

La necesidad de curador *ad litem* para los deudores ausentes en el proceso administrativo de cobro

The Need for Guardian ad Litem for Missing Debtors in the Administrative Tax Recovery Process

A necessidade de *curador ad litem* para os devedores ausentes no processo administrativo de cobrança

JESÚS DAVID SANABRIA ARDILA¹

Abogado, docente e investigador - Cúcuta, Colombia

Fecha de recepción: 17 de abril de 2015

Fecha de aprobación: 13 de octubre de 2015

Página inicial: 295

Página final: 328

Resumen

En Colombia, la ejecución de obligaciones en favor de la Nación se efectúa a través del procedimiento administrativo de cobro (PAC), privilegio exorbitante justificado en la autotutela ejecutiva del Estado. El PAC fue compilado por el Decreto 624 de 1989 y ampliado a otras entidades públicas por Ley 1066 de 2006, y durante su vigencia resulta innegable la eficiencia, economía y celeridad en el recaudo.

Sin embargo, se necesitan soluciones concretas para las dificultades de procedimiento que generan inconformidad en los contribuyentes y consecuencias adversas para el procedimiento administrativo, tales como nulidades procesales y eventuales condenas a la Nación por responsabilidad administrativa.

Por múltiples causas, un considerable número de contribuyentes no comparece al PAC, el cual continúa sin una eficaz integración de la *litis*, incluso hasta

1 Abogado por la Universidad Libre de Colombia, Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, Estudiante de Especialización en Responsabilidad Médica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Ejecutor de cobro coactivo de la DIAN - Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta desde 2005. Email: jesusdavidсанabria@gmail.com.

* Este artículo puede citarse de la siguiente forma: Jesús David Sanabria Ardila. *La necesidad de curador ad litem para los deudores ausentes en el proceso administrativo de cobro*, Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, núm. 74, pág. 295, Bogotá D.C., mayo 2016.

el remate de bienes. Esto ocurre debido a que el sistema de notificación permite que se perfeccione la vinculación directa del deudor a través de la notificación personal como mecanismo principal y subsidiariamente por correo de no ser posible aquella, excluyendo la posibilidad de que el deudor sea representado por un *curador ad litem* con quien se surtiría la notificación indirecta y se concretaría materialmente la vinculación del ausente. No es posible hablar de garantías para el ejercicio de la defensa cuando el deudor no ha recibido materialmente la intimación de la orden de apremio, razón por la que resulta cuestionable que la administración pueda continuar el cobro coactivo.

El Estado social de derecho exige garantías mínimas en los procedimientos administrativos, cuestión que solo se logra mediante el respeto al debido proceso y al derecho de defensa material.

En medio de las dificultades que afrontan quienes no comparecen al PAC, ora porque no fueron vinculados en debida forma, ora porque fueron renuentes a hacerse parte, o sencillamente porque a pesar de haberse consumado el ritual de la notificación aún siguen sin enterarse de la causa que se adelanta en su contra, emerge la figura del curador *ad litem* como una solución que beneficia tanto al deudor ausente en cuanto le garantiza una defensa mínima, como a la administración pues constituye un instrumento de saneamiento.

Palabras clave

Procedimiento administrativo de cobro, Curador *ad litem*, Debido proceso, Derecho de defensa, Deudor ausente.

Abstract

In Colombia, the fulfillment of obligations in favor of the Nation is effected through the administrative procedure for recovery (PAC), exorbitant executive privilege justified self governance of the state. The PAC was compiled by Decree 624 of 1989 and extended to other public bodies by law 1066 of 2006, and during their term is undeniable efficiency, economy and speed in the collection.

However, concrete solutions to the procedural difficulties that generate discomfort in adverse consequences for taxpayers and administrative, such as procedural nullity and any convictions to the Nation by administrative responsibility procedure are needed.

Multiple causes, a significant number of taxpayers do not appear to PAC, which continues without effective integration of the lawsuit, even the auction of goods. This occurs because the notification system allows direct linking of the

debtor is perfected through personal notification as main mechanism and secondarily by mail is not possible that, excluding the possibility that the debtor is represented by a guardian ad litem who indirect reporting and linking materialize materially absent. It is not possible to talk of guarantees for the exercise of the defense if the debtor has not materially received the summons to the order of urgency, why is questionable that the administration can continue the coercive collection.

The rule of law requires minimum guarantees in administrative procedures, a matter that can only be achieved through respect for due process and the right of defense material.

Amid the difficulties faced by those who do not appear to PAC, or because they were not linked in proper form, or because they were reluctant to take part, or simply because despite the ritual of notification have accomplished still without knowing the cause coming on against emerges the figure of the guardian ad litem as a solution that benefits both the absent debtor as a minimum defense guarantees, and the administration is a tool for sanitation.

Keywords

Administrative recovery procedure, Guardian *ad litem*, Due process, Right to defense, Absent debtor.

Resumo

Na Colômbia, a execução de obrigações em favor da Nação se efetua através do procedimento administrativo de cobrança (PAC), privilegio exorbitante justificado na autotutela executiva do Estado. O PAC foi compilado pelo Decreto 624 de 1989 e ampliado a outras entidades públicas por Lei 1066 de 2006, e durante a sua vigência resulta inegável a eficiência, economia e celeridade na cobrança.

No entanto, precisam-se soluções concretas para as dificuldades de procedimento que geram inconformidade nos contribuintes e consequências adversas para o procedimento administrativo, tais como nulidades processais e eventuais condenas à Nação por responsabilidade administrativa.

Por múltiplas causas, um considerável número de contribuintes não comparece ao PAC, o qual continua sem uma eficaz integração da *litis*, incluso até o remate de bens. Isto ocorre devido a que o sistema de notificação permite que se aperfeiçoe a vinculação direta do devedor através da notificação pessoal como mecanismo principal e subsidiariamente por correio de não ser possível aquela, excluindo a possibilidade de que o devedor seja representado por um *curador ad*

litem com quem surtiria a notificação indireta e se concretaria materialmente a vinculação do ausente. Não é possível falar de garantias para o exercício da defesa quando o devedor não tem recebido materialmente a intimação da ordem de urgência, razão pela que resulta questionável que a administração possa continuar a cobrança coativa.

O Estado social de direito exige garantias mínimas nos procedimentos administrativos, questão que só se consegue mediante o respeito ao devido processo e ao direito de defesa material.

Em meio das dificuldades que afrontam quem não comparecem ao PAC, seja porque não foram vinculados em devida firma, seja porque foram relutantes a fazer parte, ou simplesmente porque apesar de ter-se consumado o ritual da notificação ainda seguem sem tomar conhecimento da causa que se desenvolve em contra sua, emerge a figura do *curador ad litem* como uma solução que beneficia tanto ao devedor ausente em quanto lhe garante uma defesa mínima, como à administração pois constitui um instrumento de saneamento.

Palavras-chave

Procedimento administrativo de cobrança, Curador *ad litem*, Devido processo, Direito de defesa, Devedor ausente.

Sumario

Introducción; 1. Autotutela ejecutiva administrativa y el derecho a la defensa del contribuyente, 1.1. Naturaleza administrativa del PAC, 1.2. Ejercicio de la autotutela ejecutiva, 1.3. Defensa técnica frente al poder exorbitante de la administración; 2. La capacidad para ser parte y la representación en el PAC; 3. Notificación del mandamiento de pago: Importancia del canal de comunicación efectivo y afectación del ejercicio de defensa técnica, 3.1. Notificación del mandamiento de pago, 3.2. Curador *ad litem* en el proceso ejecutivo, 3.3. El RUT como dirección válida para notificación y la importancia del canal de comunicación efectiva, 3.4. Afectación del derecho a la defensa material y técnica del deudor ausente; 4. Curador *ad litem* en el PAC: Propuesta que garantiza el principio de publicidad y el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa técnica del deudor ausente, 4.1. La propuesta y el mecanismo para implementar la figura del curador; 5. Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

Después de revisar la escasa bibliografía sobre la materia sin obtener mayores referencias, y teniendo en cuenta que en Colombia nunca ha existido una juris-

dicción coactiva debidamente organizada², en el presente trabajo se pretende dar respuesta al problema jurídico que se presenta en cada uno de los PAC adelantados contra deudores ausentes, a quienes en el sistema jurídico actual no les provee la posibilidad de ser representados por un curador *ad litem* que haga las veces de defensor de oficio bajo los mismo supuestos que regula el artículo 48 de la Ley 1564 de 2012. El interrogante principal no se refiere a si es lesivo o no el que no se permita designar curador *ad litem* al deudor que no comparece, sino que se concreta a determinar si es o no conveniente incluir —sea por vía legal o por vía de doctrina institucional— en este tipo de procedimientos administrativos la figura del curador *ad litem* como garantía de defensa técnica de los intereses y derechos de los deudores ausentes y a su vez como un mecanismo eficaz para evitar posibles vulneraciones a derechos fundamentales, reforzando la legalidad de un procedimiento excepcional y justificando el ejercicio del poder exorbitante del ejecutivo en virtud del principio de autotutela administrativa del Estado?

Del interrogante formulado se desprenden otros puntos relacionados, los cuales deberán ser analizados con el fin de ofrecer una respuesta concreta al problema jurídico planteado: la representación del deudor dentro del proceso administrativo de cobro, las debilidades del sistema de notificación al no establecer la posibilidad de vincular indirectamente al deudor a través del *curador ad litem*, el riesgo de daño antijurídico por razón de tal falencia, la naturaleza y funciones del curador *ad litem*, la justificación y la finalidad de instituir el curador *ad litem* dentro del proceso administrativo de cobro, beneficios que reportaría la institución jurídica para el contribuyente y para la administración tributaria.

Teniendo en cuenta el interrogante formulado y cada uno de los puntos enunciados anteriormente, es posible plantearlos a través de la siguiente hipótesis: las garantías de defensa técnica previstas en el procedimiento administrativo de cobro colombiano, serían deficientes o al menos insuficientes para el deudor ausente al no permitírsele ejercer su defensa a través de un curador *ad litem*, y llevar adelante una ejecución sin que haya tenido la oportunidad real y material de ser oído y vencido en los términos que establece la Constitución Política y que exige el Estado social de derecho³.

