porque las decisiones que se adoptan en esas dos etapas se convierten en mensajes para los usuarios de la justicia y para la misma administración.

Así, las esperanzas del demandante que reclama por la violación de su derecho fundamental a la salud y obtiene el amparo, se frustran cuando el cumplimiento de la sentencia se complejiza y posterga por las ritualidades del incidente; a su turno, las alternativas para pretextar y demorar el cumplimiento se multiplican para la demandada que ve en el laberinto del incidente de desacato una oportunidad amplia de estrategias para postergar el obedecimiento a la sentencia, prácticamente, hasta el momento en que ella misma y por voluntad propia quiera cumplir y; mientras tanto, el juez de tutela percibe que su decisión se está convirtiendo en una etapa más del trámite de los servicios de la seguridad social en salud porque, pese al fallo, el mecanismo no cuenta con el poder coercitivo ni con la agilidad necesaria para lograr el obedecimiento, lo cual redunda progresivamente en la pérdida de atención y significado de los fallos y obviamente se convierte en una contradicción a la esencia preferente de la tutela.

Esta coyuntura explica la pertinencia del debate porque la extensa duración de los procesos y la falta de uniformidad en la decisión de asuntos fácticamente similares constituyen las críticas que con mayor frecuencia se exponen en contra de la institucionalidad y degeneran en falta de confianza y credibilidad en la justicia y en la utilización de alternativas irregulares y vías de hecho.

Los jueces tenemos una importante misión institucional porque a partir de la jurisdicción no solo resolvemos casos sino que generamos cultura y convivencia, de allí la importancia de la organización jerárquica de la Rama que, sin perjuicio de la autonomía judicial, debe procurar coherencia.

Al respecto la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial cada vez más sólida y uniforme a partir del derecho fundamental a la igualdad y el principio de seguridad jurídica, para concluir que la jurisprudencia es fuente formal de derecho y tiene carácter vinculante cuando es establecida por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia (altas cortes)¹⁰, de tal manera que el sometimiento del juez al imperio de la ley debe entenderse referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos jurisdiccionales¹¹.

En consecuencia, la consciente y adecuada utilización de la función unificadora de jurisprudencia se constituye en importantísima herramienta para agilizar la solución de los conflictos, reducir la litigiosidad y conseguir la confianza, legitimidad y respeto en la Rama Judicial y fomentar el orden y la convivencia pacífica como fin esencial del Estado.

Todo lo anterior para presentar a continuación las inquietudes procesales que actualmente generan discusión en el trámite de los incidentes de desacato y para las que resulta

¹⁰ Sentencias C – 539 de 2011 y C – 634 de 2011 de la Corte Constitucional, de ésta última se destaca: “el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de otorgar eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales.¹⁰ Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares.”

¹¹ En la jurisdicción civil este precedente reiterado finalmente fue reconocido por el derecho positivo en el artículo 7 del C.G.P., que consagra el principio de legalidad, en virtud del cual el juez en su decisión está sometido al imperio de la ley pero debe tener en cuenta además la jurisprudencia y, cuando se aparte de la doctrina probable o cambie de criterio en relación con casos análogos, está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que lo justifican. Lo mismo acontece en la jurisdicción contencioso administrativa en donde el artículo 103 del CPACA establece la igualdad como principio de la jurisdicción, en virtud del cual toda decisión judicial que implique cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicada y motivada e, incluso, va más allá y dispone que, en los casos en los que exista interpretación judicial vinculante las autoridades administrativas están obligadas a aplicar el precedente al caso concreto fácticamente similar, de tal forma que dichas autoridades no disponen ni siquiera del principio de autonomía de los jueces y la carga argumentativa que implica separarse de un precedente. Este estatuto consagró en los artículos 10, 102 y 269 el derecho a solicitar a las autoridades administrativas la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos e, incluso, estableció la acción judicial para reclamar ante el Consejo de Estado dicha extensión cuando la autoridad administrativa se niegue a hacerlo o guarde silencio en su oportunidad y; en los artículos 256 y siguientes consagró el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia para reclamar en sede jurisdiccional contra las sentencias que contraríen una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

significativamente útil la correcta utilización del precedente constitucional en materia de tutela:

3.1 ¿Quién es el responsable del cumplimiento del fallo?

