

EL CURADOR AD LITEM EN EL COBRO COACTIVO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Fanny M. Yela García¹

RESUMEN

El propósito de este artículo es determinar la necesidad de la figura del curador *ad litem* dentro del procedimiento de cobro coactivo desarrollado por las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) para acreencias derivadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios, como garantía al debido proceso y la defensa técnica. Para cumplir este propósito, se presenta una revisión de textos normativos desde la Constitución Política, leyes, decretos y jurisprudencia en las cuales se tratan aspectos sustanciales y procedimentales del procedimiento administrativo de cobro coactivo, aplicable a las obligaciones derivadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios y la figura del curador *ad litem* dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Finalmente, se concluye que, la figura del curador *ad litem* dentro del procedimiento administrativo de cobro coactivo en servicios públicos domiciliarios, es necesaria debido a la imperiosa garantía constitucional de la defensa técnica del ejecutado ausente; máxime, cuando se trata de un procedimiento administrativo especial en el que está en juego el patrimonio del ejecutado, la EICE cumple rol de ejecutor del cobro y acreedor de la obligación y en el que la empresa de servicios públicos domiciliarios ejecuta a un deudor por el no pago de un servicios públicos esenciales como lo son los servicios públicos domiciliarios.

PALABRAS CLAVE: Cobro Coactivo Administrativo, Curador *Ad litem*, Debido Proceso, Empresas Industriales y Comerciales del Estado de Servicios Públicos Domiciliarios, Servicios Públicos Domiciliarios.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA AUTOTUTELA DE LAS EICE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. 3. EL PROCEDIMIENTO DE COBRO COACTIVO EN

¹ Politóloga de la Universidad Nacional de Colombia, Abogada de la Universidad de Antioquia. Fanny.yela@udea.edu.co. Artículo presentado para optar por el Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. 4. EL CURADOR AD LITEM EN COLOMBIA. 5.DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA COMO GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO. 6. OPCIONES DE IMPLEMENTACIÓN Y CONCLUSIÓN. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El cobro coactivo se ha entendido como la prerrogativa exorbitante del Estado, que faculta a las entidades estatales a cobrar directamente, sin que medie intervención de un juez, las deudas a su favor, lo cual encuentra justificación en la necesidad de recaudar de forma rápida y efectiva deudas a favor de entidades públicas, con el fin de lograr cumplir los objetivos y finalidades para las cuales fueron creadas lo que repercute en la protección del interés general.

Esta prerrogativa encuentra una forma de expresión en los servicios públicos domiciliarios, dado que esta permite a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE) que se dediquen a la prestación de servicios públicos domiciliarios, garantizar el flujo de recursos y garantizar la prestación adecuada de los servicios públicos dado que según la Corte Constitucional “los servicios públicos domiciliarios, son materialmente servicios públicos esenciales”(Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-691).

Conforme a lo estipulado en el artículo 130 de la ley 142 de 1994, las EICE que presten servicios públicos domiciliarios, se encuentran facultadas para cobrar las deudas derivadas de la prestación de sus servicios, a través del procedimiento de cobro coactivo administrativo contenido en los artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales (ETN), Decreto 624 de 1989 que faculta a ciertas entidades para hacer efectivos directamente los créditos a su favor, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. Su objeto es obtener el pago forzado de las obligaciones consolidadas a su favor: inclusive, mediante la venta en pública subasta de los bienes del deudor, cuando éste ha sido renuente al pago voluntario de sus obligaciones.

Teniendo en cuenta la excepcionalidad del cobro coactivo en servicios públicos domiciliarios, que permite a las EICE no acudir a la jurisdicción para hacer efectivas las

deudas causadas, a diferencia de las demás empresas que prestan servicios públicos domiciliarios. En el presente trabajo se pretende evidenciar que sí existe necesidad de implementar la figura del curador *ad litem* en este tipo de procedimientos, para representar dentro del mismo a quienes estén ausentes en el procedimiento administrativo de cobro coactivo actual, el cual no les provee la posibilidad de ser representados por un curador *ad litem*.