2 Édgar Guillermo Escobar Vélez. “El proceso de jurisdicción coactiva”. 6 ed. p. 16, Señal Editora, Medellín. (2010). Se pronuncia al respecto: “Entre nosotros nunca ha existido una organización de la jurisdicción coactiva, expedida en un acto único legal, ni un código de procedimiento propio, sino que a medida de las necesidades de la administración y por medio de muchas leyes diversas y dispersas se ha venido legislando sobre la clase de obligaciones que puedan recaudarse por esta vía, sobre los títulos que prestan mérito ejecutivo para ello y los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva y respecto de la segunda instancia”.

3 John Jaime Arredondo Gómez. “La jurisdicción coactiva. Marco legal y constitucional”. 1 ed. p. 50. Leyer Editores, Bogotá D.C. (2015). Considera: “El debido proceso se encuentra normativizado como un principio constitucional en la Carta Política de Colombia; por medio de él se garantiza a todas las personas su

La hipótesis formulada se erige sobre los siguientes argumentos:

- a) El Estado social de derecho adoptado por el constituyente de 1991, supone un sistema de amplias garantías de defensa para quienes son llamados a comparecer a procesos judiciales o administrativos, cuya importancia estriba en que el procesado siempre tenga la posibilidad de ejercer su defensa técnica con mayor razón si se encontrare ausente del proceso al que ha debido comparecer.
- b) El PAC del Estatuto Tributario de 1989 surtió su examen de constitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia⁴ siendo confrontado con el régimen constitucional de 1886, notablemente menos garantista que el de 1991, razón por la cual, esta facultad exorbitante mediante la cual se ejercería la autotutela ejecutiva del Estado fue avalada por el guardián de la constitución con una serie de normas restrictivas que quizás hoy ameriten un nuevo examen frente al régimen actual, como la obligatoriedad del Registro Único Tributario (en adelante RUT) como mecanismo único de ubicación, la improcedencia de los recursos contra los actos administrativos del proceso de cobro, la taxatividad de las excepciones de mérito, la falta de exigencia de representación por abogado, la imposibilidad de designar curador *ad litem* para el deudor ausente o defensores de oficio para quienes no tienen posibilidad de costear los honorarios de un abogado, entre otras limitaciones que, aunque hacen parte de la facultad de libertad de configuración legislativa, se hallan sitiadas por una profusa sombra de inequidad e injusticia que contradicen los fines y postulados de la Constitución de 1991.
- c) La representación del deudor en el PAC no se encuentra regulada expresamente por el Estatuto Tributario, razón por la cual se acude a lo normado en el artículo 555 *ibidem*, el cual señala que los contribuyentes pueden actuar ante la administración de manera personal o por medio de sus representantes o apoderados. Por su parte, el artículo 556 del mismo estatuto establece las reglas de representación para personas jurídicas y el 557 hace lo propio en relación con la agencia oficiosa. Como se puede inferir de lo anterior, en el proceso de cobro coactivo el deudor ausente se encuentra huérfano de defensa técnica al no permitirse su vinculación a través del *curador ad litem*,

participación en los procesos en los cuales sean partes procesales, en igualdad de condiciones frente al debate, ejerciendo el derecho de contradicción, defensa y, según el procedimiento plenamente preestablecido para el asunto en conflicto, con el fin de brindar garantías en la defensa de sus derechos. El doctor Arturo Hoyos sostiene: "(...) es una institución porque constituye una idea común, compleja y objetiva — integrada en todo unitaria que es la Constitución Política de Colombia— a la cual adhieren las voluntades de los justiciables, para que el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrezca la tutela judicial que permita a las personas la defensa y goce efectivo de los derechos". Arturo Hoyos. *El debido proceso*. p. 54. Temis, Bogotá. (1988)".

4 Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 79 de 1989 (octubre 5 de 1989).

así como también se halla desprotegido el deudor que no tiene el conocimiento técnico suficiente ni la posibilidad de contratar un abogado para que lo represente durante el curso del proceso.

- d) El sistema de notificación del mandamiento de pago regulado por el Estatuto Tributario Nacional puede resultar insuficiente para garantizar la vinculación al proceso de los deudores ausentes, pues no obstante disponer la notificación personal y la notificación por correo en subsidio de aquella, el deudor ausente no tiene la posibilidad de ser representado en el PAC por un *curador ad litem*, situación que afecta directamente su derecho a la defensa.

Por otra parte, para intimar la orden de apremio al deudor, el sistema de notificación toma como referencia la dirección registrada por el contribuyente ante la administración, es decir, la denominada dirección del RUT, el cual según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2460 de 2013, “constituye el mecanismo único para identificar, ubicar y clasificar a las personas y entidades que tengan la calidad de contribuyentes”. Esta herramienta constituye un mecanismo útil para la administración, pero puede resultar perjudicial para los derechos fundamentales del contribuyente bajo el crisol del nuevo régimen constitucional, pues en la práctica está relevando a la administración del deber de acudir a otros canales de comunicación, iguales o incluso más eficaces que el RUT, a través de los cuales se pueda hacer efectiva la noticia de la orden de pago a cargo del deudor. La tendencia en todos los procesos de naturaleza ejecutiva indica que la notificación del mandamiento ejecutivo debe realizarse en forma personal, lo que necesariamente conlleva el emplazamiento y el nombramiento de curador *ad litem*.

- e) Lo anterior, aunado a que los datos del RUT no siempre son actuales o pueden contener errores de digitación, que la entrega de los correos físicos se hace a través de empresas particulares especializadas —lo que genera un riesgo adicional—, y a que existen otras fuentes de ubicación como las bases de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, los registros de las Empresas Promotoras de Salud, las bases de datos de las centrales de información financiera, o las que utilizan las empresas de telefonía celular y servicios públicos; justifica la necesidad de replantear el la limitante que establece el RUT como mecanismo único de ubicación.
- f) El riesgo de daño antijurídico se hace latente en la medida en que el deudor requerido demuestre que no le ha sido posible comparecer al proceso administrativo por causa de notificaciones defectuosas, ya sea por envío de correos con errores en la dirección, actos entregados a un destinatario diferente, devueltos por direcciones incompletas o porque no se estableció con-

tacto, o porque no se realizó correctamente la publicación del aviso, aun cuando se encuentra demostrado que la administración conoce un canal de comunicación efectivo para intimar la orden de apremio o la de seguir con la ejecución, y acude a la dirección del RUT porque es esta su obligación legal, entendiéndose relevada de la obligación de acudir a otras fuentes de ubicación del interesado, más eficaces y en ocasiones más expeditas, lo que no solo contradice postulados convencionales y constitucionales como la buena fe y del espíritu de justicia, sino que *ipso iure* genera la ineficacia de los actos administrativos⁵ necesitados de la notificación.

En otros términos, se planteará la posibilidad de evitar que en ejercicio del PAC se causen daños antijurídicos por vulneraciones a los derechos de los contribuyentes, mediante la ampliación de las garantías de defensa técnica del contribuyente a través de la institución del curador *ad litem*, que de ser implementada dentro del PAC seguramente redundará en beneficios para la parte deudora que no comparezca al proceso y para la administración que ejercerá la función coactiva honrando los fines del estado social de derecho, agilizando los procesos de cobro coactivo, eliminando así cualquier inconformidad que pudiere persistir en quienes asuman su propia defensa con posterioridad a la orden de pago o inclusive a la orden de seguir la ejecución, y evitando así posibles demandas administrativas por daño antijurídico.

En términos conceptuales, se efectuará un análisis crítico de la deficiencia o al menos insuficiencia de garantías para el deudor ausente y del alto riesgo que existe para la administración desde el punto de vista del daño antijurídico, llegando a la conclusión de la necesidad de incluir dentro del procedimiento administrativo de cobro la figura del curador *ad litem* con la cual se espera reivindicar para el deudor ausente del PAC, los mismos derechos que ostentan este tipo de sujetos dentro de los procesos de naturaleza ejecutiva en Colombia, es decir, aquellos establecidos en el artículo 290 del Código General del Proceso, que no son otros más que el deber de emplazar a los deudores ausentes y surtir las notificaciones a través de un *curador ad litem*, en los términos del numeral 7º del artículo 48, y de los artículos 55 y 56 del *ibidem*.

5 Ley 1437 de 2011. Artículo 67, inciso 3º. "El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación".

1. Autotutela ejecutiva administrativa y el derecho a la defensa del contribuyente

1.1. Naturaleza administrativa del PAC

No es materia del presente trabajo la permanente discusión sobre la naturaleza del PAC, en cuanto a si el ejercicio de la jurisdicción coactiva implica que los actos proferidos dentro del mismo constituyen ejercicio de función judicial por autorización del artículo 116 de la Constitución Política⁶ o simplemente sean actos de naturaleza administrativa como lo disponen el artículo 835 del Estatuto Tributario y el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 al establecer el control jurisdiccional sobre el acto administrativo que resuelve las excepciones interpuestas contra el mandamiento de pago⁷.

Sobre el particular vale acudir al examen de constitucionalidad que efectuó la Corte Suprema de Justicia, primer precedente sobre jurisdicción coactiva, en el cual se define la naturaleza administrativa del PAC, la exorbitancia de las facultades de la administración en ejercicio de la autotutela ejecutiva y su finalidad, además de justificar su existencia en el interés general y el cumplimiento de los fines del Estado⁸.

Casás (2010)⁹ clasifica los sistemas de cobro en Latinoamérica, advirtiendo que Colombia, México y Perú adoptaron un sistema de cobro administrativo, Guatemala optó por un sistema de cobro netamente judicial, mientras que Argentina

6 Constitución Política. Artículo 116. Prevé quiénes administran justicia en Colombia.

7 John Jaime Arredondo Gómez. Op. cit., p.84. Se refiere al tema en los siguientes términos: “Lo anterior nos lleva a diferenciar la jurisdicción de la función: mientras la primera es la causa, y la Constitución se la otorga a ciertos órganos, la segunda es la consecuencia, y se da a través de la actividad que desarrollan los funcionarios asignados a esos órganos”.