Las Entidades Promotoras de Salud (EPS)¹² son personas jurídicas y por tanto la pregunta lógica es a quién se debe atribuir la responsabilidad del cumplimiento del fallo de tutela del derecho a la salud cuando la decisión les ha impuesto una condena en la sentencia.

Al respecto, en la Sentencia C-1076 de 2002 la Corte Constitucional analizó el problema jurídico consistente en si acaso vulneraba la Carta Política el precepto legal que dispone que cuando la responsabilidad disciplinaria recae en una persona jurídica ésta se puede exigir de su representante legal¹³ y concluyó que tal disposición no vulnera la Constitución siempre y cuando se entienda que la falta disciplinaria debe ser imputable al representante legal por el incumplimiento de sus deberes funcionales.

Las razones de la decisión de la Corte Constitucional fueron: i) que la interpretación histórica de la norma evidencia que la voluntad del legislador fue establecer un régimen disciplinario especial para determinados particulares por el rol que desempeñan en las personas jurídicas que dirigen y uno de los destinatarios específicos de tal régimen son los representantes legales de las entidades vinculadas al sistema general de salud¹⁴ y; ii) que dicho régimen se fundamenta en el artículo 6 de la Constitución que dispone que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que ella les indica, por tanto, este régimen especial se estableció para impedir que la constitución de una persona jurídica particular se convirtiera en un pretexto de evasión de la responsabilidad disciplinaria y evitar que las conductas que la configuran no se puedan atribuir a nadie. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte advirtió que la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales no es una responsabilidad objetiva pues se les debe garantizar su derecho de defensa, a controvertir las pruebas, desvirtuar los hechos que le son imputados y alegar causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, siempre en el marco de sus deberes funcionales.

Con fundamento en lo expuesto, proponemos como respuesta a la inquietud planteada que el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 por ser norma especial del régimen disciplinario y la Sentencia C-1076 de 2002 que analizó su constitucionalidad, constituyen sólido fundamento jurídico para concluir que la responsabilidad de las EPS por el incumplimiento a los fallos de tutela en materia de salud se puede y se debe atribuir a sus representantes legales por ser ellos las personas naturales que tienen la función de dirección de dichas entidades para el cumplimiento de su objeto social y no es admisible que el ropaje de la persona jurídica se constituya en excusa para incumplir los fallos de tutela y evadir sus consecuencias.

Entonces resulta trascendental la identificación del representante legal de las EPS condenadas a cumplir los fallos de tutela y al respecto se destaca la utilidad que para tal fin reporta el Registro Único Empresarial Cámaras de Comercio (RUES) que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Ley 19 de 2012¹⁵ le permite a los funcionarios

¹² Ver artículos 177 a 181 de la Ley 100 de 1993.

¹³ En esta sentencia decidió la demanda de inconstitucionalidad contra múltiples normas del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) pero, específicamente, se revisó el aparte que dispone: "Artículo 53. Sujetos disciplinables. (...) Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva."

¹⁴ Como lo apreciará el lector, esta consideración se destaca por su pertinencia para efectos del tema de este ensayo.

¹⁵ El artículo 15 del Decreto Ley 19 de 2012 dispone: "ARTÍCULO 15. ACCESO DE LAS AUTORIDADES A LOS REGISTROS PÚBLICOS. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos pueden conectarse gratuitamente a los registros públicos que llevan las entidades encargadas de expedir los certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas, los certificados de tradición de bienes inmuebles, naves, aeronaves y vehículos y los certificados tributarios, en las condiciones y con las seguridades requeridas que establezca el reglamento. La lectura de la información obviará la solicitud del certificado y servirá de prueba bajo la anotación del funcionario que efectúe la consulta."

judiciales tener acceso al registro mercantil mediante un proceso de validación sencillo¹⁶, base de datos en la que reposa la información actualizada de la existencia y representación legal de las EPS, su dirección física y electrónica para notificaciones judiciales y, el nombre e identificación de su representante legal, lo cual contribuye enormemente en la agilidad del trámite de la tutela pero sobretodo del incidente de desacato.

