

Bogotá D.C., 15 de julio de 2002

Doctora
Gloria Elena Cifuentes Álvarez
Contralora Municipal
Carrera 39 N° 35 - 81 Barzal
Villavicencio - Meta

OJ110 258

110.021.2002



Referencia: NUR-214-1-10271/435/03
Solicitud concepto sobre pago de honorarios del curador *ad litem* en procesos de jurisdicción coactiva.

Respetada doctora Cifuentes,

En ejercicio de la función conceptual que le ha sido asignada y al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del C.C.A., esta Oficina procede a efectuar las siguientes consideraciones relacionadas con la consulta que fue elevada a la Gerencia Seccional II de la Auditoría General de la República, de donde fue remitida para su "estudio y resolución".

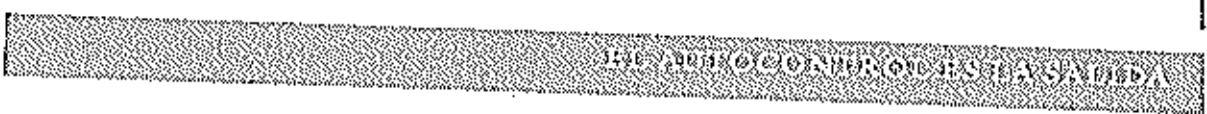
1. El derecho a estar presente procesalmente.

Ha sido reconocido ecuménicamente que sólo puede haber debido proceso si los involucrados comparecen a él, ya sea personalmente o mediante apoderado, y pueden presentar las alegaciones correspondientes. Esta es la situación paradigmática que permite al juez o funcionario pronunciarse sobre lo que se somete a su consideración. No siempre ocurre que esta dialéctica ideal se presente, bien por las diferencias económicas de las partes, bien por información en lo que se ha denominado como opacidad del derecho que produce un desequilibrio procesal.

Adicionalmente, el interesado puede, por diversas circunstancias, no conocer siquiera de la existencia del proceso o aún sabiéndolo ocultarse y no hacerse presente al mismo. En estos casos el legislador ha previsto mecanismos auxiliares que permitan la continuación del proceso como son la designación de lo que genéricamente se puede denominar como "apoderado de oficio" con quien se surten las actuaciones y se perfecciona la figura de comparecencia (el

concepto 110.021.2002

Carretera No. 127 a Villavicencio
P.O. Box 214036 Pa. 310036
Teléfono: 010271 435 12345
Bogotá, D.C. - Colombia



debido proceso), como veremos, la legislación procesal no ha previsto uniformidad en las calidades de las personas que cumplen esa labor, así como sus denominaciones (curador, defensor etc). Admite una gama que va desde los estudiantes de derecho de últimos años hasta quienes han cursado y aprobado las materias y se han graduado. Esto depende tanto de la complejidad de la materia como de los temas que se desatan.

2. Proceso de jurisdicción coactiva.

La Ley 42 de 1993 establece la forma como los entes de control fiscal deben buscar la recuperación de los bienes y el resarcimiento del detrimento causado al tesoro público, al señalar:

Para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a que se refiere la presente Ley, se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva señalado en el Código de Procedimiento Civil, salvo los aspectos especiales que aquí se regulan.¹

Al tenor del procedimiento al cual nos remite la norma citada, para la notificación personal del mandamiento ejecutivo al deudor o a su representante o apoderado, se le citará por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada y, a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.

Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso, de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador *ad litem*, con quien se seguirá el proceso hasta cuando aquél se presente.

Cabe destacar que, a diferencia del proceso de responsabilidad fiscal que obtuvo entidad propia mediante la Ley 610 de 2000, el proceso de cobro sigue dependiente, en un alto porcentaje, de otra normatividad en aspectos que sería importante regular especialmente no obstante el carácter ejecutivo de las medidas.

