

COBRO COACTIVO – Naturaleza jurídica

El C. de P. C., para efectos de la causal de nulidad objeto del presente debate asimila el término «jurisdicción» al de «competencia», lo cierto es que para el Despacho resulta indispensable referirse a lo que debe entenderse por el término «jurisdicción» en sentido general y estricto, con el fin tanto de determinar a cuál de las distintas vertientes de la Rama Judicial del poder público se encuentra asignado el presente negocio, como para establecer si, como lo estimó el Tribunal a quo, la llamada «jurisdicción coactiva» en efecto lo es, es decir si la entidad pública al tratar de hacer efectivos los créditos a su favor mediante este mecanismo, ejerce verdaderas funciones jurisdiccionales, a tal punto que pueda considerarse el cobro coactivo como parte de la rama jurisdiccional, distinta pero de igual categoría que la Ordinaria, la Constitucional o de lo Contencioso Administrativo. [...] puede concluirse que aún cuando bajo ciertas circunstancias dentro de un trámite de cobro coactivo pueda intervenir el Juez Administrativo, lo cierto es que se trata de una función eminentemente administrativa que se fundamenta en una potestad excepcional o exorbitante de autotutela de la Administración, para cobrar por cuenta propia los créditos a su favor. [...] con el fin de eliminar cualquier asomo de duda acerca de la naturaleza administrativa de la llamada jurisdicción coactiva, debe agregarse que el mismo legislador durante el trámite que dio lugar a la expedición del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 –disposición en la cual se fundamentó el Tribunal a quo para proferir la decisión ahora impugnada- de manera expresa tuvo la intención de dejar con absoluta claridad que el ejercicio del cobro coactivo previsto en dicha disposición era una manifestación de una función administrativa.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD – Regulación legal

La Sala, de conformidad con el principio de especialidad –artículo 5 de la Ley 57 de 1887- ha preferido la aplicación del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 respecto de otras normas de carácter general que en uno o en otro sentido han planteado dudas acerca de la forma en la cual deben hacerse efectivas las obligaciones claras, expresas y exigibles derivadas de contratos estatales y la jurisdicción encargada de conocer de tales procedimientos. [...] en relación con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la posibilidad de acudir al cobro coactivo respecto de los actos administrativos de origen contractual se limita a aquellos tendientes a hacer efectiva la cláusula penal y las multas impuestas. [...] aún cuando en la actualidad existen preceptos normativos que habilitan a la entidad pública para ejercer el cobro coactivo en relación con las obligaciones claras, expresa y exigibles derivadas de un acto administrativo expedido con ocasión de la actividad contractual, lo cierto es que tales disposiciones no son aplicables al presente asunto. Pues bien, se reitera, sin perjuicio de las normas previstas en las leyes 1150 de 2007 y 1437 de 2011, en el presente asunto se concluye que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 no encuentra aplicación para los eventos en los cuales se pretenda el cobro de créditos a favor de las entidades estatales a las cuales se hace referencia en dicha disposición, cuando éstos tengan origen en contratos estatales, comoquiera que el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 –vigente y aplicable a la fecha en la cual se expidieron los actos administrativos objeto de la presente litis-, es una disposición legal especial que prevalece sobre aquella de carácter general.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00243-01(43653)

Actor: DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA

Demandado: UNIÓN TEMPORAL CIUDAD MÓVIL BUCARAMANGA

Referencia: NULIDAD PROCESAL – ACCIÓN REPARACIÓN DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, el 24 de octubre de 2011, mediante el cual se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso ejecutivo a partir del auto por el cual se profirió el mandamiento de pago de fecha 28 de octubre de 2009, inclusive.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se rechaza la demanda ejecutiva de la referencia presentada por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Levantar y dejar sin efectos la orden de embargo de dineros tomada en el auto del 30 de junio de 2010, folio 10 del cuaderno de medidas previas. Por Secretaría Líbrense los respectivos oficios a las entidades bancarias.

(...)” (Fls. 463 – 464 C. Ppal).

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 30 de abril de 2009, la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva contra la Unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga, para obtener el pago de la suma de mil setecientos treinta y cuatro millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos veintisiete pesos (\$ 1.734'247.627.00), correspondientes al valor adeudado por la referida Unión Temporal a la entidad ejecutante, por la terminación anticipada del contrato de concesión No. 001 de 2003.

2. Hechos.

Como fundamento de las anteriores pretensiones, la parte ejecutante narró los siguientes hechos:

“1. El día 13 de enero de 2003, la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y la Unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga S.A. celebraron el contrato de concesión No. 001 de 2003.

(...)

3. El contrato a que me refiero tuvo por:

a Objeto: La "... concesión para la explotación con carácter de exclusividad, de la Dirección de Tránsito hacia el concesionario, de los servicios de parqueaderos o patios, grúas, inmovilización temporal de rodantes y de administración y operación de las zonas de establecimiento masivo regulado (Z.E.M.R.) o zonas azules existentes en la ciudad de Bucaramanga ..."

b. Plazo: 15 años.

4. El 17 de febrero de 2006, quienes concurren a la celebración de este contrato, en forma consciente, espontánea, voluntaria y libre de todo apremio, suscribieron el acta de terminación anticipada del contrato de concesión No. 001 de 2003.

5. En ese documento, además de convenir la terminación anticipada, se fijaron las pautas que regirían la terminación del contrato y se establecieron las condiciones, términos y bases de su liquidación.

6. El día 17 de noviembre de 2006 se presentó el acta de liquidación del contrato de concesión No. 001 de 2003, en la que se determinó que "En definitiva, y después de haberse hecho las compensaciones y reconocimientos arriba detallados la Unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga S.A. debe a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga la suma de \$1.734'247.627, la cual debe cancelar a los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de liquidación unilateral...".

7. Mediante Resolución 878 del 17 de noviembre de 2006, la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, adoptó las siguientes determinaciones:

- Aprobó la liquidación unilateral del contrato de concesión No. 001 de 2003 celebrado con la Unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga S.A.

- Reconoció a favor de la Unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga S.A. la suma de \$148'678.802.oo.