Sin embargo, el RUES no es la única fuente de información para establecer la identidad del representante legal de las EPS pues se debe tener en cuenta que tal condición puede derivar del mandato civil¹⁷, del mandato comercial¹⁸, del establecimiento de una sucursal de una sociedad¹⁹ e incluso en razón del contrato de trabajo²⁰, información que se puede recaudar por cualquiera de los medios de prueba y en especial a través de inspección judicial o de la prueba trasladada²¹.

También consideramos que ante la diversidad de opciones para establecer el centro de imputación de la responsabilidad disciplinaria, esto es, para identificar a la persona natural responsable del cumplimiento del fallo de tutela, el juez debe tener en cuenta la naturaleza preferente y sumaria de la acción y optar en consecuencia por el sujeto que, ostentando la representación legal, permite el canal de comunicación más inmediato y el trámite pronto pero correcto del incidente que, en nuestro caso, lo es el representante legal en la ciudad, sin perjuicio de que, en caso de ser necesario, se acuda a los representantes de las EPS en sus domicilios principales lo cual suele resultar engoroso y demorado²².

3.2 ¿Se debe notificar personalmente la apertura del incidente de desacato al responsable?

Se ha sostenido que la notificación personal del incidente de desacato en tutela es indispensable para el adelantamiento y decisión del trámite porque solo así se garantiza el debido proceso mediante la comunicación efectiva al encartado y se le permite ejercer el derecho de defensa.

Al respecto, el Decreto 2591 de 1991 es reiterativo en cuanto a que es potestad del juez efectuar las diversas notificaciones a través del medio que considere más expedito, eficaz y que asegure el cumplimiento, así lo dispone específicamente con relación a las medidas provisionales y el fallo y, en general, para las decisiones del proceso en su artículo 16:

“ARTICULO 16.-Notificaciones. Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervenientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz.”

Según la definición del Diccionario de la Lengua Española un incidente es “(e)n un proceso, cuestión distinta de la principal, pero relacionada con esta, que se resuelve a través de un trámite especial”²³, lo cual quiere decir que el incidente es una parte del

¹⁶ Para tramitar el usuario en el sitio de Internet del RUES la autoridad interesada en el acceso se debe registrar a través del siguiente vínculo: http://www.rues.org.co/RUES_Web/Account/Register.

¹⁷ Artículos 2142 y siguientes del Código Civil. Es el caso de ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA (ASMET SALUD E.S.S-EPS-S) y COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (COOMEVA EPS S.A.), que desarrollan su objeto social en Armenia a través de poder especial conferido a su Director Departamental en el Quindío y a través de poder general a su Administradora, respectivamente.

¹⁸ Artículos 1262 del Código de Comercio.

¹⁹ Artículo 263 del Código de Comercio. Es el caso de COOMEVA EPS S.A., y de NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. (NUEVA EPS S.A.), quienes en sus correspondientes certificados de inscripción de documentos para sucursales de la Cámara de Comercio de Armenia (Quindío), hacen constar las facultades de representación legal de su administradoras.

²⁰ Artículo 32 del Código Sustitutivo del Trabajo. Es el caso de CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (CAFESALUD EPS S.A.) que desarrolla su objeto social en Armenia a través de trabajadores cuyos contratos específicamente consagran como una de sus obligaciones la representación legal de la persona jurídica en el Departamento del Quindío y especialmente el cumplimiento de los fallos de tutela y de los incidentes de desacato.

²¹ La necesidad de identificar al representante legal de las EPS en Armenia ha motivado al Juzgado 2 Civil Municipal de Armenia a realizar inspecciones judiciales y solicitudes documentales a través de las cuales ha podido recaudar la documentación que soporta la representación legal de las EPS en Armenia y usarla en varios procesos contra la misma EPS a través del traslado de la prueba.

²² Algunos jueces inician, traman y deciden los incidentes de desacato en contra del representante legal principal de las EPS y acuden al despacho comisario para su notificación personal, alternativa plenamente válida pero que no resulta idónea para la premura que amerita el trámite.

²³ Consultado en <http://www.rae.es/>.

proceso y por tanto es accesorio a él, es decir, depende y por lógica debería tramitarse por el ritual del proceso principal.