8 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 79 de 1989. (octubre 5 de 1989). Acción pública de inconstitucionalidad respecto de los artículos 100, 101, 102, 103, 110, 111, 112, 113, 114, 117 y 118 del Decreto 2503 de 1987 “por el cual se dictan normas para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales”, providencia en que se aclara que: “la jurisdicción coactiva no implica el ejercicio de la función jurisdiccional sino que es un procedimiento administrativo encaminado a producir y a hacer efectivo un título ejecutivo conforme a las normas de los artículos 68 del C.C.A. y 562 del C.P.C., para que el Presidente de la República pueda cumplir el mandato del artículo 120, ordinal 11 de la Carta, de cuidar de la exacta recaudación de las rentas públicas”.

9 José Osvaldo Casás. “La autotutela ejecutiva de la administración tributaria”. Dictamen publicado por el Centro de Estudios de Derecho Tributario de la Universidad de Buenos Aires. (2010). “En América, el cobro coactivo de los tributos se encausa, en algunos países, mediante proceso judicial y, en otros, a través de un procedimiento administrativo. El tema fue abordado por la “Segunda Asamblea General del Centro Interamericano de Administradores Tributarios” (CIAT), celebrada en Buenos Aires en el año 1968, donde se trató un completo Informe de Manuel Rapoport, Director Ejecutivo del Programa Conjunto de Tributación OEA-BID, en el que se describió la situación en el derecho positivo de las distintas naciones, resultando que, a esa fecha, nueve países habían adscrito a regímenes administrativos de cobro (Bolivia, Colombia, Ecuador, Estados Unidos de América, Guatemala, México, Panamá, Perú y Trinidad Tobago); once al sistema judicial (Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay,

y Chile tienen un sistema mixto, es decir, administrativo pero con autorización judicial en materia de medidas cautelares.

Queda claro entonces que no existe razón para discutir sobre la naturaleza del PAC en Colombia, la cual sin duda es administrativa, entendida como un privilegio de la administración de carácter excepcional y exorbitante en cuanto permite ejercer por vía administrativa el cobro de los créditos en favor de la Nación, mediante el procedimiento señalado en el Decreto 624 de 1989, que además de extraordinario y excepcional, es el producto del ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, por el numeral 5º del artículo 90 de la Ley 75 de 1986 y el artículo 41 de la Ley 43 de 1987¹⁰.

En otras palabras, no solo se le concedió al Ejecutivo el poder exorbitante de fungir dentro del PAC con la doble condición de ejecutor del cobro y acreedor de la obligación —para no caer en la común imprecisión “*juez y parte*”—, sino que además se le concedió la potestad de establecer el procedimiento por medio del cual ejerciera dichas facultades, cuestión que suscita férreas críticas y oposiciones en diferentes sectores de la doctrina nacional e inclusive en la extranjera¹¹. Son tres poderes entonces, los que el legislador ha querido encomendar al ejecutivo¹²: el poder de legislar, el poder de ejecutar directamente el cobro a través del procedimiento que el mismo ha establecido y además la titularidad de la acción

República Dominicana, Uruguay y Venezuela); mientras que en uno (Chile), se afrontaba una etapa de transición”.

- 10 Corte Constitucional. Sentencia T-604 de 2005. Consideró: “El artículo 29 de la Constitución (en especial en sus incisos primero y segundo) otorga la facultad al Legislador para que defina las formas jurídicas que deben gobernar cada juicio. Significa lo anterior que encabeza de este se encuentra el poder para establecer los diversos medios a través de los cuales se habrán de debatir los conflictos surgidos en la sociedad. Esto permite aseverar que, salvo que la Constitución disponga otra cosa, el Congreso es el primer llamado a definir las competencias de las diversas autoridades para efectuar el trámite, direccionamiento y decisión de esas controversias, entre las cuales se encuentra, por supuesto, el cobro del incumplimiento de las obligaciones fiscales. Al respecto, en la Sentencia C-649 de 2002 la Corte precisó lo siguiente: “*Una vez cumplida la etapa anterior, es decir, definida la obligación tributaria, si el contribuyente no cancela voluntariamente su deuda debe la administración proceder al recaudo forzoso de los créditos fiscales. Para cumplir ese cometido, el Constituyente no señaló ningún procedimiento ni preestableció competencias distintas a las que genéricamente fueron asignadas al Presidente como suprema autoridad administrativa. Ello significa que el diseño específico de los mecanismos de recaudo forzoso de los créditos fiscales quedó en manos del legislador, según los mandatos del artículo 150-23 de la Carta (expedir leyes que regirán el ejercicio de funciones públicas), la expresa previsión del artículo 189-23 de la Carta y la ya referida cláusula general de competencia*”.
- 11 Ernesto Grún. “Un engendro híbrido administrativo-judicial. El nuevo art. 92 de la Ley 11.683 que implementa un novedoso mecanismo de ejecución fiscal”. Impuestos. T. LVIII-A. pp. 834 y ss.
- 12 Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. T. I. p. 31. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. (2003). Considera al respecto: “*Doctrina y jurisprudencia están contestes en que el Congreso no puede delegar en forma amplia sus facultades al Poder Ejecutivo, y que solo puede permitirle dictar ciertas normas dentro de un marco legal prefijado por el legislador*”. Citado por Germán Cisneros Fariás. “*García de Enterría en Iberoamérica. Sus Tesis más relevantes*”. “La protección de los derechos frente al poder de la administración”. p. 27. Ed. Temis, Bogotá. (2014).

de cobro, lo que en nuestro parecer, aunque legal, resulta excesivo y tiende al absolutismo.

En un estado social de derecho, no es conveniente este tipo de “*superpoderes*” en cabeza de una sola persona, pues resulta evidente que este tipo de concentración de poder suele desbordar sus fines y terminar convirtiéndose en un instrumento de arbitrariedad.

Se debe destacar que el procedimiento administrativo de cobro, establecido por el Decreto 624 de 1989 no ha sido objeto de un examen de constitucionalidad, salvo contadas sentencias sobre vinculación de deudores solidarios¹³, recursos contra la resolución que decide las excepciones¹⁴, remate de bienes¹⁵.

La concentración de poder en una sola persona, le hace proclive al desborde de sus atribuciones, permeando de arbitrariedad lo que en apariencia puede considerarse razonable.

Tales motivos vinculan más estrechamente a quienes ejercen la jurisdicción coactiva por vía administrativa con el Estado social de derecho, pues el ejercicio de la autotutela ejecutiva resulta más sensible el equilibrio de las cargas públicas, de tal manera que cualquier falta o insuficiencia en las garantías de defensa del deudor pueden llegar a romper dicho equilibrio generando graves inconvenientes para la administración e inclusive causar daño antijurídico al procesado.

1.2. Ejercicio de la autotutela ejecutiva

Mora Pérez (2011: 30), citando a los maestros García de Enterría y Fernández (2004: 522), se refiere a la autotutela ejecutiva o ejecutoriedad en los siguientes términos: “*Como ya hemos adelantado, esta segunda expresión de autotutela va más allá de la anterior: aparte de eximirse a la administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, facultándola para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada.*”

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-12013 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; diciembre 9 de 2003), en la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 828-1 del Estatuto Tributario, sobre la vinculación de deudores solidarios al procedimiento Administrativo de cobro, siempre que hayan sido vinculados desde el inicio de la determinación y discusión del impuesto o sanción, y hasta en la etapa de recursos.

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-739 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; agosto 30 de 2006), en la que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 834 del Estatuto Tributario, considerando que no se vulnera el principio de doble instancia al consagrar solamente reposición contra la resolución que falla las excepciones.

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-776 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; septiembre 9 de 2003), por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 8º de la Ley 788 de 2002 que establece el remate de bienes a través de particulares, bajo el entendido que estos ejecutan la orden de remate impartida previamente por la administración, después de haber adelantado el procedimiento conforme a las normas que lo regulan.

Así como la autotutela declarativa se manifiesta en una decisión o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros". Prosigue García de Enterría y Fernández, citado en Mora Pérez (2011:31) sobre el mismo punto: "(...) *ha de notarse, en fin, 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*".

Sin embargo, la autotutela ejecutiva¹⁶ debe ser ejercida dentro de los límites que establece la Constitución Política y que enmarcan las leyes aplicables, observando los postulados de justicia e igualdad, respetando los derechos al debido proceso y defensa técnica de los administrados. Por ello, el procedimiento de cobro coactivo debe cumplir su finalidad recaudadora de los dineros públicos adeudados por los administrados, sin que por el ejercicio de tal atribución se vean afectados antijurídicamente los intereses de quienes han dado lugar al inicio del recaudo forzoso. Y se hace cierto énfasis en la expresión "antijurídico" por cuanto existen menoscabos al patrimonio de las personas ocasionados por la justa imposición de cargas públicas, lo que de suyo no implica antijuridicidad, pues en últimas es obligación del ciudadano contribuir para el sostenimiento del Estado.

En otras palabras, lejos de ser un instrumento para avasallar al deudor constriéndole el ejercicio de su derecho a la defensa, el PAC constituye un mecanismo de suma utilidad para recaudar los dineros necesarios para cumplir con los fines del Estado¹⁷.

Las garantías constitucionales implícitas en el Estado social de derecho así lo establecen. El Derecho debe 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 administrados¹⁸.