3. Curador ad litem

Para tener mayor claridad sobre la figura del curador *ad litem*, podemos acudir a la definición que trae Guillermo Cabanellas de Torres:

¹ Ley 42 de 1993, artículo 90.

Curador Ad litem. Persona designada por el juez para seguir el pleito y defender los derechos de un menor, de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad.²

En Colombia el curador *ad-litem* es un auxiliar de la justicia especialmente calificado, por cuanto la ley exige para su designación la calidad de abogado. Así lo determina el Código de Procedimiento Civil en su artículo 46 cuando dispone:

Sólo podrán ser curadores ad litem los abogados inscritos; su designación, remoción, deberes, responsabilidad y remuneración se regirán por las normas sobre auxiliares de la justicia.

Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que conllevan una retribución equitativa traducida en honorarios, los cuales son señalados por el funcionario de conocimiento del proceso, mediante auto en cual, además, determinará la parte a quien corresponda su pago³. Con respecto al curador *ad litem* el inciso 4º del artículo 388 del C.P.C., adicionado por el artículo 5º de la Ley 446 de 1998 establece la oportunidad para efectuar dicho pago cuando dispone:

Los honorarios del curador ad litem se consignarán a órdenes del despacho judicial, quien autorizará su pago al momento de terminación del proceso o al momento en que comparezca la parte representada por él.

4.- Defensor de oficio

El defensor de oficio es una figura instituida por nuestro ordenamiento penal vigente, con el fin de garantizar el derecho de defensa de los sindicados que carecen de recursos económicos para proveerse de un defensor de confianza y no existe en el lugar, o es imposible nombrar, un defensor público.

Por regla general para ser defensor, de confianza o de oficio, se requiere ser abogado titulado. No obstante, la ley ha señalado algunas situaciones excepcionales en que los egresados de facultades de derecho y estudiantes de derecho miembros de consultorios jurídicos, pueden ejercer la función de defensores en los procesos de competencia de los jueces penales o promiscuos municipales.

En el proceso de responsabilidad fiscal, por ejemplo, por medio del cual se declara la buena o mala gestión fiscal de quien maneja recursos públicos, el

² Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Sao Pablo - Brasil, 1993

³ C.P.C., artículo 8º, modificado por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989.

legislador consideró suficiente el nombramiento de un apoderado de oficio seleccionado de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho.

5.- Defensoría pública

La defensoría pública es un servicio que el Estado presta a favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos en materia penal, laboral civil y contencioso administrativa. En los asuntos laborales y contencioso administrativos los Defensores Públicos tienen la calidad de representantes judiciales o apoderados y para ello requieren otorgamiento de poder por parte del interesado.⁴

Este servicio es prestado de conformidad con lo estipulado en el artículo 22 de la Ley 24 de 1992:

1. Por los abogados que, como Defensores Públicos, formen parte de la planta de personal de la entidad.
2. Por los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados como Defensores Públicos.
3. Por los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, pertenecientes a los consultorios jurídicos, quienes podrán intervenir bajo la supervisión y orientación académica de sus Directores y con la coordinación de la Dirección de Defensoría Pública, en los procesos y actuaciones penales, civiles y laborales, dentro de las condiciones previstas en el estatuto de la profesión de abogado.
4. Por los egresados de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado que escojan la prestación gratuita del servicio como Defensor Público durante nueve (9) meses como requisito para optar al título de abogado y de acuerdo con las condiciones previstas en el Estatuto de la Profesión de Abogado.

6.- La consulta

Efectuadas las anteriores precisiones, se entrará a tratar, en su orden, cada uno de los cuestionamientos planteados respecto de los procesos de jurisdicción coactiva que adelantan las contralorías, cuando los "implicados" *se desaparecen, cambian su dirección residencial, o se insolventan (no encontrándose bienes que embargar).*

⁴ Ley 24 de 1992, artículo 21.

- 352
1. ¿Quién paga honorarios del curador teniendo en cuenta que la Contraloría carece de recursos económicos para sufragar este gasto y el implicado naturalmente no aparece?