Teniendo en cuenta que dicha figura que se encuentra regulada el artículo 48 de la Ley 1564 de 2012, con el fin de procurar la defensa técnica del ejecutado y revestir de garantías procesales el mismo, la aplicación de esta figura resulta especialmente necesaria debido al doble papel que juega la empresa de servicios públicos en el cobro coactivo, esto es: ser ejecutor y acreedor de la deuda derivada de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

A partir de allí, se plantea la siguiente hipótesis: las garantías de defensa técnica previstas en el procedimiento administrativo de cobro coactivo de servicios públicos domiciliarios que ejercen las EICE, esto es, las contempladas en el Estatuto Tributario Nacional, no son suficientes para cumplir la finalidad de las mismas, dado que no garantizan la defensa técnica a través de un curador *ad litem*, dicho lo cual este trámite administrativo no cumple con las garantías contempladas en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En primer lugar, se realiza una breve explicación de la prerrogativa de autotutela en la administración pública, lo que en Colombia incluye a las EICE que prestan servicios públicos domiciliarios. Posteriormente, se esboza cada etapa del procedimiento de cobro coactivo, desde que se libra el mandamiento de pago hasta que efectivamente la entidad logra saldar su acreencia.

A continuación se analiza la figura del curador *ad litem* en el ordenamiento jurídico colombiano y, a renglón seguido, se estudia el principio del debido proceso desde la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, enfatizando el derecho a la defensa técnica. Finalmente, se propondrán algunas formas de implementación de la figura del curador *ad litem* dentro del procedimiento administrativo de cobro coactivo para servicios públicos domiciliarios y se realizarán algunas conclusiones frente a lo planteado.

1. LA AUTOTUTELA DE LAS EICE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La autotutela administrativa se ha entendido en palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, como el sistema en el que “[L]a Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas (...), eximiéndose de este modo de la necesidad común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial” (García de Enterría *et al*, 1999, p. 515). Se evidencia que la autotutela para la administración implica la definición de situaciones jurídicas declarativas o ejecutivas en las que ésta tiene un interés y que por disposición legal está excluida del conocimiento de la rama judicial, siempre y cuando se acuda a la jurisdicción coactiva y no a la jurisdicción ordinaria, dado que la administración puede escoger una vía u otra.

En consecuencia, la autotutela administrativa, ha sido clasificada por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández según la naturaleza de esta, esto es: declarativa o ejecutiva y conservativa o agresiva. La conservativa busca salvaguardar una situación dada; la agresiva o activa parte de una conducta positiva que busca cambiar el estado actual de la situación, aunque actúe en protección de una situación previa.

Por otro lado, la autotutela declarativa se materializa en las decisiones que toma la administración y gozan de la presunción de legitimidad y legalidad, en virtud de lo cual pueden ser ejecutados sin necesidad de ejecución judicial. Finalmente, la autotutela ejecutiva va más allá de la autotutela declarativa, ello debido a que además de declarar una situación jurídica sin necesidad de acudir al poder judicial, puede ejecutar dicha decisión por sí misma (García de Enterría *et al*, 1999). Sin embargo, es menester aclarar que en Colombia las decisiones tomadas por autotutela declarativa también son susceptibles de ejecución sin que medie el poder judicial, siendo las obligaciones dinerarias ejecutadas a través del procedimiento de cobro coactivo.