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

17 Según el último reporte del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias-CIAT (2004-2007), Colombia —bajo el modelo de cobro administrativo— ocupó el primer lugar en recuperación de cartera en Latinoamérica con el 25,2% (cobro persuasivo) seguido por Chile con el 9,9%; mientras que en cobro coactivo, Argentina —bajo el modelo mixto— ha obtenido el mejor promedio con el 10,5%, seguido por Colombia con el 9,4%. Información tomada de Flora Castillo Contreras. "La cobranza coactiva en la Administración Tributaria. Facultad, oportunidad y eficiencia". Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT, México D.F. (2009). http://webdms.ciat.org/action.php?kt_path_info=ktcore.actions-document.view&fDocumentId=3950.

18 Jorge Enrique Santos Rodríguez. "La constitucionalización del Derecho Administrativo". "El debido proceso administrativo: el cambio en la esencia del Derecho Administrativo", p. 404. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. (2014). Expone: "La primera función que se atribuye al procedimiento administrativo es la de constituir una garantía de los derechos de los administrados y un instrumento de control de la administración. Es así como la doctrina ha identificado como una de las razones por las cuales apareció

La autotutela administrativa y con mayor razón la ejecutiva, no comportan meras acciones facultativas en cuanto al respeto de las garantías constitucionales. Por el contrario, se trata de un imperativo administrativo-social 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; 38), definió la Constitucionalización del Derecho Administrativo en los siguientes términos: “*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*”.

Por manera pues que no existe razón que justifique el ejercicio desbordado de la autotutela ejecutiva, ya que sus límites han sido fijados por el constituyente. Por el contrario, la administración debe ejercer tales potestades con un grado mayor de sigilo y con exageración de sus responsabilidades, maximizando sus esfuerzos al ejercer autocontrol sobre sus actos, para que no se desborde el poder extraordinario que le ha concedido el Legislador. El PAC no debe ser ajeno a tales límites.

1.3. Defensa técnica frente al poder exorbitante de la administración

Todo esto conduce a la necesidad de garantizar el debido proceso y, en especial, el derecho a la defensa técnica del contribuyente frente a los poderes exorbitantes de la administración.

El debido proceso ha sido objeto de un sin número de pronunciamientos jurisprudenciales, que le han definido como: “... *el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia (...) respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos*”¹⁹.

Según Carvajal Castañeda (2015: 17)²⁰, el debido proceso contiene elementos como la defensa técnica, que a su vez sirve como garantía de otros principios como la publicidad y contradicción, la igualdad procesal, la seguridad jurídica, la cosa juzgada, y derechos como la libertad y la propiedad.

históricamente el procedimiento administrativo, la “reacción natural del Estado liberal de derecho ante el fenómeno de asunción de potestades autoritarias por la administración”, con lo cual se lograría una administración fuerte pero con plena garantía de los derechos de administrados”.

19 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

20 Dufay Carvajal Castañeda. “Defensa técnica del contribuyente del Impuesto Nacional en Colombia. Contenido y limitaciones en el procedimiento administrativo tributario y en el proceso contencioso administrativo”. p. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. (2015).

Carvajal Castañeda define el debido proceso como: “*un principio constitucional fundamental según el cual todo proceso judicial o administrativo entraña una forma en la que se debe desarrollar para legitimar su resultado, cual es la limitación de derechos o la imposición de obligaciones*”.

La importancia del respeto por las garantías de la defensa técnica de los contribuyentes se hace más importante en la medida en que se afectan derechos como el de propiedad, el cual es el objetivo principal del proceso administrativo de cobro. No hay recaudo de impuestos sin afectación a la propiedad, derecho constitucionalmente reconocido. De ahí la importancia de garantizar el debido proceso, y sobre todo los principios de publicidad y contradicción para que el deudor pueda ejercer su defensa con pleno conocimiento de los actos administrativos que dan impulso a la ejecución, y no solo con el conocimiento de los actos que afectan o limitan su derecho a la propiedad, sino con la posibilidad de controvertirlos.

En tal sentido, la afectación de los derechos del deudor ausente se configurará al no permitirse su vinculación indirecta al proceso administrativo de cobro a través de *curador ad litem*, vulnerando directamente su derecho al debido proceso, por insuficiencia en las garantías de publicidad y contradicción, lo que impide de manera ostensible el ejercicio de su defensa técnica.

2. La capacidad para ser parte y la representación en el PAC

Según Devis Echandía (2009: 551), en tanto la capacidad para ser parte dentro del proceso la poseen las personas físicas o naturales, las personas jurídicas y los patrimonios autónomos y uniones sin personería jurídica, y equivale a ser sujeto de la relación jurídico-procesal; la capacidad para comparecer al proceso (*legitimatio ad processum*) la tienen directamente las personas que la ley no declare incapaces, de tal manera que puedan comparecer directa e independientemente. Sobre el particular Devis Echandía (2009: 556) expresa lo siguiente: “*La regla general es la misma: es capaz para comparecer al juicio o ejecutar actos procesales válidamente toda persona que lo sea para la celebración de actos jurídicos en general (contratos, cuasicontratos, etc.), y únicamente tales personas; es decir, quien no sea menor, interdicto, sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, o dement.*”. Esto en relación con las personas naturales, puesto que las personas jurídicas a pesar de tener entidad propia y estable siempre requieren representación, sea para ejecutar actos jurídicos materiales, ora para ser parte en relaciones jurídico procesales. Estas mismas reglas de capacidad para ser parte y para comparecer al proceso son aplicables al procedimiento adminis-

trativo coactivo, según se infiere del artículo 555 del Estatuto Tributario, el cual establece que: *“Los contribuyentes pueden actuar ante la Administración Tributaria personalmente o por medio de sus representantes o apoderados. Sin embargo, el inciso segundo de la norma citada, permite que los menores adultos²¹ comparezcan directamente y cumplan por sí los deberes formales y materiales tributarios.*

En los artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario, que contienen el procedimiento para el cobro coactivo por vía administrativa, no se avizora norma que regule la representación del deudor dentro de la ejecución, razón por la cual es necesario acudir sistemáticamente al artículo 555 del mismo estatuto.

De conformidad con el citado artículo 555, el deudor puede ejercer directamente su defensa, actuando en nombre propio dentro del proceso de cobro coactivo, lo que en lugar de constituir una ventaja para el ejecutado al no exigirsele estar representado por un abogado, resulta una desventaja para aquellos que no tienen el conocimiento necesario sobre el procedimiento ni la habilidad para litigar en causa propia como sucede en la mayoría de los casos, máxime cuando el inciso segundo de la norma en cita permite que menores adultos actúen directamente ante la administración, pues además de no tener la habilidad y el conocimiento, son sujetos de protección especial por la familia, la sociedad y el Estado, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia de Tutela 973 de 2011, al referirse al principio del interés superior del menor de dieciocho (18) años, en los siguientes términos: *“Bajo la concepción de que los niños, por su falta de madurez física y mental —que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos—, y por ser quienes representan el futuro de los pueblos, necesitan protección y cuidados especiales, los Estados y en general la comunidad internacional, los han proclamado como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, centrado su atención en el propósito de garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde al rol de gran trascendencia que están llamados a cumplir en la sociedad”.*

No cabe duda entonces, que los menores requieren urgentemente mayor protección por parte de las autoridades administrativas y, para interés del presente trabajo, de aquellas que ejercen jurisdicción coactiva. Sería recomendable entonces que el Estado, en tratándose de menores adultos, revise los procedimientos y provea lo necesario para que las garantías para el ejercicio de los derechos de estos sujetos de protección especial sean suficientes, indistintamente

21 Según lo dispone el artículo 34 del Código Civil, menor adulto se denomina al que ha dejado de ser impúber, es decir, quien ha cumplido los catorce años pero aún no ha cumplido dieciocho.

de si comparecen directamente o se encuentran ausentes del proceso de cobro coactivo.

Los contribuyentes que han dado lugar al cobro coactivo también pueden comparecer a través de apoderado, caso en el cual deberá conceder poder especial para ser representado frente a la administración. Tal y como ya se ha dicho, el derecho de postulación no es exigido dentro del proceso de cobro.

Devis Echandía (2009: 557), define el derecho de postulación en los siguientes términos: *“La ley establece generalmente ciertas limitaciones al derecho de comparecer en nombre propio a los juicios civiles, limitaciones que no atañen a la capacidad propiamente, sino a la habilidad para litigar, como ejercicio de una profesión garantizada, reglamentada y defendida por el Estado. En este sentido, la ley suele exigir que, para comparecer en juicio, las personas capaces (sea que obren en su nombre o que representen a otras) deben hacerlo por intermedio de abogado inscrito en el respectivo despacho judicial, a no ser que ellas mismas tengan esa calidad”*.

Este es un punto álgido que exige ser revisado, discutido y replanteado, pues el derecho de postulación es una necesidad dentro del proceso de cobro teniendo en cuenta la importancia y la trascendencia del ejercicio de la jurisdicción coactiva. Los contribuyentes deudores se verán beneficiados en la medida en que se les exija comparecer por intermedio de apoderado.

Por otra parte, el artículo 556 del mismo estatuto establece las reglas de representación para personas jurídicas y el 557 hace lo propio en relación con la agencia oficiosa.

Entonces se puede inferir de lo anterior, que no solo el deudor ausente se encuentra huérfano de defensa técnica al no permitírsele contar con un curador *ad litem* o un *defensor de oficio*, sino que también se halla en indefensión o al menos desprotegido el deudor que no tiene el conocimiento técnico suficiente ni la posibilidad de contratar un abogado para que lo represente durante el curso del proceso.

El instituto del curador *ad litem* ha sido definido por la Corte Constitucional en Sentencia C-250 de 1994, en los siguientes términos: *“La institución del curador ad litem tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues este redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa”*.

En nuestro criterio, la inclusión de la institución del curador *ad litem* dentro del PAC es un imperativo social para el Estado, ya que en la actualidad los con-

tribuyentes que no comparecen no tienen la posibilidad de defenderse dentro de un proceso que, a pesar de su legalidad, avanza a sus espaldas con el riesgo de que se rompa el equilibrio procesal y se menoscaben sus derechos.