De las normas aplicables al proceso de jurisdicción coactiva antes aludidas, se encuentra que, como bien lo menciona usted, en los casos en que habiéndose agotado todos los recursos para notificar el mandamiento de pago al ejecutado es imposible efectuar tal diligencia, se le designará un curador *ad litem* con quien se continuará el proceso hasta finalizarlo, o hasta cuando comparezca el ejecutado.

El curador *ad litem* según se dejó anotado, tiene derecho al pago de unos honorarios los cuales deben ser cancelados cuando comparezca la parte representada por él, o cuando finalice el proceso. En cualquiera de estos eventos dicho pago corresponde al ejecutado. ¿Pero qué sucede si aún compareciendo éste en el proceso no cancela la deuda ni las costas que correspondan en forma voluntaria, ni se practicaron medidas cautelares que permitan obtener los recursos para ese fin?

En estos casos la contraloría es la llamada a sufragar los honorarios del curador *ad litem* en la oportunidad señalada por la ley y previo auto que así lo ordene.

Como quiera que esto constituye una erogación del presupuesto de la entidad y, de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto (artículo 15), la entidad en la elaboración del presupuesto debe incluir un rubro que permita cubrir esta clase de gastos, atendiendo especialmente el precepto consagrado en el inciso 2º del artículo 345 de la Constitución, que indica:

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

En este sentido se pronunció la Dirección General de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al responder una consulta similar formulada por la Contraloría General de la República, cuando, después de citar los artículos 345, 346, 347 de la Constitución y 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, expresó:

De las normas anteriores se concluye, que [...] los referidos gastos deben imputarse con cargo al presupuesto de este órgano, atendiendo al principio de

especialización consagrado en el artículo 18 del Decreto 111 de 1996 y las clasificaciones y definiciones del gasto establecidas en el artículo 16 del Decreto 568 de 1996 y el capítulo VI del Decreto 2373 de 1996, respectivamente.³

Si bien es cierto que tanto las normas como el concepto aquí citados hacen referencia al Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, y el caso consultado corresponde a una entidad territorial, resulta pertinente traerlas a colación toda vez que el artículo 107 del estatuto aludido dispone:

La programación, preparación, elaboración presentación aprobación, modificación y ejecución de las apropiaciones de las Contralorías y Personerías Distritales y municipales se regirán por las disposiciones contenidas en las normas orgánicas del presupuesto de los Distritos y Municipios que se dicten de conformidad con la Ley Orgánica del Presupuesto o de esta última en ausencia de las primeras.

Desde este punto de vista se trata de una obligación que corresponde a la contraloría respectiva por lo que deben adelantarse las gestiones presupuestales para que se financien debidamente tales situaciones, dando aplicación al principio de programación integral contenido en el artículo 17 del artículo primero del Decreto 111 de 1996, cuyo texto es como sigue:

Programación integral. Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes.

- 2. ¿Se puede suplir el nombramiento del curador ad-litem con un defensor de oficio para evitar el costo de honorarios?

El procedimiento aplicable a los procesos de jurisdicción coactiva de competencia de los entes de control, es el previsto en el Código de Procedimiento Civil, título XXVII Capítulo VIII para las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de deudas fiscales a favor de entidades públicas, por remisión expresa efectuada por la Ley 42 de 1993, como se mencionó supra. Si bien es cierto que dicho proceso ameritaría un régimen propio en el cual podría incluirse lo relacionado con los auxiliares de la justicia, como se hizo en responsabilidad fiscal, hasta el momento existe una remisión absoluta y una dependencia del mismo.