En consecuencia también debe aclararse, que la autotutela ejecutiva se ha entendido como previa, debido a la posibilidad de revisión que contiene, García de Enterría y Fernández, citado por Mora Pérez han anotado que:

Este tipo de autotutela sigue siendo también previa y no definitiva, de modo que el hecho de su aplicación no excluye tampoco el eventual conocimiento ulterior de los tribunales contencioso-administrativos, conocimiento que puede referirse tanto a la validez del acto que ha juzgado como título ejecutivo como a la validez misma de la ejecución forzosa. (Mora Pérez, 2011, p. 31)

Naturalmente, la autotutela ejecutiva se configura como la representación de la autotutela por excelencia, pues puede acoger dentro de ella todas las modalidades de esta, ello debido a que puede requerir para realizar la ejecución de una deuda, una declaratoria previa. No obstante, debe tenerse en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se han impuesto límites a la autotutela ejecutiva establecidos en la Constitución Política y leyes vigentes, respetando los derechos al debido proceso y defensa técnica de los administrados como lo contempla la Corte Constitucional colombiana, al indicar que “la autotutela ejecutiva se predica únicamente en obligaciones de contenido económico, lo que hace que no todo acto de la administración es autotutelable ejecutivamente”(Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-666).

Cabe resaltar que a pesar que dicha postura jurisprudencial se ha visto modificada; al reconocerse la posibilidad de ejecutar obligaciones diferentes a las obligaciones dinerarias, la misma aplica hoy para las deudas que se ejecutan a través del cobro coactivo, como lo evidencia el artículo 98 de la ley 1437 de 2011 al expresar que presta mérito ejecutivo entre otros “todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley”.

En este sentido, y enmarcado dentro de la autotutela ejecutiva de la administración, se encuentra el cobro coactivo administrativo, otrora llamado jurisdicción coactiva, que ha sido definido por la Corte Constitucional como:

privilegio exorbitante de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales.(Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-666).

Es menester resaltar que esta potestad exorbitante para cobrar deudas a favor de la administración, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, aplica para todas aquellas obligaciones que consten en títulos ejecutivos y que la normatividad vigente autorice su ejecución sin mediación judicial como lo contempla el artículo 98 y siguientes de la ley 1437 de 2011.

Entonces, es evidente que en el cobro coactivo administrativo, se sigue que los principios del derecho procesal deben “ceder en pro de la realización de los fines del Estado sin perder de vista que se deben observar durante toda su actividad y por todas sus autoridades, las garantías y los derechos de los administrados” (Sanabria, 2015, p.36). Máxime si se tiene en cuenta que en este procedimiento no se tiene un juez independiente, imparcial e imparcial que conozca la situación jurídica.

Según lo consagrado en las normas del ordenamiento jurídico colombiano, en especial según lo estatuido en el artículo 5 de la ley 1066 de 2006, en concordancia con el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, pueden ejercer la potestad de cobro coactivo administrativo

Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario (Ley 1066, 2006, Art. 5).

En este sentido, las EICE que prestan servicios públicos domiciliarios a pesar de encontrarse dentro de la regla general que otorga tal facultad a las entidades estatales, tienen norma expresa que las autoriza para realizar el cobro de las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos. Así, en el artículo 130 de la ley 142 de 1994, se contempla: “Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos”.

Es menester aclarar frente a este punto, la necesidad de la consagración de la prerrogativa de cobro coactivo administrativo de forma taxativa en un texto normativo debido a que las empresas de servicios públicos domiciliarios en Colombia se someten a:

Un régimen privado (salvo puntuales excepciones) los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Así, los artículos 30, 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, establecieron un régimen de derecho privado para los actos, los cuales “se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”, y los contratos, que “no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Consejo de Estado, 2019, radicado No. 39.800).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la autotutela ejecutiva ejercida a través del cobro coactivo administrativo por parte de las empresas industriales y comerciales del estado, que prestan servicios públicos domiciliarios, presenta una particularidad dado que el título ejecutivo por excelencia de este tipo de procesos es la factura de servicios públicos domiciliarios.

La factura de servicios públicos presta mérito ejecutivo dado que la normativa así lo contempla en el artículo 130 de la ley 142 de 1994, al expresar que “la factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial”.