- Como consecuencia de la aplicación del acuerdo de terminación anticipada celebrado el 17 de febrero de 2006, compensó el valor de las multas ejecutoriadas hasta por un valor de \$145'589.154.oo.

- Aplicar, por vía de compensación a las demás obligaciones a cargo de la Unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga S.A., el saldo a favor de la concesionaria por valor de \$3'089.648.oo.

- Declaró que el monto de las obligaciones a cargo de la Unión Temporal Ciudad Móvil S.A. y a favor de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga asciende a la suma de \$1.734'247.627.oo; suma que debía cancelarse dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la resolución.

8. El 19 de diciembre de 2006 la unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga a través de apoderado, presentó recurso de reposición contra la Resolución 878 del 17 de noviembre de 2006.

9. Mediante Resolución No. 0085 del 16 de febrero de 2007, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 878 del 17 de noviembre de 2006.

10. A la fecha la UNIÓN TEMPORAL CIUDAD MÓVIL BUCARAMANGA S.A., no ha dado cumplimiento a la Resolución No. 878 del 17 de noviembre de 2006, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 001 de 2003.

(...)" (Fls. 306 - 310 C. 1).

De igual manera, el apoderado de la parte ejecutante solicitó lo siguiente:

"(...) con el propósito de solicitarle que antes de que se notifique el mandamiento de pago y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones cuyo cobro ejecutivo se intenta ante este Despacho, ordene las siguientes medidas previas:

1. El embargo y secuestro de los depósitos o dineros que tuviesen la UNIÓN TEMPORAL CIUDAD MÓVIL BUCARAMANGA S.A. y/o cada una de las personas

que la conforman, a saber: J.V. PARKING en C.S., J.V. GRUAS S. en C.S., CITROL LTDA., ESPACIOS PÚBLICOS S.A., JAIME ORLANDO LAFAURIE VEGA, en las cuentas de (sic) corrientes y/o de ahorro de las entidades bancarias que se relacionan a continuación, localizadas en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. y/o en la ciudad de Bucaramanga:

(...)

2. Se declare el embargo y secuestro previo de los bienes sujetos a registro, tales como vehículos de toda índole y de todo inmueble de los que sea titular en todo o en parte, la UNIÓN TEMPORAL CIUDAD MÓVIL BUCARAMANGA S.A. y/o cada una de las personas que la conforman, a saber: J.V. PARKING en C.S., J.V. GRUAS S. en C.S., CITROL LTDA., ESPACIOS PÚBLICOS S.A., JAIME ORLANDO LAFAURIE VEGA.

(...)”

3. El Tribunal Administrativo de Santander, a través de providencia de 28 de octubre de 2009, libró mandamiento de pago a favor de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y en contra de la Unión Temporal Ciudad Móvil de Bucaramanga S.A. (Fls. 320 – 321 C.1)

4. Mediante proveído proferido el 30 de junio de 2010, con ocasión de una solicitud de embargo y secuestro propuesta por la parte demandante, el Tribunal a quo decidió:

“PRIMERO: Aceptar como especie de caución la póliza judicial No. 1001055 de fecha veinticuatro (24) de marzo de dos mil diez (2010) expedida por LA PREVISORA SEGUROS, por el valor y conceptos allí indicados.

SEGUNDO: Decretar el embargo y secuestro de las sumas de dinero que se encuentran depositadas, así como los que se llegaren a depositar en las cuentas corrientes y/o ahorros, cuya titularidad radica en cabeza de UNIÓN TEMPORAL CIUDAD MÓVIL BUCARAMANGA S.A. y/o cada una de las personas que la conforman

(...)

LIMITAR EL EMBARGO EN LA SUMA DE DOS MIL SEISCIENTOS UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MONEDA LEGAL (2.601'371.440.50).

TERCERO: DENIEGANSE las demás medidas cautelares pedidas por el señor apoderado de la parte ejecutante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

(...)" (Fls. 10 – 13 C. 2).

5. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la Unión Temporal Ciudad Móvil Bucaramanga S.A., interpuso recurso de reposición el 14 de septiembre de 2010; posteriormente el mismo apoderado, el 24 de febrero de 2011, presentó tres solicitudes de levantamiento de embargos en representación de J.V. Grúas y Cia. Ltda., J.V. PARGKING S. en C.S. y Jaime Hernando Lafaurie -Vega (Fls. 332 – 343, 433 – 462 C. 1).

6. El proveído impugnado.

El Tribunal Administrativo de Santander, a través de providencia de 24 de octubre de 2011, decidió:

“Una vez revisado el trámite del presente proceso, el cual fue repartido a este Despacho de Descongestión mediante acta de entrega No. 001 del 06 de septiembre de 2011, encuentra la Sala que habría de resolverse las solicitudes de levantamiento de embargos presentadas por el doctor Carlos Alberto Hernández Gaitán, vistas a folios 433, 443 y 453, así como el recurso de reposición obrante al folio 332, si no se advirtiera que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado y rechazar la demanda, por falta de jurisdicción, conforme lo siguiente:

(...)

La referida Ley 1066 de 2006 entró a regir a partir de su promulgación, es decir, a partir del 29 de julio de 2006, por lo que el recaudo que se pretende hacer a través del presente proceso ejecutivo, con fundamento en la Resolución 7878 del 17 de noviembre de 2006, cuya demanda fue presentada el 30 de abril de 2009, debió y

debe hacerse directamente por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga por jurisdicción coactiva, generando por tanto una falta de jurisdicción para este Tribunal, por carecer de jurisdicción.

(...)

La situación procesal advertida permite concluir que se ha dado lugar a la existencia de la causal de nulidad de todo lo actuado prevista en el numeral 2° del artículo 140 del C.P.C.

(...)

En estas circunstancias, esta Corporación encuentra que lo pertinente será decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto por el cual se profirió el mandamiento de pago de fecha 28 de octubre de 2009, inclusive, pues dicha causal es insaneable tal como se establece en el artículo 145, ibídem.