3. Notificación del mandamiento de pago: Importancia del canal de comunicación efectivo y afectación del ejercicio de defensa técnica

Fracasada la notificación personal y efectuada subsidiariamente la notificación por correo, es posible que el deudor ausente siga sin enterarse del proceso en su contra y de la posible afectación a su derecho de propiedad, como resultado de la falta de publicidad del acto más importante de un proceso de ejecución: la orden de pago.

De la efectiva noticia del mandamiento de pago, depende el ejercicio de la defensa del deudor, sea cumpliendo la orden allí contenida, guardando silencio, o manifestando su oposición mediante la proposición de las excepciones de mérito. En otros términos, de la garantía del principio de publicidad (efectividad de la noticia) depende el ejercicio de la contradicción, y si en el PAC el deudor ausente es vinculado a través de la notificación por correo, resulta lógica la ineficacia de la intimación de la orden de apremio y por consecuencia inexistente el ejercicio su defensa técnica, pues la notificación por correo no asegura que el deudor sea quien efectivamente recibe el acto a notificar, y por ende su ausencia se perpetúe durante todo el proceso.

Carvajal Castañeda (2015: 19) refiere el tema en los siguientes términos: *“Consideró la Corte que la Constitución extiende la garantía del debido proceso no solo a los juicios y procedimientos judiciales sino también a todas las actuaciones administrativas, estos es, el debido proceso administrativo; que una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad que se realiza a través de la notificación de las actuaciones y mediante el conocimiento de las mismas por parte de la comunidad en general; que dentro de las diversas formas de notificación reguladas y desarrolladas por el legislador, la Corte ha reconocido en la notificación por correo un mecanismo idóneo y eficaz para poner en conocimiento de las partes y terceros interesados algunas de las decisiones adoptadas por las autoridades —administrativas o judiciales— en una determinada actuación”*²².

22 Dufay Carvajal Castañeda. Ob. cit., p. 19.

3.1. Notificación del mandamiento de pago

Según lo define PARRA ORTIZ (2010: 71), la notificación: “*es el mecanismo mediante el cual se dan a conocer las decisiones de la administración, es decir es la garantía que tienen los administrados de conocer las decisiones u obligaciones que la administración pretende hacerle efectivas (...)*”. Y prosigue PARRA ORTIZ (2010: 71): “*La notificación debe surtirse so pena de que la falta de la misma haga ineficaz el acto*²³”.

La regla general de derecho procesal ha indicado que la notificación al demandado o ejecutado de la primera providencia proferida dentro de un proceso, debe realizarse personalmente. Así, el numeral 1º del artículo 290 de la Ley 1564 de 2012, exige que la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo deben hacerse personalmente. Esta exigencia encuentra justificación en el derecho que tiene el demandado a enterarse de lo que se pretende contra él y poder ejercer una defensa material y técnica.

En el PAC, el mandamiento de pago puede llegar a ser notificado a través de diversos mecanismos que guardan un sentido cronológico y subsidiario²⁴. En su orden, tales mecanismos son: i) la notificación personal (art. 826 E.T.); ii) la notificación por correo (art. 826 E.T.); iii) la notificación por aviso (art. 568 E.T.); iv) la notificación por publicación (art. 563 E.T.).

El artículo 826 del Estatuto Tributario prevé la notificación personal del mandamiento de pago previo envío de la citación para que comparezca el interesado. Una vez comunicada esta citación, el ejecutado tiene diez días para comparecer a recibir personalmente la notificación del acto. Si no lo hiciera, el mandamiento de pago se notificará por correo de conformidad con el artículo 826 mencionado. Si el acto es remitido a la dirección correcta y sin embargo es devuelto por el servicio postal, se deberá notificar por aviso como lo ordena el artículo 568, con lo cual se considera que se ha vinculado en debida forma al ejecutado. En todo caso, si la administración desconoce y no puede determinar por ningún otro medio la dirección del contribuyente, se deberá publicar el acto en un diario de amplia circulación como lo disponen los artículos 563 y 565 del mismo estatuto (Parra Ortiz, 2010).

No resulta tan importante la formalidad, como la finalidad del acto de notificación. Al analizar el rito legal de la notificación del mandamiento de pago, se ad-

23 Consejo de Estado. Exp. 783 (abril 26 de 1990). “*Finalmente, la falta de publicación o de notificación de un acto administrativo de contenido general o particular, no implica su inexistencia sino que, simplemente, no produce efectos. Las razones de invalidez que conducen a la nulidad se refieren a la realidad jurídica dada que la fecha de nacimiento del acto y no al trámite secretarial de la notificación personal, por edicto o mediante la publicación*”.

24 Harold Ferney Parra Ortiz. Ob. cit., p. 71.

vierte que tanto el artículo 826 como los 563, 565 y 568 del Estatuto Tributario no guardan diferencia con los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, a pesar de su legalidad, este ritual puede resultar insuficiente para intimar la orden de apremio a los ejecutados que no logran ser ubicados por el servicio postal, incumpléndose con la finalidad del acto de notificación que consiste en garantizar el principio de publicidad de los actos administrativos.

Tal y como está planteado actualmente, el mecanismo es incompleto porque la ausencia del deudor no ubicado se prolonga durante todo el proceso, razón por la que es necesario garantizar el ejercicio de su defensa a través de los curadores *ad litem*.

No permitir que el ausente sea representado en el proceso por un curador, implica preferir la formalidad a costa de lo sustancial, situación que contraviene el mandato constitucional del artículo 228 superior.

Ahora, si se compara el PAC como un procedimiento diferente del proceso ejecutivo, vamos a encontrar que la Corte Constitucional halló justificada la diferencia con base en el interés general y el cumplimiento de los fines del Estado. Pero no por el hecho de ser un privilegio exorbitante —como fue definido jurisprudencialmente²⁵— puede el PAC desconocer los derechos mínimos de los ejecutados. Lejos de ser un procedimiento sin límites, el cobro coactivo debe proveer y garantizar los mismos mecanismos de defensa que el ejecutado ostenta en el proceso judicial de ejecución. Al fin y al cabo, los dos son procesos de naturaleza ejecutiva, con la misma estructura y con las mismas garantías de equilibrio, imparcialidad e igualdad procesal.

No se logrará una intimación eficaz cuando se desconoce la dirección exacta del ejecutado o cuando fracasado el intento de notificación a la dirección conocida, se publica el aviso y no se nombra curador *ad litem*. De ser así, el proceso quedaría truncado, hasta tanto se permita la notificación indirecta que permita integrar un verdadero contradictorio.

De igual manera no se logra vincular eficazmente al deudor, cuando la citación o la notificación por correo son enviadas a la dirección registrada en el registro único tributario, y estas son devueltas por la causal “*cambio de domicilio*”, pues es de suponerse, que el deudor no se ha enterado del acto a notificar, y que la administración debe hacer uso de sus amplias facultades para la ubicación y

25 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-666 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; junio 8 de 2000). La Corte Constitucional se refirió el tema en los siguientes términos: “*La jurisprudencia ha definido la jurisdicción coactiva como un “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*”.

vinculación efectiva del ejecutado. No basta entonces con publicar el acto en la página web oficial de la entidad o en un diario de amplia circulación, sino que es imperativo constitucional garantizar la publicidad a través de la notificación indirecta mediante el nombramiento de un curador para el caso concreto.

3.2. Curador *ad litem* en el proceso ejecutivo

Analizados los artículos 290 numeral 1º, 292 y 293 del Código General del Proceso, los cuales regulan la notificación personal del mandamiento de pago al ejecutado, la notificación por aviso y emplazamiento para notificación personal, respectivamente; así como su concordancia con los artículos 91 que regula el traslado de la demanda y el 108 inciso 7º que establece el emplazamiento y nombramiento de curador *ad litem*, se concluye que en el proceso judicial se establece la institución del curador *ad litem* como una medida de protección al ejecutado, que lejos de constituir una desventaja para el ejecutante, le permite formalizar la *litis* e impulsar la ejecución.

En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-590 de 2000, en la cual se dijo lo siguiente: *“No hay fundamento para afirmar que el Despacho demandado violó el derecho de defensa de los accionantes cuando les nombró un curador ad litem, ni cuando continuó el trámite del proceso ejecutivo con él, pues los ejecutados conocían de la existencia de dicho proceso y no concurrieron al mismo, a pesar de que se procuró notificarles personalmente hasta el punto en que la ley procesal autoriza recurrir al emplazamiento de los demandados, a fin de proteger también el derecho del ejecutante a la impulsión del juicio. Tampoco concurrieron los ejecutados al trámite del que conocían, y el hecho de que se les nombrara un curador ad litem en esas circunstancias, antes que violar su derecho al debido proceso, acredita que tal derecho se les garantizó en los términos de la ley procesal, pues esta prevé la institución del curador ad litem en los juicios ejecutivos, precisamente como garantía del derecho de defensa de los accionados, y no constituye, como pretenden los actores, un mecanismo arbitrariamente introducido en ese proceso por el funcionario demandado, para impedirles la defensa a quienes libremente optaron por mantenerse ausentes del proceso”*.

La estructura normativa del PAC es notablemente restrictiva para el ejecutado, característica entendible por la naturaleza misma del proceso y por las razones de hechura legislativa y auto ejecución. Sin embargo, al ser restrictiva genera desventajas para el deudor como las que se vienen describiendo en este trabajo. Se necesita entonces la eficacia que le proporciona la notificación indirecta al ejecutado a través de un curador *ad litem*.

3.3. El RUT como dirección válida para notificación y la importancia del canal de comunicación efectiva

Cabe preguntarse ¿Cuál es el mecanismo más efectivo para la comunicación entre la administración y el contribuyente deudor?

El artículo 563 del Estatuto Tributario, sustituido por Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012, parece no dar alternativas al establecer que: “*La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente (...)*”.

El mismo artículo prevé que en caso de cambio de dirección, “*la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada*”.