En el caso de las EICE que prestan servicios públicos domiciliarios, esta prerrogativa de cobro de acreencias, encuentra mayor justificación en la necesidad de obtener los recursos económicos necesarios para seguir garantizando la continuidad, calidad, eficiencia y universalidad en la prestación de los servicios.

En síntesis, de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano al tratar la autotutela parten los interrogantes ¿la autotutela administrativa, y con mayor razón la ejecutiva son meras acciones que pueden o no respetar las garantías constitucionales? o por el contrario, ¿se trata de un imperativo constitucional, consagrado dentro de las garantías del debido proceso, artículo 29 constitucional y un imperativo convencional que le obliga de una parte, a cumplir con sus fines, y de otra parte, a observar respeto por todos los destinatarios de la autotutela del Estado?

El profesor Schmidt-Aßmann (2014, pág. 38) ha definido la constitucionalización del Derecho Administrativo como sigue: “Se trata de un mandato doble del “Derecho administrativo” que les garantiza protección al ciudadano y a la administración, el cumplimiento eficaz de sus tareas”. De esta forma se sigue que no existe razón jurídica que justifique el ejercicio desbordado de la autotutela ejecutiva, ya que sus límites han sido fijados por el constituyente. Aún más si se tiene en cuenta lo contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la que se evidencia que los Estados tienen el deber de garantizar a sus administrados el debido proceso en todo tipo de procesos y procedimientos ya sean estos de carácter civil, penal o administrativo, como se evidencia

Artículo 8 Garantías Judiciales [...] Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:[...] d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Por lo anterior, la administración cuando ejerce la potestad de cobro coactivo administrativo debe procurar con vehemencia que se garantice los derechos de los administrados y se cumpla a cabalidad sus obligaciones, para que con ello no se desborde el poder que esta prerrogativa le otorga.

2. EL PROCEDIMIENTO DE COBRO COACTIVO EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Como se ha acotado anteriormente, el procedimiento de cobro coactivo cuenta con el siguiente marco normativo que sustenta su razón de ser, así como su legalidad. Dicho procedimiento se encuentra en el Título IV del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece:

Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el párrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.
[...]

Artículo 100. Reglas de procedimiento. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.
2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.
3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

De manera expresa, el legislador ha indicado que este trámite especial se surtirá de conformidad con las reglas especiales que existiesen sobre el particular, por lo reglado en el CPACA en lo establecido en los artículos 98 a 101 y por las del Estatuto Tributario en lo dispuesto en sus artículos 823 a 843.

Adicionalmente, es importante resaltar que además esta disposición indica que en lo no previsto en las normas especiales, en el CPACA y en el estatuto tributario nacional, y en cuanto fuere compatible, se aplicarán las disposiciones procesales civiles del trámite judicial del proceso ejecutivo singular. En ese orden ideas se tiene que el proceso ejecutivo singular, como todos los procesos civiles dentro del ordenamiento civil colombiano hace uso de la figura del curador *ad litem* dentro del curso del proceso para garantizar el cumplimiento del debido proceso constitucional.

Ahora bien, considerando lo determinado en el Estatuto Tributario, el procedimiento administrativo de cobro coactivo de servicios públicos domiciliarios empieza con la expedición del mandamiento de pago que usualmente encuentra respaldo en el título ejecutivo factura en firme. En este punto es importante resaltar que a este trámite suele realizársele un cobro prejurídico y/o persuasivo de carácter no obligatorio, en el que se intenta la recuperación de los valores adeudados.

Una vez librado mandamiento de pago se debe realizar el trámite de notificación de este acto para que surtidos diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación comparezca para notificarse personalmente del mismo y realizar las gestiones de parte que sean necesarias.

La notificación se sujeta al trámite general que indica que los actos administrativos deberán notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos (artículo 565 del estatuto tributario). Lo que no se prevé en estas disposiciones es qué trámite realizar cuando no es posible realizar la notificación por ninguno de estos canales y se concreta la ausencia del ejecutado.