En este mismo sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional expidió el Auto 236/13 del 23 de octubre de 2013 en el que destacó que en su jurisprudencia no ha señalado la obligatoriedad de la notificación personal de la apertura del incidente del desacato ni de la providencia que lo resuelve y citó como precedente la Sentencia T-343 de 2011 en la cual consideró:

“...Así las cosas, cualquiera que sea el medio empleado por el juez para dar a conocer la decisión a las partes o a los sujetos legitimados para impugnarla, aquél debe ser lo suficientemente efectivo para garantizar, como mínimo, el derecho de defensa del afectado.”

Sin embargo, de lo anterior no se deriva que la notificación de la apertura de un incidente de desacato deba hacerse de manera personal, so pena de ser declarado nulo. Esta Corte, al resolver en la sentencia T-343 de 2011 un caso en el que se alegaba un defecto procedimental en la decisión de un juez de tutela al fallar un incidente de desacato pues la apertura del incidente no se había notificado personalmente, consideró que:

“Los alegados defectos procedimentales no se configuraron porque la apertura del incidente de desacato no debe ser notificada personalmente al funcionario responsable del cumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, como bien señala el juez de segunda instancia esa exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales,...”

Teniendo en cuenta lo expuesto y frente al interrogante consideramos que, existiendo norma especial que regula las notificaciones del proceso de tutela, no se debe acudir a otra normatividad para establecer el medio de comunicación del incidente de desacato al responsable del cumplimiento del fallo porque la norma es clara al disponer que esta es una decisión potestativa del juez y no por ello es una decisión arbitraria pues se trata de seleccionar la vía expedita y eficaz, es decir, la que garantice agilidad y efectividad.

Si en el trámite de la demanda de tutela el juez optó por una determinada forma de notificación a las partes como puede ser un correo electrónico una llamada telefónica o un oficio y ese medio permitió una notificación rápida y efectiva, no resulta lógico que para tramitar y decidir el incidente de desacato deba agotarse un trámite más exhaustivo y desgastante como el de una notificación personal pues tal razonamiento contradice la norma referida y el argumento de la inmediatez que constituyó la razón de la decisión de la Corte Constitucional para concluir que el incidente de desacato debe resolverse en el mismo término de los diez días de los que se dispone para fallar la tutela²⁴.

Caso por caso, es al juez de tutela a quien corresponde establecer el medio a través del cual notificará las decisiones del proceso teniendo como parámetro que sea expedito y eficaz, es decir, que responda a la inmediatez con la que se debe tramitar la acción y el incidente de desacato pero asegure la comunicación efectiva por parte del responsable del cumplimiento del fallo; de tal forma que, si en el trámite principal el canal de comunicación utilizado resultó adecuado a tales fines, no hay lugar para dudar que sirva para el trámite accesorio del incidente, el juez siempre debe tener en cuenta que la finalidad de los procedimientos es

²⁴ En la Sentencia C-367 de 2014 la razón de la decisión de la Corte Constitucional fue que: “Al regular la Constitución la acción de tutela, en su artículo 86, y precisar que tanto la protección de los derechos como el cumplimiento de los fallos deben ser inmediatos, y disponer que dicha inmediatez no debe superar los diez días, de este mandato se sigue que para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela no habrán de transcurrir más de diez días, contados desde su apertura”.

la efectividad del derecho reconocido en la ley sustancial y que la esencia de la tutela es la prontitud entonces resulta incongruente para tales fines que acuda a medios de notificación que puedan demorar la decisión o su cumplimiento.

Como se puede deducir, la determinación del medio para la notificación de las decisiones de la tutela está íntimamente relacionada con la identificación del responsable del cumplimiento porque la cercanía con el sujeto del incidente brinda mayor efectividad en la comunicación y por ello se refuerza nuestra tesis de procurar la vinculación del representante legal más próximo; así, si la persona responsable está ubicada en la misma ciudad que es sede del juzgado, seguramente la notificación personal puede ser tan ágil y aún más efectiva que la notificación a través de correspondencia física o electrónica por el impacto sicológico que obviamente implica una notificación personal pero, se reitera, tal decisión le corresponde exclusivamente al juez de tutela según la evaluación del asunto bajo estudio.