Esta norma procedimental establece todas las formas que deben observarse en el proceso, entre ellas el nombramiento de curador *ad litem*, sin prever

³ Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Nacional, Oficina Jurídica, Concepto 12424, del 28 de noviembre de 1997.

excepciones; vale decir que si la norma de rango legal ordena que la representación del deudor que no comparece al proceso debe hacerse por curador *ad litem*, es ésta la figura la que debe emplearse y no otra. En este caso donde la ley no excepciona no le estaría dado hacerlo al intérprete, máxime si se trata de una norma excepcional (auxiliar) de desarrollar el debido proceso tal y como se indicó en precedencia y surge del artículo 29 constitucional cuando alude a la "observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

De otra parte el defensor de oficio en la ley colombiana está determinado para asuntos penales y en circunstancias especiales. En las demás materias (civil, laboral, contencioso administrativa) la representación del implicado para la defensa de sus intereses la tendrá un defensor público, pero sólo en aquellos casos en que se acredite que se encuentra en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismo la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública.

En este punto podría pensarse en que la solución sería acudir a un defensor público, sin embargo la Ley 24 de 1992 por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, en su artículo 21 señala cómo y cuando el Estado prestará este servicio al indicar:

ARTICULO 21. La Defensoría Pública se prestará en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública.

En el cumplimiento de esta función, el Director Nacional de la Defensoría Pública se ceñirá a los criterios que establezca el Defensor del Pueblo, mediante reglamento.

En materia penal el servicio de Defensoría Pública se prestará a solicitud del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo cuando lo estime necesario y la intervención se hará desde la investigación previa. Igualmente se podrá proveer en materia laboral, civil y contencioso-administrativa, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el inciso 1o. de este artículo.

En materia civil, el Defensor del Pueblo actuará en representación de la parte a quien se otorgue amparo de pobreza según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, debiendo recaer la designación preferentemente en un abogado que forme parte de las listas de Defensores Públicos que elaborará la

Dirección de Defensorías Públicas y remitirá a los Despachos Judiciales, conforme a reglamentación que expedirá el Defensor del Pueblo.

En los asuntos laborales y contencioso administrativos los Defensores Públicos tendrán la calidad de representantes judiciales o apoderados y para ello requerirán otorgamiento de poder por parte del interesado. (Subraya fuera de texto).

Como se advierte del contenido de este artículo, para que un defensor público pueda actuar en un asunto contencioso administrativo, requiere de poder otorgado por el interesado. Para el caso, el interesado es la persona a quien va a representar, pero si éste está desaparecido, o en todo caso no se ha logrado su ubicación, ¿cómo va a dar poder a su defensor? Otro tanto ocurre en materia civil.

Podemos entonces concluir que el curador *ad litem* no puede ser reemplazado por un defensor público a discrecionalidad del ejecutor, pues cada uno actúa en situaciones diferentes, el primero cuando el deudor no comparece al proceso y su designación la hace el funcionario de conocimiento, mientras que el segundo cuando el deudor quiere comparecer en el proceso pero carece de recursos económicos para hacerse representar por un apoderado de confianza y acude a la defensoría pública para que lo asistan.

3. *En el evento de poderse nombrar defensor de oficio, además del reporte al boletín de responsables fiscales ¿Qué mecanismos judiciales encuentra usted viable para lograr el resarcimiento o recuperación de lo adeudado?*

Sobre la base de que no es factible el defensor de oficio en estos casos, como inicialmente quedó establecido, el mecanismo que prevé la ley a los entes de control para el cobro de las deudas fiscales es el de ejecución coactiva y no pueden utilizarse otros. No obstante, para que la acción de cobro no resulte nugatoria, el funcionario competente para adelantar la ejecución deberá actuar con diligencia, eficiencia y celeridad en la investigación de bienes del deudor que conduzca a la oportuna práctica de medidas cautelares aún antes del fallo de responsabilidad fiscal (cuando sea el caso) tal y como lo prevén los artículos 12 y 41 de la Ley 610 de 2000, declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001. En la etapa ejecutiva, esto se consigue con aplicación de lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 42 de 1993, concordante con el 565 del C.P.C., es decir solicitando toda clase de datos a entidades públicas o privadas. Por ejemplo se podrá oficiar:

- A las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos del país solicitando información sobre los bienes inmuebles o muebles sujetos a registro cuya propiedad esté en cabeza del deudor, así como del

traspaso de dominio de bienes efectuado por éste durante los últimos 18 meses, cuando se trate de ejecuciones con fundamento en fallos con responsabilidad fiscal, con el fin de solicitar su revocatoria sino se hallaren bienes o los hallados fueren insuficientes para pagar la totalidad de la suma establecida, dando aplicación al artículo 97 de la Ley 42 que dispone:

Cuando aparezca que los bienes del responsable fiscal son insuficientes para cubrir el total de la suma establecida en el fallo con responsabilidad fiscal, las contralorías podrán solicitar la revocación de los siguientes actos realizados por el responsable fiscal, dentro de los dieciocho, (18) meses anteriores a la ejecutoria del citado fallo, siempre que el acto no se haya celebrado con buena fe exenta de culpa.

Los de disposición a título gratuito.

El pago de deudas no vencidas.

Toda dación en pago perjudicial para el patrimonio del responsable fiscal.

Todo contrato celebrado con su cónyuge, compañero permanente, con sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, único civil o con algún consorcio en sociedad distinta de la anónima.

Todo contrato celebrado con sociedades en las cuales el responsable fiscal o las mismas personas nombradas en el anterior ordinal sean dueños, individual o conjuntamente de un treinta por ciento (30%) o más del capital.

La liquidación de bienes de la sociedad conyugal del responsable fiscal, hecha por mutuo consenso o pedida por uno de los cónyuges con aceptación del otro.

Las cauciones, hipotecas, prendas, fiducias de garantía, avales, fianzas y demás garantías, cuando con ellas se aseguren deudas de terceros.

- A las Cámaras de Comercio del país para establecer si el deudor es miembro de una sociedad y cual es su participación.
- A la DIAN y a las Secretarías de Hacienda regionales para saber si el deudor es contribuyente y porqué conceptos.
- A todas las entidades financieras.

4. *¿Cómo se haría la liquidación del crédito?*

La liquidación del crédito en todos los casos, se hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 521 del C.P.C., por remisión, teniendo en cuenta que la Ley 42 de 1993 no contiene una norma especial al respecto.

En los anteriores términos se deja plasmado el concepto solicitado, confiando en que con él se despejen las inquietudes planteadas.

Cordialmente,

Juan Fernando Romero Tobón
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director de la Oficina Jurídica

Copia: Auditoría Delegada
Gerencias Seccionales

DynaC.



Davis ZAB

GERENCIA SECCIONAL II

Bogotá, D.C.


214

Para: JUAN FERNANDO ROMERO TOBON –Director Oficina Jurídica
De: ALFREDO POSADA VIANA –Gerente Seccional II
Ref: Traslado de Consultas-Contraloría Municipal de Villavicencio

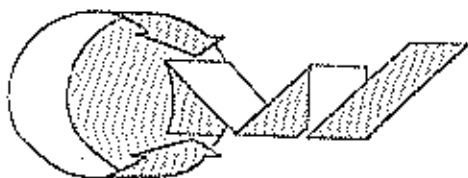
Apreciado doctor Romero:

Para su estudio y resolución, me permito darle traslado de las consultas presentadas a esta Gerencia por parte de la señora contralora municipal de Villavicencio, mediante oficios radicados en la correspondencia de la AGR, con los NUR 214-1-10256 y 214-1-10271, de los días 18 y 19 de junio de 2002, respectivamente.

Cordialmente,


Alfredo Posada Viana
Gerente Seccional II

Anexo: Lo anunciado



CONTRALORIA MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO

INSTITUCIÓN DE EDUCACIÓN SUPERIOR
CALLE 14 N° 10271
TELÉFONO: 214-1-10271

0942

345

Villavicencio, 07 de junio de 2002.