Como consecuencia de dicha situación lo pertinente será rechazar la demanda y ordenar devolver al accionante los anexos de la misma, sin necesidad de desglose. Por la misma razón se deberá levantar y dejar sin efectos la orden de embargo de dineros tomada en el auto del 30 de junio de 2010, folio 10 del cuaderno de medidas previas. Es de acotar que se libraron los oficios respectivos a las entidades bancarias, folio 14 y siguientes, sin que obre en el expediente documento alguno con el cual se haya informado por entidad bancaria alguna de haber consignado dineros embargados de las personas objeto de la medida en el Banco Agrario; así como tampoco obra documento alguno del Banco Agrario poniendo a disposición de este Tribunal embargo de alguna suma de dinero.

Es claro que por la decisión que se toma, no resulta necesario hacer consideraciones sobre el recurso de reposición y sobre el trámite de las excepciones propuestas por la sociedad demandada.

(...)” (Fls. 463 – 464 C. Ppal).

7. La impugnación.

Respecto de las anteriores consideraciones, la parte recurrente se pronunció en los siguientes términos:

“Tal como se expresó en precedencia, la facultad extraordinaria que tienen los organismos de tránsito para hacer efectivas las multas está consagrada en el artículo 140 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, y hace relación expresamente a las multas tal como lo reafirma el artículo 5 de la ley 1066 cuando reza que “Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios”. Las actividades permanentes a que se refiere este artículo no es otra cosa que las multas, dado que, la Dirección de Tránsito de Bucaramanga en el ejercicio de la competencia asignada tiene la de imponer sanciones a quienes infrinjan las normas del Código Nacional de Tránsito Terrestre, además de las funciones regulatorias, pero la deuda originada en un contrato estatal que no tiene las connotaciones de prestación de servicio permanente, que no proviene del ejercicio de actividades y funciones administrativas, como son las multas por sanciones impuestas por infracción a las normas de tránsito, escapan a la jurisdicción coactiva, pero en manera alguna puede confundirse unas multas con una deuda de un contrato, contrario sería obligar a este organismo de tránsito a hacer justicia por su propia mano con las consecuencias que de ella se derivan como son FALTA DE JURISDICCIÓN, por parte de la entidad que represento además que esta se alegaría por los demandados en el presente proceso para evadir el pago de la deuda contractual a su cargo” (Fls.465 – 469 C. Ppal).

II. CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico.

El Tribunal a quo declaró la nulidad del proceso por considerar que, en los términos del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, la Dirección de Tránsito de Bucaramanga debió hacer efectivas las sumas que al parecer le adeuda la parte demandada en el presente proceso a través de la denominada “jurisdicción coactiva” y no pretender el pago de esas acreencias a través del inicio de un proceso ejecutivo.

Así las cosas, dado que para el Tribunal a quo la ley asignó a otra “jurisdicción” el cobro de sumas a favor de una entidad pública derivadas de un contrato, debía ser ante esa instancia donde debía perseguirse el pago de esos dineros.

Por su parte, el actor consideró que sólo es posible acudir a la jurisdicción coactiva con el fin de hacer efectivos los créditos mencionados en el artículo 562 del C. de P. C., entre los cuales no se encuentran aquellos derivados de los contratos celebrados por las entidades públicas, de manera que resultaba improcedente que la Dirección de Tránsito de Bucaramanga intentara el cobro de esas acreencias por una vía diferente al proceso ejecutivo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De lo contrario, dice el apelante, sería incurrir en una “usurpación de funciones”.

Finalmente el impugnante señaló que la aplicación del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 se limitaba a aquellas entidades públicas que de manera permanente tuvieran a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o prestación de servicios, lo cual en el caso de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga se limitaba única y exclusivamente al temas de las multas, de manera que en tratándose de los créditos de origen contractual, debía, necesariamente, acudirse al proceso ejecutivo.

2. Nulidad por falta de jurisdicción.

2.1. Naturaleza jurídica de la denominada jurisdicción coactiva.

Corresponde al Despacho determinar si en el presente caso se configuró una nulidad por falta de jurisdicción, para cuyo efecto resulta necesario realizar unas consideraciones acerca de esta causal, para luego retomar el caso concreto.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 140 del C. de P. C. –el cual se aplica a los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud del artículo 267 del C.C.A.- el proceso es nulo cuando “corresponde a distinta jurisdicción”.

Para la doctrina este es uno de los casos en los cuales el término jurisdicción es utilizado como sinónimo de competencia y se configura en todos aquellos eventos

en los cuales el proceso es conocido por una autoridad judicial de rama diferente de la que por ley le corresponde¹.

No obstante que el C. de P. C., para efectos de la causal de nulidad objeto del presente debate asimila el término “jurisdicción” al de “competencia”, lo cierto es que para el Despacho resulta indispensable referirse a lo que debe entenderse por el término “jurisdicción” en sentido general y estricto, con el fin tanto de determinar a cuál de las distintas vertientes de la Rama Judicial del poder público se encuentra asignado el presente negocio, como para establecer si, como lo estimó el Tribunal a quo, la llamada “jurisdicción coactiva” en efecto lo es, es decir si la entidad pública al tratar de hacer efectivos los créditos a su favor mediante este mecanismo, ejerce verdaderas funciones jurisdiccionales, a tal punto que pueda considerarse el cobro coactivo como parte de la rama jurisdiccional, distinta pero de igual categoría que la Ordinaria, la Constitucional o de lo Contencioso Administrativo.

La Sección Tercera de esta Corporación ha definido el término jurisdicción como “función” que se concreta en la posibilidad de impartir justicia sobre los diferentes conflictos o situaciones que deban tramitarse y resolverse de conformidad con los principios, parámetros y disposiciones del ordenamiento jurídico. En ese contexto, corresponde al constituyente definir quiénes ejercen jurisdicción, esto es quiénes tienen la capacidad de administrar justicia, cómo se divide y en qué forma se ejerce, dependiendo, en cada caso concreto, de los supuestos de hecho que sean sometidos a definición judicial (art. 116 C.P.)².

En este sentido, con apoyo en la doctrina, la Sala ha precisado:

“Según el profesor Devis Echandía, la jurisdicción corresponde a:

“[la] soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o

¹ López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Novena Edición. Ediciones Dupré. Bogotá 2005. Pág. 895. Ver también Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de junio de 2008. Expediente AP- 2003-00618. MP: Ruth Stella Correa Palacio.