Ahora bien, de poderse realizar la notificación, se podrán hacer las labores jurídicas propias de la defensa y contradicción como proponer excepciones que de conformidad con el Estatuto Tributario Nacional son:

Art. 831. Excepciones.

Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones:

1. El pago efectivo.
2. La existencia de acuerdo de pago.
3. La de falta de ejecutoria del título.
4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente.
5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
6. La prescripción de la acción de cobro, y
7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió.

Una vez transcurridos los 10 días contemplados para realizar la notificación personal y no llegando a darse esta, el procedimiento establece que se deberá notificar por correo, es decir, se deberá enviar el mandamiento de pago a la dirección del deudor. En igual sentido, el artículo 826 del Estatuto Tributario establece que “Cuando la notificación del mandamiento ejecutivo se haga por correo, deberá informarse de ello por cualquier medio de comunicación del lugar”, quedando notificado así por correo.

Como se evidencia, en este procedimiento un deudor puede quedar vinculado al procedimiento e incluso se puede llegar a la etapa de ejecución de medidas cautelares y remate de sus bienes sin tener una defensa técnica que le permita al deudor garantizar que dicho procedimiento se realice siguiendo el debido proceso.

Por tanto, cuando el titular de la deuda de servicios públicos domiciliarios no se notifica, lo que se sostiene en este trabajo, es que sea procedente el nombramiento de curador *ad litem* para, de ser el caso, proponga excepciones o, en términos generales, realice las labores de defensa de la parte pasiva del procedimiento como normalmente se hace en los procesos ejecutivos singulares cuya remisión expresa dirige a las disposiciones del CPACA.

Una vez notificado el mandamiento de pago, se procederá a realizar la resolución que ordena seguir adelante la ejecución y por tanto, a partir de allí se puede realizar el remate de los bienes embargados del deudor. Teniendo en cuenta estas consideraciones, pasaremos a exponer la figura del curador *ad litem*.

3. EL CURADOR AD LITEM EN COLOMBIA

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el curador *ad litem* es un auxiliar de la justicia que, de acuerdo con el artículo 48 del Código General del Proceso se irgue como defensor de oficio en aquellos casos en los cuales no fue posible la comparecencia al proceso del titular del derecho en litigio principalmente, entre otros supuestos como los contemplados en los artículos 55 y 108 del Código General del Proceso.

La ausencia del sujeto pasivo en cualquier actividad estatal le deja en estado de indefensión y en imposibilidad de controvertir cualquier tipo de decisión que le sea adversa. Al respecto:

Bien dice Ramos Méndez que (...) “ante todo hay que señalar que la indefensión no tiene nada que ver con el contenido favorable o adverso de la sentencia, sino con el camino seguido hasta llegar a ella. La apreciación de perder o ganar el pleito es una valoración externa efectuada en función del éxito de las pretensiones de las partes. La parte que pierde o que no ve favorecida su postura no por ello puede argüir indefensión. Para definir ésta hay que revisar cómo se ha producido el resultado, identificando actuaciones concretas que supongan violación de las normas procesales y que hayan condicionado negativamente el resultado” (Gozaíni, 2010, p. 206)

Para garantizar el principio de defensa y contradicción el ordenamiento civil colombiano tiene como reglas para la designación del curador *ad litem* las siguientes:

Artículo 48.– Designación. Para la designación de los auxiliares de la justicia se observarán las siguientes reglas:

(...)

7. La designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio. El nombramiento es de forzosa aceptación, salvo que el designado acredite estar actuando en más de cinco (5) procesos como defensor de oficio. En consecuencia, el designado deberá concurrir inmediatamente a asumir el cargo, so pena de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar, para lo cual se compulsarán copias a la autoridad competente.