En tal sentido, el Decreto 2460 del 7 de noviembre de 2013, por el cual se reglamenta el artículo 555-2 del Estatuto Tributario, dispuso que: “*El Registro Único Tributario RUT constituye el mecanismo único para identificar, ubicar y clasificar a las personas y entidades que tengan la calidad de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y no contribuyentes declarantes de ingresos y patrimonio; los responsables del régimen común y los pertenecientes al régimen simplificado; los agentes retenedores; los importadores, exportadores y demás usuarios aduaneros, y los demás sujetos de obligaciones administradas por la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, respecto de los cuales esta requiera su inscripción*”.

Queda claro entonces, que la administración tributaria está obligada legalmente a enviar las citaciones y notificaciones a la dirección registrada por el contribuyente²⁶. Sin embargo, el artículo 564 *ibidem*, en nuestro concepto aplicable al cobro coactivo, establece que la dirección señalada expresamente por el contribuyente para que se le notifiquen los actos administrativos, deberá ser acatada por la administración, de tal manera que la remisión del correo a una diferente significaría contrariar el principio de publicidad de los actos administrativos y vulneraría el debido proceso del ejecutado²⁷.

26 Rubén Vasco Martínez. “Procedimiento tributario nacional. Aspectos prácticos”. p. 246. División Editorial CIJUF, Medellín. (2010). Se pronuncia: “Si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, solicita expresamente que se le notifiquen los actos correspondientes a un proceso de determinación y discusión del tributo a una determinada dirección, la administración tributaria deberá hacerlo de tal manera bajo el entendido que se trata de la dirección procesal. artículo 564 E.T.”.

27 De igual manera, el artículo 82 del modelo de Código Tributario que ha elaborado el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT, establece un domicilio especial, en el cual el interesado ha de recibir notificaciones en los procedimientos expresamente por él señalados. Este domicilio especial no se encuentra regulado en Colombia, por lo cual sería recomendable revisar la posibilidad de estatuirlo e implementarlo a través de la “Comisión de Expertos para la Equidad y Competitividad del sistema tributario Colombiano”, creada por el artículo 44 de la Ley 1739 de 2014, cuya finalidad es entregar una propuesta para la Reforma Tributaria Estructural o Integral que se ha anunciado en Colombia.

La obligatoriedad del RUT como único mecanismo de ubicación de los contribuyentes, constituye otro punto de desventaja de los deudores frente a la administración, pues sucede que pueden existir otros canales de comunicación igual o más efectivos y expeditos, de los cuales la administración tiene conocimiento dentro del proceso, pero que no utiliza debido a que se considera que la ley le ha relevado a la administración de utilizarlos.

Puede suceder que el deudor informe alguna dirección para notificaciones en la cual recibe directamente los actos a notificar, mientras que la administración sigue enviando los actos administrativos a la dirección informada en el RUT, siendo devueltos por el correo y procediéndose a la notificación por aviso según lo ordena el artículo 568 del Estatuto Tributario. Sería errado acudir directamente a la dirección del RUT para enviar los citatorios para notificar personalmente o por correo, a sabiendas de que no se va a establecer contacto, desconociendo conscientemente que existen otras direcciones en el proceso en las cuales el contacto es efectivo e inclusive directo con el interesado, constituye una violación al derecho de defensa y puede llegar a generar daño antijurídico al interesado e inclusive responsabilidad administrativa del Estado.

La notificación del mandamiento de pago en jurisdicción coactiva resulta un mecanismo inconcluso cuando se trata de vincular procesalmente deudores ausentes, pues cuando fracasan los mecanismos de notificación principal y subsidiaria, la misma legislación no permite la notificación indirecta a través de curador.

Pueden constituir puntos débiles del sistema de notificación los siguientes: i) La notificación personal o por correo no garantiza que el interesado reciba noticia de las decisiones que se adopten en su contra, pues puede suceder que le oculten la información o no le hagan entrega de los actos notificados, por lo cual no se va a enterar de las decisiones que para la administración ya han quedado notificadas por este medio; ii) La dirección para notificación puede contener errores de digitación en el RUT, puede no estar actualizada, o simplemente puede que el deudor no se encuentre registrado en este sistema de información, lo que genera irregularidades en la notificación. En el primero de los casos, es deber corregir los errores en el RUT inclusive de oficio por la misma administración, en el segundo debe procurarse la actualización inclusive oficiosamente cuando se tiene certeza de una dirección inexistente, errada o desactualizada, y se determina la dirección actual, y en el tercero surge el deber de ubicar al contribuyente mediante las solicitudes de información de terceros, ya que no es posible su ubicación a través del RUT; iii) La notificación personal o por correo se realiza a través de empresas particulares, que a pesar de ser especializadas en la entrega de correo, generan riesgo de falla del servicio.

La importancia del canal de comunicación efectiva estriba en que si es omitido o ignorado, se genera inmediatamente una causal de nulidad²⁸, inclusive de carácter constitucional por vulneración al debido proceso.

La doctrina nacional vincula la notificación al demandado de la primera providencia con el principio de publicidad respecto del conocimiento real que este debe apropiarse para poder ejercer su derecho de defensa de manera efectiva. En los procesos de cobro coactivo, es aplicable todo el régimen de nulidades de los procesos de ejecución, razón por la cual el aporte doctrinal citado es perfectamente compatible con las necesidades de la doctrina procesal tributaria.

La notificación subsidiaria por correo a pesar de haber sido sometida a examen por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-096 de 2001 se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 564, 565 parcial, 566, 567 y 568 del Decreto 0624 de 1.989, salvo la expresión “y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo”. Del artículo 566, la cual declaró inexecutable. Es decir, no hubo un verdadero pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de estas normas.

Posteriormente fue demandado en sede constitucional el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 788 de 2002, por el cual se modificó el artículo 566 del Estatuto Tributario, el cual fue declarado executable salvo la expresión “en los términos que señale el reglamento” la cual se declaró inexecutable.

Posteriormente, el artículo 566 sería derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006. No obstante quedarían vigentes la notificación por correo prevista en el parágrafo 1º del artículo 565 ibídem, aplicable a todas las actuaciones tributarias, aduaneras o cambiarias, y la prevista en el artículo 826 aplicable en subsidio de la personal para notificar el mandamiento de pago.

La norma dispuso que la notificación se perfecciona mediante la entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el

28 Henry Sanabria Santos. Nulidades en el proceso civil. p. 335. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. (2011), al referirse a la causal de nulidad por indebida notificación al demandado escribe lo siguiente: “Esta causal de nulidad se configura cuando el demandado no es debidamente vinculado al proceso, al ser notificado en forma incorrecta del auto admisorio de la demanda o del auto mandamiento de pago, según sea el caso. Como es bien sabido, la notificación de estas providencias al demandado es un acto procesal de vital importancia rodeado de una serie de formalidades que tienen como fin asegurar la debida vinculación de aquel al proceso, con miras a que ejerza en forma adecuada su derecho de defensa. En consecuencia, cuando dichas formalidades son omitidas y, por ende, el demandado no es debidamente vinculado al proceso, obviamente se le está colocando en imposibilidad de defenderse y ello genera la nulidad de la actuación. Es importante destacar que lo que esta causal de nulidad protege es la vigencia del derecho de defensa del demandado, y no simplemente la observancia de las formalidades con que el ordenamiento ha dotado al acto procesal de la notificación, de manera que la simple omisión de dichas formalidades no es lo que genera la nulidad, sino la verdadera vulneración de su derecho de defensa al no haber gozado de la oportunidad de defenderse por no enterarse de la existencia del proceso, como consecuencia de la indebida notificación”.

contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario-RUT.

¿Qué pasa con los deudores que no fueron enterados por el canal de comunicación más efectivo, sea porque no fueron ubicados o su dirección real cambió aunque no haya sido informada a la administración, o porque la dirección contiene errores o sencillamente porque fueron renuentes a comparecer al proceso de jurisdicción coactiva? La respuesta formal al interrogante es que se consideran vinculados al proceso y que este debe seguir su curso en su ausencia, porque según el régimen de notificación vigente se le ha dado por enterado.

En este sentido, se erige una presunción legal de conocimiento que perfecciona la integración de la *Litis*, y que autoriza a la administración para proseguir la ejecución en ausencia de oposición.

¿Pero, será que esta situación se compadece en un Estado social de derecho, donde se supone que la norma debe ser flexible y atender los postulados constitucionales? Definitivamente no. La referida presunción admite prueba en contrario y corresponde al deudor probar la insuficiencia del mecanismo para garantizarle la publicidad y su derecho a la contradicción.

Es bien cierto que el PAC busca el pronto recaudo de los recursos necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado, y que esto se traduce en la prevalencia del interés general sobre el particular, pero no por ello se tiene vía libre para sacrificar los derechos fundamentales de los deudores ausentes.

Como ya se ha venido sosteniendo, la publicidad es el principio que entraña la notificación de los actos de la administración. Con base en este principio se desarrolla el de contradicción y se garantiza la defensa y el debido proceso de los sujetos pasivos de la relación jurídico procesal²⁹.

Por tal razón, en aras de garantizar la publicidad y el debido proceso, la administración debe dar aplicación al inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 565 del Estatuto Tributario, el cual ordena que se acuda a las guías telefónicas, directo-

29 Sobre este punto, se pronunció la Corte Constitucional, en los siguientes términos: *"Uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los fundamentos de la función administrativa. La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa, a excepción de los casos en los cuales la ley lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal. La realización del principio de publicidad, considerado como un mandato de optimización que "depende de las posibilidades fácticas y jurídicas concurrentes", compete al Legislador y varía de acuerdo con el tipo de actuación. Así mismo, requiere de las autoridades y de la administración, una labor efectiva y diligente para alcanzar el objetivo de dar a conocer el contenido de sus decisiones a los ciudadanos"*.

rios y en general información oficial, comercial o bancaria que permita establecer una dirección de contacto que constituye un medio eficaz para establecer contacto con el contribuyente deudor.