En este aspecto debe tenerse presente que la notificación a través de correo electrónico se convierte en una alternativa real para la notificación de acciones de tutela e incidentes de desacato porque contribuye a la agilidad y efectividad de la comunicación y encuentra su respaldo en el principio de asimilación del escrito, la firma y el original, así como en la fuerza probatoria de los mensajes de datos a los que se refieren la Ley 527 de 1999 y los artículos 291 y 292 del C.G.P.

3.3 ¿Hay una etapa probatoria en el incidente de desacato?

El Decreto 2591 de 1991 no consagra una etapa probatoria en el trámite del incidente de desacato, sin embargo la Corte Constitucional ha reiterado que esta es una etapa natural y necesaria del incidente así:

“(...) 4.3.4.9. De no cumplirse el fallo, entre otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se concreta en el incidente de desacato. Este incidente sigue un procedimiento de cuatro etapas, a saber: (i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior.”²⁵

Como respuesta proponemos que, en aplicación del precedente y en ausencia de norma especial que consagre una etapa probatoria para el incidente de desacato, resultan aplicables por reenvío del artículo 4 del Decreto 306 de 1992, los artículos 127 a 131 del C.G.P., que regulan los incidentes en el procedimiento civil y exigen que la solicitud exprese, entre otras cosas, las pruebas que se pretendan hacer valer y, si bien en el capítulo de las disposiciones generales no se consagra de manera especial un período probatorio, el capítulo especial de las nulidades si dispone que la solicitud se resolverá previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.

En consecuencia y no obstante la agilidad con que se debe tramitar y decidir el incidente, se debe agotar una etapa probatoria fundamental para decidir en virtud del principio de necesidad de la prueba consagrado en el artículo 164 del estatuto procesal civil pero, teniendo siempre en cuenta la regla de interpretación del artículo 11 del C.G.P., conforme al cual la finalidad del procedimiento es la efectividad del derecho reconocido en la ley sustancial y por tanto consideramos que no se puede obviar la naturaleza sumaria e informal de la tutela que permitiría que la etapa probatoria del incidente se agote progresivamente como acontece en el trámite propio de la demanda a través de pruebas que

²⁵ Sentencia C – 367 de 2014.

se decretan y practican en el desarrollo del trámite, incluso desde su iniciación y hasta antes de la decisión, es más, los incidentes prácticamente ameritan que la instrucción se desarrolle así porque la tarea de vigilancia del cumplimiento implica permanente comunicación con las partes y ello se traduce en pruebas que se incorporan al proceso en la medida de su evolución.

3.4 ¿Es el desacato la única vía sancionatoria en caso de desobedecimiento a las órdenes judiciales adoptadas dentro del trámite de una acción de tutela?

El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 establece que con posterioridad al fallo el juez conserva facultades y puede adoptar directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo, así como establecer los demás efectos de la sentencia para el caso en concreto y mantiene competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

La Corte Constitucional ha reiterado jurisprudencia en el sentido de que el incidente de desacato no es el único instrumento para conseguir el cumplimiento de la sentencia de tutela y que la alternativa es todavía más importante e idónea para lograrlo, se trata de la facultad del juez de adoptar directamente todas las medidas para el cumplimiento a la que se refiere el artículo antes mencionado²⁶.

Esta atribución es amplia y permite pensar en la multiplicidad de decisiones que el juez de tutela puede adoptar para que su sentencia sea efectiva, órdenes directas de todo tipo, de hacer o de no hacer y que entonces generan la inquietud de cómo garantizar su efectividad dentro de una fase de cumplimiento que se ha iniciado precisamente por desobedecimiento al fallo.

Al respecto, el numeral 3 del artículo 44 del C.G.P., consagra como uno de los poderes correccionales del juez el de sancionar con multa a los empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparte en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución, castigo que se impone, según el párrafo de la misma norma, mediante el procedimiento previsto en el artículo 59 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia²⁷.