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado frente al papel del curador en el proceso ejecutivo singular que:

La figura del curador ad litem tiene por fin brindar representación al que no concurre al proceso – de manera inadvertida o intencionalmente – con el objeto de garantizarle su derecho a la defensa. De acuerdo con el artículo 46 del C.P.C., el curador “está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.” Ello indica que el curador ad litem está autorizado para realizar todas las actuaciones tendientes a proteger los intereses de su representado, dentro de las cuales se encuentra obviamente la proposición de una excepción de mérito destinada a que se declare que la acción cambiaria ha prescrito. (Corte Constitucional, 2005, Sentencia T-299)

La Corte Suprema de Justicia lo ha definido así:

[...]El curador *ad litem*, es un auxiliar de la justicia designado por el juez con el fin de que represente a la persona que no obstante el llamado que se le hace a través de un emplazamiento para que concurra al proceso, no acude; designación que además tiene por objeto evitar la parálisis del proceso y propender por su legalidad, toda vez que el derecho al debido proceso comporta una defensa efectiva [...]

Por ministerio de la ley, el aludido auxiliar está facultado “para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.[...] (Corte Suprema de Justicia, 2016, Sentencia STC13091-2016)

Por su parte, el Consejo de Estado, ha resaltado frente a esta figura en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que:

El curador ad litem es la persona encargada de asumir la defensa de la parte que por alguna circunstancia no puede concurrir al proceso o cuando esta sea un incapaz y por dicha circunstancia no pueda asumir su defensa. Lo designa el juez encargado del proceso y su función principal es asumir la defensa de la parte que representa en el

proceso. La figura del curador ad litem puede efectuar todos los actos procesales a excepción de aquellos que le corresponden solo a la parte, por ende no podrá llegar a disponer del derecho el litigio, es decir, que no puede conciliar, transigir, ni allanarse, pues dichos actos solo le conciernen a la parte. Quien actúa como curador ad litem en un proceso solo podrá hacerlo hasta que concurra su representado o quien representa a este último. El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. La decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten (Consejo de Estado, 2017, Radicado 57.605)

Con todo, en la jurisprudencia es pacífica la aceptación de la figura jurídica del curador *ad litem* como garantía del debido proceso y del derecho a la defensa de quien esté ausente en el proceso, lo que se debe aplicar a todos los procesos y procedimientos. Incluyendo el administrativo en el que se ponga en juego derechos de ciudadanos, dado que no garantizar dicho derecho podría involucrar la nulidad del procedimiento por no garantizar un derecho fundamental como es el debido proceso.

Por lo anterior, a continuación se expone la garantía al debido proceso a nivel nacional e internacional y las opciones para la implementación de esta figura jurídica dentro del proceso administrativo de cobro coactivo.

4. EL DEBIDO PROCESO EN EL COBRO COACTIVO ADMINISTRATIVO DE SPD.

El debido proceso es la figura constitucional que establece cómo debe ser la relación de los sujetos del Derecho con el aparato institucional. En nuestro ordenamiento jurídico colombiano se institucionaliza esta figura en el artículo 29 de la Constitución Política. Dado que en su desarrollo histórico el debido proceso surge vinculado a trámites de carácter judicial, gracias a la herencia francesa se ha asumido como parte de actuaciones de la administración pública también (Hoyos, 2004).

Los elementos que le conforman son:

- El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
- Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa
- El juzgamiento solo es procedente ante juez o tribunal competente.
- El juzgamiento debe ser realizado, con observancia de la plenitud de las formalidades procesales, propias de cada juicio.
- Toda persona se presume inocente mientras no le haya declarado judicialmente culpable
- Quien sea juzgado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso
- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)
(Peláez, 2013, p. 163)

Por su parte, Martín Agudelo, define el debido proceso como:

un derecho fundamental contenido de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho. Es un derecho de toda persona a participar en un procedimiento dirigido por unos sujetos con unas cualidades y funciones concretas, desarrollado de conformidad con las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, en los que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, siempre y cuando se dé la oportunidad de oír o escuchar a todos los sujetos que puedan ser afectados con las resoluciones que allí se adopten (2005, p. 1).