² Consejo de Estado. Auto del 3 de agosto de 2006. Expediente: 32499. MP: Alier Hernández Enríquez

para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.”³

Así las cosas, debe precisarse el carácter único, exclusivo y excluyente de la jurisdicción, en tanto que no es factible su división como función estatal; cosa distinta es la repartición que el propio ordenamiento jurídico hace de la misma según las diversas ramas del derecho para racionalizar adecuadamente su prestación.

En esa perspectiva, el legislador por razones metodológicas y de especialidad jurídica asigna la función de administración de justicia en diferentes jurisdicciones⁴, correspondiendo esta repartición, técnicamente, a una distribución de competencias entre los diversos campos del conocimiento jurídico.⁵

Como se aprecia, el fraccionamiento que hace el ordenamiento jurídico en materia de jurisdicción y de competencia, tiene fundamento en los principios de pragmatismo y de especialidad, por cuanto permite facilitar el acceso de las personas a jueces especializados en las diferentes materias del derecho, circunstancia que contribuye a solucionar, de manera más eficiente y expedita, las controversias sometidas a consideración de la administración de justicia.

³ DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, 2004, Pág. 97.

⁴ El artículo 11 de la ley 270 de 1996, modificado por el artículo 1º de la ley 585 de 2000, dispone expresamente: “La Rama Judicial del Poder Público está constituida por:

1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones:

a) De la Jurisdicción Ordinaria:

1. Corte Suprema de Justicia.

2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

3. Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia, de ejecución de penas, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;

b) De la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

1. Consejo de Estado.

2. Tribunales Administrativos.

3. Juzgados Administrativos:

c) De la Jurisdicción Constitucional: Corte Constitucional;

d) De la Jurisdicción de la Paz: Jueces de Paz;

e) De la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas: Autoridades de los Territorios Indígenas.

2. La Fiscalía General de la Nación.

3. El Consejo Superior de la Judicatura.

⁵ “Sin embargo, la práctica ha generalizado el empleo del vocablo *jurisdicción* para referirse a las más importantes ramas del ordenamiento jurídico, a través de las que realiza el Estado la actividad jurisdiccional, y es así como se habla de jurisdicción civil, jurisdicción penal, laboral, contencioso-administrativa, de familia, agraria, constitucional, indígena, de paz, etc., terminología en la que el vocablo *jurisdicción* se emplea como sinónimo de *competencia por ramas*; lo técnico es decir competencia penal, civil, laboral, etc., ya que jurisdicción no hay sino una.” LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio “Instituciones de Derecho Procesal Civil – Parte General”, Ed. Dupré, 2002, Pág. 130.

En ese orden, el legislador, en principio, a través de los códigos o estatutos sustantivos y procesales distribuye propiamente la competencia entre las Cortes, Tribunales y jueces que integran la Rama Judicial del Poder Público; es en virtud de dicha distribución que se radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa una serie de materias y asuntos propios de su conocimiento.

Con ocasión del anterior procedimiento surge jurídicamente el fenómeno procesal de la competencia, es decir, la determinación en sentido estricto del juez que debe conocer, específicamente un determinado litigio o controversia sometida a decisión judicial”⁶.

De conformidad con lo anterior, le corresponde a la Constitución y/o a la ley –por habilitación del primer cuerpo normativo- definir las autoridades encargadas de administrar justicia⁷ a través de los procedimientos establecidos en el ordenamiento y mediante decisiones obligatorias. De igual forma, la Constitución y la ley se encargan, para efectos de especialidad y pragmatismo –que no de división, puesto que la jurisdicción es única e indivisible-, de la distribución de competencias entre los distintos órganos que integran la jurisdicción.

De entrada se observa que ni la Constitución Política (artículo 116), la Ley 270 de 1996 (artículos 11 a 13) o alguna otra norma con fuerza de ley, han definido, de manera expresa, que la llamada jurisdicción coactiva⁸, signifique, por parte de sus titulares, un verdadero ejercicio de funciones jurisdiccionales.

⁶ Consejo de Estado. Auto del 3 de agosto de 2006. Expediente: 32499. MP: Alier Hernández Enríquez

⁷ Según el artículo 1º de la Ley 270 de 1996, la Administración de Justicia es definida como “*la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional*”.

⁸ La Sala ha definido la jurisdicción coactiva en los siguientes términos: “*De ahí que, se pueda señalar, que la denominada jurisdicción coactiva es una concreción de la autotutela administrativa, pues como ha observado el juez constitucional, su finalidad es el recaudo rápido de las deudas a favor de las entidades públicas a través del reconocimiento de un **privilegio exorbitante** que “...consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, (...) 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.*” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Expediente AP-2004-00540-01. MP: Enrique Gil Botero).

No obstante, el tema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción coactiva no ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia de esta Corporación ni en la de la Corte Suprema de Justicia o en la Corte Constitucional, puesto que, como se expuso, a pesar de que no se hubiere hecho mención expresa en este sentido, lo cierto es que la habilitación que la misma Carta Política prevé en el sentido de que excepcionalmente la ley pueda atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, generó en su oportunidad la existencia de providencias judiciales que concluyeron que el cobro coactivo representaba en la autoridad administrativa correspondiente el ejercicio de funciones judiciales, mientras que en otras decisiones se llegó a la conclusión de que el poder de autotutela de la Administración no era más que una función administrativa.

Con todo, en la actualidad puede decirse que existe una posición unánime y reiterada en el sentido de definir la denominada jurisdicción coactiva como el ejercicio de una función por naturaleza administrativa.