Con fundamento en lo anterior, consideramos que la respuesta al interrogante planteado es que el juez de tutela dispone de un instrumento adicional al incidente de desacato para conseguir el cumplimiento de su fallo, se trata de la potestad de amplio margen que le permite la expedición de órdenes directas para el cumplimiento y que, en caso de ser desobedecidas, cuentan con el respaldo del poder sancionatorio del numeral 3 del artículo 44 del C.G.P., medio de coacción que se tramita por un procedimiento especial y diferente al del desacato y por tanto esta alternativa constituye una verdadera oportunidad de acción para los jueces de tutela que no parece haberse explotado y puede ser efectiva para materializar las sentencias.

3.5 ¿Las sanciones de multa y arresto contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 son excluyentes, pueden ser conjuntas y están dirigidas exclusivamente a personas jurídicas y naturales, respectivamente?

²⁶ Sentencia C-367 de 2014: “4.3.4.3. Si bien el desacato puede ser un instrumento para propiciar el cumplimiento de un fallo de tutela, no es posible asumir que sea el único o el más relevante. Es evidente que “todo desacato implica incumplimiento pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato”. Por ello, la doctrina pacífica y reiterada de este tribunal ha sido la de distinguir entre el desacato y el cumplimiento, siendo este último el instrumento más relevante y adecuado para hacer cumplir el fallo de tutela.”

²⁷ Este fue el caso del proceso de tutela radicado N° 630014003002-2015-00625-00 en el que, para poder tramitar el incidente de desacato, el Juzgado consideró necesario recaudar la prueba de la representación legal en Armenia de Cafesalud EPS S.A., ordenó a una empleada de dicha EPS la expedición de copia del correspondiente contrato de trabajo y ante la renuencia a suministrarlo debió iniciarle incidente de sanción por desobedecimiento a una orden judicial; así fue como finalmente se consiguió el recaudo de la prueba que hasta el momento ha permitido adelantar exitosamente los incidentes de desacato utilizándola como una prueba trasladada.

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece como sanciones por el incumplimiento a las órdenes proferidas en el proceso de tutela el arresto hasta de seis meses y la multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Ni la norma ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional han restringido la aplicación de las sanciones en el sentido de que la multa sea exclusiva de las personas jurídicas y prohibida para su representante legal como persona natural, de tal forma que consideramos que la respuesta a esta inquietud es simple porque, salvo el arresto que físicamente es imposible para una persona jurídica, la imposición de tales sanciones puede ser conjunta o separada a criterio del juez pero no excluyente y menos con fundamento en la naturaleza de la persona responsable; eso sí, en virtud del principio de proporcionalidad del derecho sancionatorio, consideramos que corresponde al juez de tutela ponderar porque el castigo más grave es la privación de la libertad y de ahí para abajo la pena pecuniaria es susceptible de graduación de acuerdo con la gravedad de la conducta

4. CONCLUSIONES.

Son múltiples las inquietudes que se han originado en la aplicación del marco jurídico que regula el procedimiento del incidente de desacato por incumplimiento de los fallos de tutela, aspecto que adquiere relevancia en el escenario local por el incremento desmesurado de acciones de amparo en reclamo del derecho fundamental a la salud.

La solución a tales inquietudes debe orientarse por la normatividad que regula el procedimiento de la tutela, por los precedentes de la Corte Constitucional encargada de sentar jurisprudencia en la materia y, subsidiariamente, por la aplicación de los principios y normas del Código General del Proceso dentro de los cuales se destaca el artículo 11 del C.G.P., conforme al cual la finalidad de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial y es allí donde debe primar la esencia preferente y sumaria de la acción para que tanto el juez de la tutela como su superior tengan siempre como guía la prevalencia de la protección de los derechos fundamentales por encima de cuestiones procedimentales que en lugar de contribuir a la celeridad del proceso y su incidente pueden estar enviando un mensaje equivocado a los usuarios de la justicia y a los mismos jueces de tutela en el contexto de los fines esenciales del Estado.

El incidente de desacato no es el único mecanismo para conseguir el cumplimiento de los fallos de tutela, existe un gran potencial a través de órdenes directas fundamentadas en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 y respaldadas en el poder sancionatorio del juez del numeral 3 del artículo 44 del C.G.P.

Sergio Raúl Cardoso González
Juez Segundo Civil Municipal de Armenia