El debido proceso consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 29, con abundante desarrollo jurisprudencial por parte de las altas cortes del país, en las que se establece, entre otras, que:

5.3.1. El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses (Corte Constitucional, 2014)

En un pronunciamiento anterior, y con relación a las actuaciones del Estado se pronunció de la siguiente manera:

(...) la observancia del derecho al debido proceso, dada la generalidad del mandato contenido en la norma citada, se aplica necesariamente cuando el estado ejerce la función jurisdiccional o la función administrativa y resultan afectados desfavorablemente los derechos fundamentales de una persona (Corte Constitucional, 1993)

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido la garantía del debido proceso como:

En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso. (Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71)

En el mismo orden de ideas se sostuvo que:

La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos . El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia , que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa (Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 30319 151).

Adicionalmente,

El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo [...] defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien

cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas. La Convención Americana rodea de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material, por ejemplo a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8.2.g) o las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (artículo 8.3), como de la defensa técnica, en los términos que se desarrollarán a continuación.

(...)

El derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona. En el mismo sentido: Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr.155.

(...)

168. La Corte estima que la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida, además, por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública. Si es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control. Ciertamente, la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales. Tal deber de tutela o de control ha sido reconocido por tribunales de nuestro continente que han invalidado procesos cuando resulta patente una falla en la actuación de la defensa técnica (Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303 153)

Esta garantía constitucional es resaltada en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996 que establece:

En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneas para ejercerla.

En igual sentido se ha entendido en el contexto internacional que el derecho de defensa también aplica el artículo 14 de San José, O sea que son aplicables, en materia del derecho de defensa, tanto el art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, como el art. 8° de la Convención americana sobre derechos humanos, o “pacto de San José” (Camargo, 2000, p.151).

5. OPCIONES DE IMPLEMENTACIÓN Y CONCLUSIÓN

Con todo lo anterior, es posible afirmar que la presencia de la figura del curador *ad litem* en los procesos de la jurisdicción civil y de lo Contencioso administrativo es pacífica de tal suerte que su aplicación por remisión, en el procedimiento administrativo de cobro coactivo tiene vocación de aplicabilidad. Su implementación, como se mencionó, debe ser analógica con la del proceso ejecutivo y en todo caso, la falta de implementación de esta figura es violatoria del debido proceso en términos de Derecho constitucional y convencional.

Considerando lo contemplado en la Sentencia C-083 de 2014 cuando dice:

De acuerdo con el Código General del Proceso (art. 47, CGP), los cargos de auxiliares de la justicia son (i) ‘oficios públicos’, con la característica de que (ii) se ejercen de forma ‘ocasional’. Estos cargos tienen que ser desempeñados por personas que (iii) deben reunir al menos las siguientes cuatro condiciones generales: ser (1) ‘idóneas’, (2) ‘imparciales’, (3) de ‘conducta intachable’ y (4) ‘excelente reputación’. Adicionalmente, los auxiliares de la justicia deben cumplir dos condiciones adicionales, con relación al caso concreto que se esté debatiendo; se requiere (5) idoneidad y experiencia en la respectiva materia y (6) garantía de su responsabilidad y cumplimiento (cuando sea procedente). En términos formales, la persona que sea auxiliar de la justicia debe (7) ‘tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar’ (Corte Constitucional, 2014, Sentencia C-083)

Debe tenerse en cuenta que el nombramiento de los curadores debe atender a principios de idoneidad que, de manera preliminar, indicaría que el profesional tenga conocimiento del proceso especial de cobro coactivo.

Con todo, un instrumento de activismo judicial como la acción de tutela se irgue como herramienta última para evitar la violación del debido proceso al ejecutado que se entera de manera tardía de que fue objeto de cobro y ejecución coactiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo Ramírez, M. (2005) el debido proceso, Revista Opinión Jurídica vol. 4, núm. 7. P 89 – 105.
- Arredondo Gómez, J. (2015). La jurisdicción coactiva marco legal y constitucional. Bogotá: Editorial Leyer.