Al respecto, en sentencia del 30 de agosto de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado, luego de poner en evidencia las diferentes posiciones que en relación con estos aspectos presentaba la jurisprudencia de las distintas Cortes, concluyó lo siguiente:

“a. Hay casos en los que los créditos a favor del Estado se deben ejecutar ante el juez competente; es decir, **que está excluida la jurisdicción coactiva**. Tal es el caso de los **procesos ejecutivos originados en contratos estatales** (artículo 75 de la ley 80 de 1993), o en decisiones judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa, con excepción de las originadas en acciones de repetición.

b. En otros, la administración tiene la opción de acudir al juez civil del circuito o de hacer efectivo el crédito, directamente, por cobro coactivo; tal es el caso de las obligaciones tributarias a favor la DIAN (artículos 823 y 843 del Estatuto Tributario).

c. Si se decide por lo primero, se originará un proceso judicial; pero ante la segunda opción, el procedimiento por cobro coactivo está legalmente definido, como un procedimiento administrativo (artículo 823 del Estatuto Tributario); la ley establece que podrán impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa,

mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos que deciden sobre excepciones y ordenan seguir adelante la ejecución (artículo 835 del Estatuto Tributario) y, por interpretación jurisprudencial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, tal posibilidad se ha extendido, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a todos los actos que se presenten en el curso del cobro coactivo, tales como embargos, el remate de bienes del ejecutado, la aprobación del mismo, su cumplimiento y el pago al acreedor, el fraccionamiento del título judicial, la liquidación del crédito y las costas del proceso, etc.

d. Existen, en tercer lugar, algunos eventos en los que no existe definición legal sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción coactiva, como en el caso en que se otorga esa atribución, por vía general, a entidades nacionales mediante el artículo 112 de la ley 6ª de 1992.

Este caso, que hoy juzga la Sala, pertenece a la segunda de las mentadas categorías, pues se trata de un cobro coactivo realizado por la DIAN, en un asunto de naturaleza tributaria, que legalmente ha sido definido como un procedimiento administrativo.

Pese a que, como se acaba de ver, en el caso concreto, no hay discusión, la Sala estima conveniente esclarecer el asunto en los casos en que no existe la misma claridad.

Como se ha visto, in extenso, las decisiones jurisdiccionales se encaminan más por reconocer que se trata del ejercicio de una función administrativa; hacia allá tienden tanto la Corte Suprema de Justicia, en la época en que tenía confiada la guarda de la Constitución Política, la Corte Constitucional, después, y buena parte de las formaciones del Consejo de Estado. Esta afirmación no impide reconocer que otra parte de las decisiones se han inclinado por atribuir carácter jurisdiccional al proceso de cobro por jurisdicción coactiva.

De modo que, con miras a tomar una postura en el debate, la Sala debe examinar los argumentos esgrimidos desde cada uno de los indicados puntos de vista, bien para adherir a uno de ellos o para formular un tercer criterio.

El punto de partida será el inciso tercero⁹ del artículo 116 de la Constitución Política y del ordinal segundo¹⁰ del artículo 13 de la ley 270 de 1996, que establecen, al tiempo, una permisión y una prohibición; de un lado se autoriza a la ley para que, de modo excepcional, pueda atribuir función jurisdiccional, en materias precisas, a autoridades administrativas determinadas. La excepcionalidad, la precisión de materias y la determinación de las autoridades administrativas constituyen exigencias para la adopción de este sistema. De otro lado, existe una prohibición: tal procedimiento está vedado para la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos.

Como se trata de una atribución excepcional, es menester que se encuentre consagrada, de manera expresa, la asignación de funciones jurisdiccionales a la administración; de otro modo, **habrá de entenderse que se trata de funciones administrativas**, aspecto éste que ha quedado enfatizado en la jurisprudencia que atrás se dejó transcrita.

En este caso, como se anunció antes, la ley no ha manifestado de manera expresa que se trata de una función jurisdiccional confiada a la administración, razón por la cual, en principio habría que, aplicando la regla general, concluir que se trata de una **función administrativa**.

El argumento anterior se robustece si se considera que el denominado procedimiento de cobro por jurisdicción coactiva lo que realmente hace es ejecutar un crédito en favor del Estado, o mejor, la obligación a cargo del particular, los cuales han quedado previamente definidos por un acto administrativo en firme.

Ninguna diferencia existe entre este proceder y el previsto en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo que preceptúa:

“Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda

⁹ “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.”

¹⁰ “Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la constitución política:...

“2. Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal.”

ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”

Corolario de esta disposición legal es el artículo 68 del mismo código, cuya primera parte regula el ejercicio de la función administrativa (artículos 1 a 81), como se desprende con claridad de su artículo primero. Pues bien, el mencionado artículo 68 establece cuándo los documentos allí relacionados prestan mérito ejecutivo para ser cobrados por jurisdicción coactiva, sin necesidad de remitirse, para ello, al Código de Procedimiento Civil.

Vistas las cosas así, resulta lógico deducir que la jurisdicción coactiva no es nada distinto de la denominada autotutela ejecutiva de la administración de la cual constituye solamente una especie, es decir, es una forma especial de llevarla a cabo.

Si la naturaleza propia de esta actividad estatal desarrollada por la administración es la administrativa, poca o ninguna relevancia tiene que el procedimiento a través del cual la misma se desarrolla, sea el previsto para el proceso ejecutivo en el Código de Procedimiento Civil. Son frecuentes los procedimientos administrativos para cuyos trámites – en forma total o parcial- se remiten a dicho código (incluso el procedimiento general – Código Contencioso Administrativo- lo hace, por ejemplo en materia de pruebas), sin que por esa y única razón los mismos hayan merecido el calificativo de jurisdiccionales.

Por el contrario, si bien la sentencia C-666 de 2000 de la Corte Constitucional no tomó partido (en su parte considerativa) por la naturaleza jurídica del trámite coactivo – como atrás se precisó-, es lo cierto que su decisión de condicionar la constitucionalidad del artículo 112 de la ley 6ª de 1992, en cuanto tiene que ver con los organismos vinculados, “... a que la autorización legal para ejercer el poder coactivo se refiere exclusivamente al cobro o recaudación provenientes de funciones netamente administrativas...”, está indicando, a las claras, que la jurisdicción coactiva es una parte del poder administrador del Estado; en efecto, si de función jurisdiccional se tratara, el condicionamiento de la sentencia perdería por completo su sentido, pues nada impediría, - desde la óptica constitucional- que una atribución semejante se hiciera a la jurisdicción excepcionalmente ejercida por autoridades administrativas, vista la circunstancia

de que el artículo 116 de la Constitución Política sólo restringió tal posibilidad al juzgamiento e investigación de delitos.

Esta visión, por otra parte, es la misma que, en su momento había expuesto la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de junio de 1990, cuando, al declarar la inexecutable del artículo 11 del decreto 2304 de 1989 se fundó en la **naturaleza administrativa** del cobro coactivo de los créditos a favor del Estado, y la que, después se manejó en la sentencia T-445/94 y en la C-919/02.