3.4. Afectación del derecho a la defensa material y técnica del deudor ausente

Partiendo de la insuficiencia del mecanismo subsidiario de notificación del mandamiento de pago al no permitir que el deudor ausente conozca de este, resulta apenas obvio que no podrá ejercer plenamente su derecho a la defensa técnica y material, pues al fallar el principio de publicidad, necesariamente se hace nugatorio el de contradicción.

La Corte Constitucional define el derecho a la defensa como: “...la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas recaudadas en su contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”³⁰.

El profesor Bernal Pulido considera que el derecho de defensa comprende dos aspectos: el derecho de contradicción y el derecho a la defensa técnica³¹.

Carvajal Castañeda (2015: 35) en cita del profesor Bernal Pulido, refiere que “el derecho a la defensa implica participación del procesado o inculcado en el proceso *“a través de sí y por intermedio de un defensor letrado. Lo primero se conoce como autodefensa o defensa material —privada, procesal o genérica—; y lo segundo, defensa técnica, letrada, experta o togada, o formal. Pública o específica”*.

Y continúa Carvajal Castañeda, “La defensa material o genérica es una expresión del derecho de contradicción que le asiste al procesado y que consiste en el “derecho a controvertir los hechos y las alegaciones que formulen en su contra (...) o aún en provecho de la parte”³²; y la defensa técnica le permite al inculcado ejercer ese derecho de contradicción mediante un enfoque especializado en las materias objeto del procedimiento adelantado en su contra³³.

30 Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; enero 27 de 2009).

31 Carlos Bernal Pulido. “El derecho de los derechos”. pp. 368 a 371. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. (2005).

32 Nattan Nisimblat. “Derecho probatorio. Principios y medios de prueba en particular. Actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011. pp. 34 y 35. Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C. (2012)”. http://www.nisimblat.net/images/LIBRO_DERRECHO_PROBATORIO_-5.pdf. (octubre de 2015).

33 Dufay Carvajal Castañeda. Ob. cit., pp. 35 y 36.

Resulta evidente la relación directa que existe entre la publicidad y los derechos de contradicción y defensa técnica, de tal manera que si la primera es defectuosa o ausente en la relación jurídico procesal, los dos derechos que de ella dependen estarán notablemente afectados, vulnerando el derecho de defensa y exponiendo injustificadamente los derechos patrimoniales de los deudores ausentes a merced del actuar exorbitante de la administración.

4. Curador *ad litem* en el PAC: Propuesta que garantiza el principio de publicidad y el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa técnica del deudor ausente

Los artículos 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948), el artículo 14 literal d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, el artículo 8º del Pacto de San José (Convención Interamericana de Derechos Humanos) del 22 de noviembre de 1969, y el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, normas que conforman el bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Carta, establecen la obligatoriedad de las garantías de defensa a todos los procesados, inclusive previendo el derecho de los procesados a hallarse presentes en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistidos por un defensor. De la misma manera, prevé el derecho a ser informados de lo que sucede dentro del proceso y si no tuvieren un defensor el Estado está en la obligación de proveerles uno de oficio para que puedan ejercer su derecho a la defensa.

El proceso administrativo de cobro, como ejercicio de jurisdicción coactiva, debe contener como mínimo las mismas garantías que se conceden en el proceso ejecutivo para el cobro de deudas fiscales previsto en los artículos 469 a 472 del Código General del Proceso, es decir, se debe garantizar la vinculación del deudor de manera directa (personalmente) o de manera indirecta (a través de *curador ad litem*), para que este tenga conocimiento de la causa que se adelanta en su contra y así pueda ejercer de manera plena su derecho de defensa material y técnica.

Sin embargo, en el PAC no se ha contemplado la posibilidad de que se provea un defensor a los deudores ausentes del proceso, razón por la cual se encuentra plenamente justificada la propuesta del presente trabajo: un curador *ad litem* para los deudores como quiera que se encuentren ausentes del proceso de cobro coactivo.

Por tal razón, es necesario ampliar las garantías del deudor ausente permitiendo la inclusión del instituto procesal del curador *ad litem*, como una forma de acercar los procedimientos administrativos al Estado social de derecho.

La institución del curador *ad litem*³⁴ tiene como finalidad la protección de los derechos del demandado o procesado que por cualquier causa no ha comparecido al proceso, es decir, no tiene conocimiento de que se adelanta un proceso en su contra y sus derechos pueden verse afectados si el proceso sigue adelante sin que pueda hacer uso de su derecho a la defensa. Como ya se ha dejado escrito, este instituto de derecho procesal constituye un instrumento protector del derecho a la defensa técnica, que no tiene justificación para ser desconocido dentro del PAC.

El numeral 7° del artículo 48 de la Ley 1564 de 2012³⁵, establece la obligatoriedad de aceptación del cargo de curador *ad litem*, el cual deberá ser abogado titulado, y una vez posesionado ejercerá como defensor de oficio, sin que su trabajo genere honorarios con cargo al representado ausente. Esto en desarrollo del principio de solidaridad, según lo ha dispuesto la Corte Constitucional³⁶.

34 La Corte Constitucional, en sentencia T-299 de 2005, lo define en los siguientes términos: *“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 CPC, 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 cambiaría ha prescrito. Pues, al fin y al cabo, ¿qué puede ser más favorable a un demandado que obtener que se declare que la acción que se podría intentar contra él ya ha fenecido? La Sala de Revisión no comparte la posición del Tribunal. Proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaría en favor de su representado no implica que el curador ad litem entregue, enajene, renuncie o límite un derecho de aquel, sino más bien que asume a fondo la defensa de los intereses de la parte que debe proteger. El Tribunal menciona algunas acciones que no puede realizar el curador ad litem —transigir, conciliar, confesar— para de allí deducir que este no puede proponer la excepción indicada. Empero estos ejemplos no se aplican a este caso, pues todos ellos se refieren a decisiones que limitan el derecho del representado sobre el bien en disputa, situación diferente a la de este proceso, donde lo que el curador ad litem pretende es que se declare que la acción ya prescribió. Afirma el Tribunal que del art. 2153 se infiere que el curador ad litem no puede proponer la excepción de prescripción de la acción. Sin embargo, la prohibición contemplada en el artículo se refiere a que ella sea declarada de oficio, no a que el curador ad litem la proponga. En un caso como el presente, el curador ad litem está llamado a representar los intereses del demandado y dentro de esa tarea cabe presentar las excepciones que favorezcan a la parte que él apodera, de acuerdo con su estrategia de defensa”.*

35 Ley 1564 de 2012. Artículo 48, numeral 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”.*

36 La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-083 de 2014, declaró la exequibilidad de la norma citada en los siguientes términos: *“Para la Sala el legislador no viola los derechos a la igualdad y al trabajo de los abogados que son nombrados curadores ad litem, en calidad de defensores de oficio, al obligarlos a prestar sus servicios de manera gratuita (num. 7°, art. 48, CGP), aunque el resto de los auxiliares de la justicia sí sean remunerados. Se trata de un trato diferente que se funda en un criterio objetivo y razonable, en tanto propende por un fin legítimo (asegurar el goce efectivo del acceso a la justicia), por un medio no prohibido y adecuado para alcanzarlo. Se reitera además, que se trata de una carga que no es desproporcionada y que, inspirada en el deber de solidaridad, permite que un grupo de personas que desempeñan una labor de dimensiones sociales (prestar servicios jurídicos), colaboren en la garantía*

Según lo ha dispuesto el legislador y avalado la Corte Constitucional, el instituto del curador *ad litem* no genera costos para el demandado, luego de ser aplicado dentro del proceso de cobro coactivo tampoco generaría costos a cargo de la administración, así como tampoco genera carga económica para el deudor ausente, lo que hace aún más viable esta figura de representación teniendo en cuenta la gran cantidad de deudores que no comparecen al PAC.

4.1. La propuesta y el mecanismo para implementar la figura del curador

Para proveer la designación de un curador *ad litem* dentro del proceso administrativo de cobro, es necesario que se establezca por vía legislativa la adición del artículo 826 del Estatuto Tributario en el sentido de institucionalizar para el PAC la figura del curador *ad litem*, o disponer una remisión más amplia que la del artículo 839-2 del Estatuto, al Código General del Proceso en cuanto a la designación y funciones del curador *ad litem* dentro de las ejecuciones coactivas administrativas.

Debido a la vocación de permanencia que denota la ley comparada con la doctrina institucional, y a la seguridad jurídica que debe proporcionarse a un tema de trascendencia constitucional como los derechos de los deudores ausentes, no se considera recomendable dejar a discreción de la administración la institucionalización de la figura del curador en el proceso de cobro coactivo, a través de conceptos jurídicos, resoluciones o memorandos institucionales.

Igualmente, se requiere de la acción legislativa para reformar la notificación del mandamiento de pago establecida en los artículos 565 y 826 del Estatuto Tributario, puesto que no sería necesaria la notificación por aviso a través de la publicación (artículo 568 *ibidem*), sino que esta sería reemplazada por el emplazamiento del deudor ausente, la cual se efectuaría a través de la misma página oficial de la entidad y en el Registro Nacional de Personas Emplazadas que debe llevar el Consejo Superior de la Judicatura, y solamente se entenderá surtido el emplazamiento quince (15) días después de efectuadas tales publicaciones, conforme lo establece el artículo 108 del Código General del Proceso. Solamente después de surtido el emplazamiento, si persiste la ausencia del deudor se procederá a la designación del curador *ad litem*, con quien se surtirá el proceso hasta el final si no compareciere el ausente. No obstante, si durante el curso del proceso se hiciera presente el deudor, asumirá su propia defensa dentro del proceso,

efectiva del derecho de acceso a la justicia en situaciones en que esta puede verse obstaculizada (C-071 de 1995)".

en la etapa en que se encuentre, siendo válido lo actuado y terminando la actuación del curador.