Camargo, P. (2000) El debido Proceso. Editorial Leyer Ltda. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (17 de abril de 2017). Sentencia 11001-03-26-000-2016-00123-00(57605). (MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (30 de agosto de 2018). Sentencia 25000-23-37-000-2017-00200-01(23883). (MP Julio Roberto Piza Rodríguez)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. (25 de septiembre de 2019) Sentencia 11001-03-15-000-2019-02311-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (19 de junio de 2019). Sentencia 85001-23-31-001-2008-00076-01 (39800)(MP Alberto Montaña Plata).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 17001-23-31-000-1993-09034-01 (14807) (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; agosto 30 de 2006).

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (13 de octubre de 2016). Sentencia 41001-23-33-000-2013-00381-02(22545). (MP Martha Teresa Briceño De Valencia)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (12 de abril de 2012). Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia. Radicación número: 15001-23-31-000-2009-000-9201(18720).

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. (24 de octubre de 2013) radicación número: 25000-23-27-000-2013-00352-01(20277). Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional de Colombia (1993) Sentencia T-351 de 1993 (MP Antonio Barrera Carbonell)

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia C- 666 de 2000. (MP José Gregorio Hernández Galindo)

Corte Constitucional de Colombia (2002) Sentencia C-454 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra)

- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C- 776 de 2003. (MP Manuel José Cepeda Espinosa)
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-691 de 2008. (MP Manuel José Cepeda Espinosa)
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-016 de 2009. (MP Jaime Córdoba Triviño)
- Corte Constitucional de Colombia de Colombia. (2010). Auto 081/2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)
- Corte Constitucional de Colombia de Colombia. (2013). Sentencia C- 826 de 2013. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-083 de 2014. (MP María Victoria Calle Correa)
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T- 323 de 2014. (MP Luis Ernesto Vargas Silva)
- Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia C-341 de 2014. (MP Mauricio González Cuervo)
- Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia T-533 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C- 158 de 2016. (MP María Victoria Calle Correa)
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T- 616 de 2016. (MP Jorge Iván Palacio Palacio)
- Corte Suprema de Justicia (2005) CSJ. STC de 14 de septiembre de 2005 exp. 1100102030002005-01097-00
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (1999). Curso de derecho administrativo. Madrid: Thomson Civitas.
- Gozaíni, O (2010) Garantías, principios y reglas del proceso civil. Sobre el cambio en los principios procesales. Editorial académica española. Buenos Aires
- Hoyos. A (2004) El debido proceso. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C.

Ley 142 de 1994. por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio de 1994. D.O. No. 41433.

Ley 1066 de 2006. por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones. 29 de julio de 2006. D.O. No. 46344.

Mora Pérez, J. M. La autotutela en el Derecho Administrativo: Un enfoque crítico sobre su existencia. pp. 30, 31. Ed. Temis S.A. (2011)

Peláez, R.A (2013) El debido proceso probatorio en el contexto de las garantías procesales en Centro de estudios sociojurídicos latinoamericanos (2013) Derecho procesal garantista y constitucional. En: El derecho constitucional y los derechos fundamentales en la teoría garantista del derecho procesal. Ediciones Nueva jurídica. Bogotá D.C.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2018). Concepto 640 de 2018.

Sanabria, J.D,(2016). La necesidad de curador ad litem para los deudores ausentes en el proceso administrativo de cobro. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*,(74), 295 – 328.

Schmidt-Aßmann, E., El concepto de la constitucionalización del Derecho Administrativo en la constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. (2014).

Triana Perdomo, J. (2018). El proceso ejecutivo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y el cobro coactivo: concordado con la Ley 1437 de 2011 CPACA y la Ley 1564 de 2012 C.G.P. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.