Hay una razón adicional que milita en favor de esta tesis: las definiciones legales que existen en materia de jurisdicción coactiva, han optado por darle **naturaleza administrativa**; tal ocurre, por ejemplo en el caso del Estatuto Tributario, artículo 823, y se puede deducir de las normas correspondientes de la ley 42 de 1993 (artículos 90 y siguientes), en cuanto atribuye esa potestad a la Contraloría. De modo que, desde la perspectiva legal, el cobro de créditos que favorecen al Estado reviste carácter jurisdiccional cuando se confían a los jueces (artículo 75 de la ley 80, o la opción de acudir a los jueces civiles del circuito, artículo 843 del Estatuto Tributario), **y administrativo cuando se atribuye a funcionarios administrativos a través de la jurisdicción coactiva.**

Corolario de lo anterior es que el artículo 112 de la ley 6ª de 1992, in fine, permita que la autoridad competente otorgue poderes, bien a funcionarios de las respectiva entidad que fuesen abogados, o, incluso a apoderados externos que revistan la misma calidad, permisión que resultaría del todo exótica y de dudosa constitucionalidad si su carácter fuese jurisdiccional.

El asunto tiene, sin embargo, una variante que la Sala no puede soslayar: es la intervención del juez administrativo en el procedimiento de jurisdicción coactiva.

En efecto, el artículo 133¹¹ -hoy vigente- del Código Contencioso Administrativo, atribuye el conocimiento, en segunda instancia, a los administrativos:

¹¹ El artículo reformado establecía lo siguiente: "Artículo 133. Modificado. D.E. 597/88, art. 2º. Los tribunales administrativos conocen, en segunda instancia, de las apelaciones y recursos de queja que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) (\$ 16.610.000 de enero 1º de 2006 a 31 de diciembre de 2007), y de las consultas de las sentencias dictadas en estos mismos procesos cuando fueren adversas a quien tuvo representado por curador ad litem".

“Modificado ley 446 de 1998, artículo 41. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia:

(...)

“2. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

“3. De los recursos de queja contra la providencia que niegue el recurso de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, en los asuntos de que trata el numeral anterior.

Otro tanto prescribe el artículo 134C *ibídem*, para los eventos en que la cuantía del proceso fuere inferior a los 500 salarios mínimos legales mensuales, solo que -esta vez- el conocimiento corresponde a los jueces administrativos; únicamente se diferencia del artículo transcrito, en que el ordinal tercero determina que conocerán, además, de la consulta de sentencias en que el ejecutado estuvo representado por curador ad litem.

Las normas citadas modifican y extienden el control de la jurisdicción contencioso administrativa sobre los procedimientos de cobro coactivo adelantados por la administración. En efecto, si bien se deja en manos de la administración la decisión sobre las excepciones y sobre otros aspectos del procedimiento que, como se ha visto reviste carácter administrativo, el conocimiento y la resolución de los recursos de apelación se atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa, en una clara función jurisdiccional.

Es en este contexto que se profieren las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de siete de mayo de 1991, 20 de agosto de 2002 y 18 de octubre de 2005, resolviendo recursos extraordinarios de anulación o de súplica extraordinaria frente a sentencias de las secciones del propio Consejo proferidas en virtud de las competencias a que se refería el

numeral 3ª del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, hoy modificado.

Se genera, así, **un procedimiento administrativo que**, en tanto está sujeto – parcialmente- al control jurisdiccional contencioso administrativo, origina también procedimientos o actos jurisdiccionales.

En resumen, el ordenamiento jurídico colombiano prevé esta clase de fórmulas para el cobro de los créditos en favor del Estado:

1. Ante los jueces administrativos por vía del proceso ejecutivo.
2. Recurriendo ante los jueces civiles, mediante el mismo proceso ejecutivo; o por la propia administración, en asuntos tributarios por medio del procedimiento administrativo de jurisdicción coactiva; en este último caso, los actos serán impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa.
3. Mediante el **procedimiento administrativo de jurisdicción coactiva**, sujeto, parcialmente, al control del juez contencioso administrativo; en este último caso, el procedimiento por jurisdicción coactiva es mixto: administrativo mientras esté a cargo de funcionarios administrativos y jurisdiccional en los eventos en que la ley obliga a remitir las decisiones o la resolución de los recursos a funcionarios de la esta índole”¹² (Negrita fuera del texto original).

La anterior posición fue reafirmada en sentencia del 8 de junio de 2011, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹³, mediante la cual, como razones para sustentar que la denominada jurisdicción coactiva corresponde a una función eminentemente administrativa, expuso las siguientes:

“Se trata de una **función administrativa** en la que se expresa el “imperium” del Estado¹⁴, al ser un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de una relación desigual entre el ciudadano y la administración; por ello, la jurisprudencia ha acogido de tiempo atrás la posición de Hauriou según la cual las acreencias públicas se encuentran amparadas por un privilegio general de cobranza, de ahí

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2006. Expediente: 14807. MP: Alier Hernández Enríquez.

¹³ Expediente AP: 2004-00540. MP: Enrique Gil Botero.

¹⁴ Aclaración de Voto de la Sentencia C – 666 de 2000. José Gregorio Hernández Galindo.

que las decisiones que contengan obligaciones constituyan un verdadero título ejecutivo¹⁵. Así, las obligaciones que se recaudan han surgido a la vida jurídica de manera unilateral como una manifestación propia de la soberanía del Estado y no del comercio jurídico como ocurre en el caso de los particulares¹⁶; de igual manera, se trata de una potestad excepcional o exorbitante porque, como ya se ha sostenido en apartes anteriores, la autoridad “ejecuta a los deudores por su propia cuenta, sin intermediación de los funcionarios judiciales.¹⁷”

Adicionalmente a lo ya afirmado, se pueden esgrimir **las siguientes razones para reafirmar que el cobro coactivo constituye una función de carácter administrativo**:

1. Tal como ha señalado el juez constitucional, al quedar en firme un acto administrativo que contiene una obligación expresa clara y exigible, la entidad puede asumir dos vías: a) adelantar un procedimiento coactivo de acuerdo con las disposiciones de los artículos 823 del Estatuto Tributario y del artículo 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y; b) adelantar un proceso ejecutivo judicial haciendo uso de la opción que consagra el artículo 843 del Estatuto Tributario. El primer supuesto hace parte del privilegio de autotutela administrativa, de allí que la decisión que impone una acreencia y los actos que resuelven las excepciones y ordenan continuar con la ejecución son controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho. Así, el juez administrativo, **“mantiene el control al ejercicio de la función administrativa, tanto en la etapa de determinación como en la de su recaudo forzoso¹⁸.”**

2. La jurisdicción coactiva **es función administrativa** si se utiliza para explicar su naturaleza el **criterio orgánico**, como quiera que esta es llevada a cabo por funcionarios sometidos a un estricto principio de jerarquía y organizados a través de estructuras burocráticas encargados de ejecutar el Derecho. Es verdad, que tal como pone de presente Kelsen, este concepto de administración es histórico y depende de la libertad de configuración del legislador, empero al ser enmarcado dentro de la función de ejecución y al ser desprovisto de la independencia

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 13 de Agosto de 1936.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 25 de Marzo de 1969. M. P. Hernando Gómez Mejía.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 666 de 2000. *Ob. Cit.*

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 649 de agosto 13 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

funcional propia de los operadores judiciales debe encuadrarse en aquella construcción teórica que define a la función administrativa desde un aspecto meramente residual, es decir, aquellas actividades del Estado que no son ni legislación ni jurisdicción¹⁹.

3. De igual modo, también se puede explicar la naturaleza de función administrativa de la jurisdicción coactiva si se apela a un **criterio material**, toda vez que se trata de una actividad que se concreta en "...diversas labores de ejecución que, específicamente desarrolla la rama ejecutiva para el desarrollo de sus fines, para lo cual se reconoce un margen de discreción al funcionario administrativo, quien puede entonces apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida que toma²⁰."

4. Por otra parte, no se trata de una actividad jurisdiccional llevada a cabo por la administración, puesto que los funcionarios administrativos **sólo asumen esta labor de forma excepcional y cuando de forma expresa ha sido asignada por el legislador**. Por ende, en aquellos casos en los que se suscite la duda respecto de la naturaleza de la función que ejercen los órganos administrativos, ésta siempre debe considerarse administrativa²¹. Esta conclusión se desprende de lo preceptuado por el artículo 116 de la Constitución en el que se preceptúa:

"La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos." (Negrita fuera del texto).

De conformidad con los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, puede concluirse que aún cuando bajo ciertas circunstancias dentro de un trámite de cobro coactivo pueda intervenir el Juez Administrativo, lo cierto es que se trata de una función eminentemente administrativa que se fundamenta en una potestad

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia de mayo 6 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 30 de 2006. M. P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14807.

excepcional o exorbitante de autotutela de la Administración, para cobrar por cuenta propia los créditos a su favor.

Finalmente, con el fin de eliminar cualquier asomo de duda acerca de la naturaleza administrativa de la llamada jurisdicción coactiva, debe agregarse que el mismo legislador durante el trámite que dio lugar a la expedición del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006²² –disposición en la cual se fundamentó el Tribunal a quo para proferir la decisión ahora impugnada- de manera expresa tuvo la intención de dejar con absoluta claridad que el ejercicio del cobro coactivo previsto en dicha disposición era una manifestación de una función administrativa.

Ciertamente, en la ponencia para primer debate²³ respecto del Proyecto de Ley número 296 de 2005 Cámara, “por el cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”, en relación con el artículo objeto de la presente discusión, se expuso:

“Artículo 5º del Pliego de Modificaciones:

Manteniendo la idea original del artículo 6º del proyecto de ley presentado por el Gobierno, la propuesta de pliego de modificaciones mejora la redacción para facilitar su entendimiento.

²² Artículo 5º. *Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas.* Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

Parágrafo 1º. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.

Parágrafo 2º. Los representantes legales de las entidades a que hace referencia el presente artículo, para efectos de dar por terminados los procesos de cobro coactivo y proceder a su archivo, quedan facultados para dar aplicación a los incisos 1º y 2º del artículo 820 del Estatuto Tributario.

Parágrafo 3º. Las Administradoras de Régimen de Prima Media con Prestación Definida seguirán ejerciendo la facultad de cobro coactivo que les fue otorgada por la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias.

²³ Gaceta del Congreso. Año XIV – Nº 225 del 2 de mayo de 2005. Pág. 8.

Sobre el particular, es importante destacar que la finalidad de la jurisdicción coactiva consiste, precisamente, en recaudar en forma rápida las deudas a favor de las entidades públicas, para así poder lograr el eficaz cumplimiento de los cometidos estatales.

Este procedimiento ha sido objeto de diversos procedimientos de las diferentes cortes que han tenido la oportunidad de verificar la constitucionalidad del mismo. Al efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-666 de 2000 realizó un recuento jurisprudencial sobre la materia. De este recuento se concluye que la jurisprudencia nacional se ha movido entre la consideración de que la jurisdicción coactiva responde a una función administrativa y la consideración de esta jurisdicción como de carácter judicial.

Después de analizadas las dos tesis de la jurisprudencia nacional, referidas en la sentencia precitada, **en el presente proyecto se acoge la tesis de identificar el cobro coactivo como una función administrativa (...)**. (Se resalta).

Precisada la naturaleza jurídica del cobro coactivo, para el Despacho resulta claro que no había lugar a declarar la nulidad del proceso con fundamento en la aludida causal de “falta de jurisdicción” al considerar que el presente proceso debía ser asumido por la denominada jurisdicción coactiva, por la sencilla pero potísima razón de que, se reitera, el cobro coactivo no tiene la naturaleza de función jurisdiccional, de manera que no hay modo alguno de que la causal de nulidad alegada se subsuma dentro del supuesto de hecho materia de la presente litis.

Lo anterior de conformidad con el principio de taxatividad de las causales de nulidad procesal, según el cual:

“Visto lo anterior, se concluye que el Código de Procedimiento Civil consagró el principio de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad de la naturaleza comentada **sin ley que la establezca expresamente**, lo cual se traduce en que el juez **no puede recurrir a la analogía** para establecer vicios de nulidad, **ni extender ésta a defectos diferentes**”²⁴.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 25 de enero de 2007. Expediente: 2002-02137. MP: Enrique Gil Botero.