Doctora
ALFREDO POSADA VIANA
Gerente Seccional II
Auditoría General de la Nación
Bogotá D. C.

ASUNTO: SOLICITUD CONCEPTO JURÍDICO

De la manera más atenta y atendiendo a que en los procesos de Jurisdicción coactiva esta dirección ha encontrado algunos vacíos que no obtienen respuesta en la normatividad vigente, pero que por su experiencia y por los usos y costumbres procesales que se han llevado a cabo tanto en el Distrito capital como en las diferentes seccionales, nos permitimos acudir a su despacho para efectos que emita su concepto, acerca de los siguientes puntos:

En la mayoría de los procesos de Jurisdicción Coactiva los Implicados, se desaparecen, cambian su dirección residencial, o se insolventan (no encontrándose bienes que embargar) tratando siempre de eludir el pago de las responsabilidades fiscales, sanciones o multas, según sea el caso; en tales situaciones hay necesidad de nombrar un curador ad-litem, de acuerdo a lo establecido en el artículo 564 del C. de P. Civil. Transcribo a continuación de manera literal lo establecido en el manual fiscal de Bogotá "MAFISBO":

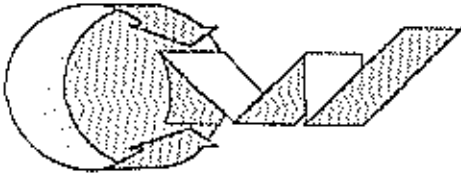
"NOTIFICACIÓN POR INTERMENDIO DE CURADOR AD - LITEM.

En el Proceso de Jurisdicción Coactiva una vez librado el auto de mandamiento de pago, se procede a su notificación personal. Cuando no ha sido posible notificar personalmente al demandado sobre el mandamiento de pago y se hace indispensable su notificación para poder continuar con el proceso, una vez agotados todos los trámites, se le nombra al ojecutado curador ad - litem para que lo represente garantizando así su defensa. Para estos efectos se deberá tener en cuenta lo que al respecto señala el artículo 564 del C.P.C., así:

Carrera 39 No. 35 - 81 Barzal. Tels.: 6631559 - 6631737 - 6631938 - 6632058 LINEA CIUDADANA : 6716262

"Control Fiscal en Tiempo Real. Evaluando Gestión y Resultados"

2



CONTRALORIA MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO

0942

3AA

1. Se hace la citación por medio de comunicación enviada por conducto de empleado o por correo certificado, o mediante aviso publicado en el periódico de mayor circulación y se concede un plazo de quince (15) días para que el ejecutado se acerque a notificarse; término que empieza a correr a partir de la fecha de envío de la comunicación o de la publicación del aviso o de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, y si no lo hace dentro de este término se le nombrará curador ad - litem."

La inquietud que nace es

- 1. ¿Quién paga honorarios del curador teniendo en cuenta que la Contraloría carece de recursos económicos para sufragar este gasto y el implicado naturalmente no aparece?*
- 2. ¿Se puede suplir el nombramiento del curador ad-litem con un defensor de oficio para evitar el costo de los honorarios?*
- 3. En el evento de poderse nombrar defensor de oficio, además del reporte al boletín de responsables fiscales ¿Qué mecanismos judiciales encuentra usted viables para lograr el resarcimiento o la recuperación de lo adeudado?*
- 4. Y finalmente en estos casos ¿Cómo se haría la liquidación del crédito?*

Agradecemos Doctor Posada su valiosa y decidida colaboración.

Cordialmente,


GLORIA ELENA CIFUENTES ALVAREZ
Contralora Municipal de Villavicencio

Carrera 39 No. 35 - 81 Barzal. Tels.: 6631559 - 6631737 - 6631938 - 6632058 LINEA CIUDADANA : 6716262

"Control Fiscal en Tiempo Real. Evaluando Gestión y Resultados"