La forma de designación de los curadores sería la misma empleada por los jueces civiles y administrativos, es decir, aquella contemplada en el artículo 48 numeral 7º, con forzosa aceptación para los abogados designados, quienes desempeñarán las funciones previstas en el artículo 56 del Código General del Proceso, el cual dispone: “El curador *ad litem* actuará en el proceso hasta cuando concorra la persona a quien representa, o un representante de esta. Dicho curador está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio”. El régimen sancionatorio para los curadores que incumplan con los deberes que la ley le impone, será el previsto en el artículo 50 del Código General del Proceso, en cuanto a las causales de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia y la imposición de sanciones económicas si lo considera procedente el Consejo Superior de la Judicatura.

Una vez posesionado el curador *ad litem*, en el mismo acto se debe entregar copia del mandamiento de pago proferido contra su representado, quedando así perfeccionada la notificación del mismo, y los términos para oponerse a través de las excepciones de mérito previstas en el artículo 831 del Estatuto Tributario empezarán a correr a partir del día siguiente a la diligencia de notificación al curador posesionado.

La notificación por correo de los demás actos administrativos deberá hacerse a la última dirección del RUT informada por el curador *ad litem*, siendo aplicable el parágrafo 2º del artículo 565 del Estatuto Tributario³⁷.

5. Conclusiones

Corresponde a los abogados, desde su ingreso a la universidad y con mayor razón durante el ejercicio profesional, la constante revisión y cuestionamiento de las instituciones jurídicas, tanto de derecho sustancial como de derecho procesal, de manera tal que se mantengan actualizadas y correspondan a las necesidades de la sociedad en que tienen aplicación y vigencia.

La propuesta del curador *ad litem* para el proceso administrativo de cobro pregonera la necesidad de establecer esta figura como el mecanismo más efectivo para garantizar el principio de publicidad y el derecho de contradicción de los

37 Artículo 565, parágrafo 2º. “Cuando durante los procesos que se adelanten ante la administración tributaria, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, actúe a través de apoderado, la notificación se surtirá a la última dirección que dicho apoderado tenga registrada en el Registro Único Tributario-RUT”.

deudores ausentes, mediante la proposición de una adición o modificación de los artículos 568 y 826 del Estatuto Tributario que permita integrar —de manera indirecta— el *litis* consorcio con el deudor ausente, a través de la muy conocida y eficaz figura del curador.

La propuesta defiende un proceso más equilibrado y más garantista, en el cual se permita ejercer eficazmente el derecho a la defensa técnica de los deudores ausentes. Esto se traduce no solo en beneficios para el contribuyente deudor que no ha comparecido por cualquier causa, sino que además conlleva beneficios para la administración, ya que reducirá considerablemente el índice de recursos, solicitudes de nulidad, tutelas y el uso de medios de control ante la justicia contencioso administrativa.

El legislador concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para Estatuir el procedimiento administrativo de cobro, con el cual se ejerce actualmente la autotutela ejecutiva del Estado. En uso de tales facultades se profirió el Decreto 624 de 1989, el cual en sus artículos 823 y siguientes dispuso el procedimiento de cobro por vía administrativa el cual —a nuestro juicio— es bastante restrictivo de los derechos del contribuyente, so pretexto de agilidad y eficacia en el recaudo de los dineros que el Estado requiere para cumplir sus fines constitucionales. Sin embargo, no existe una justificación razonable para que el procedimiento administrativo de cobro restrinja los derechos de los contribuyentes deudores al punto de hacerle más gravosa su situación en comparación con el juicio ejecutivo para el cobro de deudas fiscales, pues esto contraviene los postulados de igualdad material ante la ley.

El deber ser del PAC, es lograr el recaudo directo y oportuno de los dineros adeudados a la Nación, garantizando al deudor sus derechos mínimos e inalienables, de tal manera que siendo un proceso administrativo con características de celeridad, economía y eficacia, no desborde sus atribuciones llegando a ser restrictivo y contrario a los postulados de justicia e igualdad que exige el Estado social de derecho.

La propuesta del curador *ad litem* dentro del proceso administrativo de cobro para aquellos deudores que no comparecen por cualquier causa o motivo, se justifica en la medida en que se adopten por remisión legislativa a las normas generales del proceso relativas a la forma de designación, la obligatoriedad de aceptación, las funciones que debe desempeñar, las facultades que tienen dentro del proceso, el régimen sancionatorio y la gratuidad de sus servicios.

La actuación del curador *ad litem* obedece al principio de solidaridad, razón por la cual no generaría costos para la administración, así como tampoco generaría carga económica para el deudor representado.

Finalmente, evacuados los objetivos y fundamentada la propuesta principal del presente trabajo, solamente resta decir que nuestra ulterior pretensión ha sido propiciar la retoma del problema en concreto, propender por su análisis y reflexión y abrir un espacio para la discusión sobre la conveniencia de la implementación de la propuesta.

Obviamente, haciendo las salvedades que corresponden en cuanto a que las críticas formuladas no constituyen una teoría totalmente construida, se ha pretendido poner de presente las debilidades del sistema y las necesidades de ajustes y reformas que subyacen a las garantías que por considerarse innecesarias o quizás inútiles fueron retiradas de un procedimiento que urge para que nuevamente sean implementadas.

6. Bibliografía

- Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. T. I. p. 31. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. (2003).
- Arturo Hoyos. El debido proceso. p. 54. Editorial Temis, Bogotá. (1988).
- Carlos Bernal Pulido. El derecho de los derechos. p. 368. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. (2005).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 14807 (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; agosto 30 de 2006).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Proceso 0349-12 (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; agosto 22 de 2013).
- Constitución Política de Colombia. Artículos 29, 93, 116, 228, 363. Julio 7, 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; mayo 26 de 1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-666 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; junio 8 de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-096 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis; enero 31 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-649 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; agosto 13 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1114 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; noviembre 25 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-299 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 31 de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-604 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; junio 9 de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-973 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; diciembre 15 de 2011).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-012 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo; enero 23 de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa; febrero 12 de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-369 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos; junio 11 de 2014).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Expediente 79 (M.P. Hernando Gómez Otálora; octubre 5 de 1989).
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 8°. Diciembre 10, 1948.
- Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Marzo 30 de 1989. D.O. N° 38.756.
- Decreto-Ley 019 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012. D.O. N° 48.308.
- Dufay Carvajal Castañeda. Defensa técnica del contribuyente del Impuesto Nacional en Colombia. Contenido y limitaciones en el procedimiento administrativo tributario y en el proceso contencioso administrativo. p. 17. Universidad Externado de Colombia. (2015).
- Eberhard Schmidt-Aßmann. 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).
- Édgar Guillermo Escobar Vélez. El proceso de jurisdicción coactiva. p. 16. Ed. Señal Editora. (2010).
- Eduardo García De Enterría & Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. p. 522. Ed. Thomson - Civitas. (2004).
- Ernesto Grün. "Un engendro híbrido administrativo-judicial. El nuevo art. 92 de la Ley 11.683 que implementa un novedoso mecanismo de ejecución fiscal". Impuestos. T. LVIII-A. pp. 834 y ss.
- Flora María Castillo Contreras. La cobranza coactiva en la Administración Tributaria. Facultad, oportunidad y eficiencia. CIAT (13, marzo, 2009). http://webdms.ciat.org/action.php?kt_path_info=ktcore.actions.document.view&fDocumentId=3950.
- Harold Ferney Parra Ortiz. El proceso administrativo de cobro coactivo. p. 71. Ed. Grupo Editorial Nueva Legislación Ltda. (2010).
- Henry Sanabria Santos. Nulidades en el proceso civil. p. 335 Ed. Universidad Externado de Colombia. (2011).
- Hernando Devis Echandía. Nociones generales de Derecho Procesal. pp. 551, 556. Ed. Temis S.A. (2009).
- John Jaime Arredondo Gómez. La jurisdicción coactiva. "Marco legal y constitucional". 1 ed. pp. 50 y 84. Leyer Editores, Bogotá D.C. (2015).
- Jorge Enrique Santos Rodríguez, *El debido proceso administrativo: el cambio en la esencia del Derecho Administrativo*. La constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. (2014).

- José Misael Mora Pérez. La autotutela en el Derecho Administrativo: Un enfoque crítico sobre su existencia. pp. 30, 31. Ed. Temis S.A. (2011).
- José Osvaldo Casás. La autotutela ejecutiva de la Administración Tributaria. Centro de Estudios de Derecho Tributario de la Universidad de Buenos Aires. (14, junio, 2012). <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-estudios-der-tributario/dictamen-afip-contra-iter-corp-casas.pdf>.
- Ley 75 de 1986. Por la cual se expiden normas en materia tributaria, de catastro, de fortalecimiento y democratización del mercado de capitales, se conceden unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones. Diciembre 24 de 1986. D.O. N° 37.742.
- Ley 43 de 1987. Por la cual se regulan varios aspectos de la Hacienda Pública en materia de presupuesto, crédito público interno y externo, impuestos directos e indirectos, se conceden y precisan unas facultades extraordinarias, se establece una inversión forzosa y se dictan otras disposiciones. Noviembre 30 de 1987. D.O. N° 38.136.
- Ley 788 de 2002. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2002. D.O. N° 45.046.
- Ley 1066 de 2006. Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones. Julio 29 de 2006. D.O. N° 46.344.
- Ley 1111 de 2006. Por la cual se modifica el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Diciembre 27 de 2006. D.O. N° 46.494.
- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. D.O. N° 47.956.
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. D.O. N° 48.489.
- Modelo de Código Tributario del CIAT. Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana. <http://www.ciat.org/index.php/es/productos-y-servicios/publicaciones/modelos.html>. (7, mayo, 2015).
- Nattan Nisimblat. Derecho probatorio. Principios y medios de prueba en particular. Actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011. pp. 34 y 35. Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C. (2012). http://www.nisimblat.net/images/LIBRO_DERECHO_PROBATORIO_-5.pdf. (octubre, 2015).
- Pacto de San José - Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 8°. Noviembre 22, 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14. Diciembre 19, 1966.
- Rubén Vasco Martínez. Procedimiento tributario Nacional. Aspectos prácticos. p. 246. Ed. División Editorial CIJUF. (2013).