De manera que tratándose de la configuración de la causal de nulidad por ausencia de jurisdicción se requiere definir tanto que la rama jurisdiccional respecto de la cual se esté tramitando el proceso respectivo no sea la que deba conocer el asunto, como establecer a cuál rama efectivamente corresponde para efectos su remisión, claro está, esa otra rama, por obvias razones, debe estar integrada por autoridades que cuenten con funciones jurisdiccionales.

Por consiguiente, dado que el cobro coactivo no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales, mal podría denominarse como otra “rama” o parte de la función judicial, razón por la cual no hay lugar a declarar la nulidad a la cual se hace referencia en el numeral 1º del artículo 140 del C. de P. C.

2.2. Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de los procesos ejecutivos derivados de contratos estatales.

Definido el tema de la naturaleza jurídica del cobro coactivo, el Despacho procede a reiterar la Jurisprudencia de esta Corporación en relación con el tema de la competencia de esta jurisdicción especializada de lo Contencioso Administrativo para conocer de los procesos ejecutivos que, como el que ahora se somete a estudio, son iniciados por una entidad estatal con fundamento en obligaciones derivadas de contratos regulados por la Ley 80 de 1993²⁵.

Lo anterior, comoquiera que para el Tribunal a quo, a partir de la expedición de la Ley 1066 de 2006, la entidades públicas tienen la posibilidad de ejercer sus facultades de cobro coactivo, para hacer efectivas los créditos a su favor, incluso cuando estos se hubieren derivado de contratos estatales.

La norma respecto de la cual el Tribunal a quo fundamentó su decisión es del siguiente tenor:

“Artículo 5º. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios

²⁵ Si bien han existido posiciones encontradas al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con la jurisdicción que debe conocer de los procesos ejecutivos derivados del contrato de seguro que se suscribe con el fin de garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, el Despacho considera innecesario referirse a este aspecto en especial, comoquiera que en el presente caso el proceso no tiene como objeto el supuesto de hecho antes descrito.

del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

Parágrafo 1°. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.

Parágrafo 2°. Los representantes legales de las entidades a que hace referencia el presente artículo, para efectos de dar por terminados los procesos de cobro coactivo y proceder a su archivo, quedan facultados para dar aplicación a los incisos 1° y 2° del artículo 820 del Estatuto Tributario.

Parágrafo 3°. Las Administradoras de Régimen de Prima Media con Prestación Definida seguirán ejerciendo la facultad de cobro coactivo que les fue otorgada por la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias”.

Para el Tribunal a quo los “términos amplios” en los cuales fue redactada la anterior disposición darían a entender que el cobro coactivo podría ser ejercido por las entidades públicas incluso para hacer efectivos los créditos cuyo origen se fundamente en contratos estatales.

No obstante, la anterior interpretación desconoce la jurisprudencia consolidada y reiterada de esta Corporación en relación con estos aspectos, según la cual es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la encargada de conocer de los procesos ejecutivos a los que hace referencia el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto, en Sentencia del 24 de agosto de 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció, de manera expresa, en relación con la derogatoria tácita del numeral 4° del artículo 68 del C.C.A., -según el cual se permitía a las entidades públicas acudir al cobro coactivo con el fin de hacer

efectivas las obligaciones derivadas de contratos, pólizas de seguros y las demás garantías que otorgaran los contratistas a favor de dichas entidades- a partir de la expedición del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

Dijo en esa oportunidad la Sala:

“II. El inciso 1º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, señala que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Bajo el régimen anterior la ejecución de las garantías constituidas por el contratista en favor de la administración en desarrollo de los contratos administrativos o privados de la administración, si no se pagaban voluntariamente se hacían efectivas a través de la jurisdicción coactiva, de acuerdo con las reglas generales. Es más, el legislador así lo señaló y en el artículo 63 del Decreto 222 de 1983, previó que en la misma cláusula de caducidad se establecerían los efectos que la misma producía y las prestaciones a que las partes quedaban obligadas. En todo caso la resolución que declarara la caducidad, en cuanto ordenara hacer efectivas las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria, prestarían mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hubieran constituido las respectivas garantías y se harían efectivas a través del proceso de jurisdicción coactiva.

Ahora bien, el inciso primero del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, derogó la disposición anterior **y señaló como único juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento el de la jurisdicción contencioso administrativa.**

Esta disposición no hizo distinción en materia de ejecutivos contractuales. El legislador fue explícito al fijar competencia tanto para los procesos de conocimiento como para los de ejecución, siempre que el título jurídico esté respaldado en un contrato estatal, bien sea que la ejecución se adelante a instancias de la entidad estatal o del particular contratista.

(...)

El inciso primero del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, fijó competencia en esta jurisdicción para los procesos de ejecución, bien sea a instancias de la administración como del particular contratista, **en consecuencia no es aplicable la Ley 6ª de 1992**. Esta legislación, lo que hizo fue expedir una reforma tributaria y otorgó facultades al Gobierno Nacional para emitir títulos de deuda pública interna, dispuso un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictaron otras disposiciones.

No obstante en su artículo 112 otorgara facultades a las entidades nacionales para el cobro coactivo, de conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo; así, las entidades públicas del orden nacional tales como Ministerios, Departamentos Administrativos, Organismos Adscritos y Vinculados, la Contraloría General de la República, la Procuraduría general de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el trámite de jurisdicción coactiva podrán hacer efectivos los créditos exigibles a favor de aquellas; **sin embargo, esta disposición no se hace extensiva a los títulos ejecutivos derivados de los contratos estatales**, aún en el caso que la administración declare la ocurrencia del riesgo y ordene hacer efectiva la garantía única de cumplimiento en contra de la compañía aseguradora, **pues en modo alguno, esta circunstancia constituye una excepción a dicha disposición especial regulada por el artículo 75**.

La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, **si derogó el numeral 4º de la norma**, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integrarían título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. **El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal**.

Tampoco son aplicables los artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario, pues estas disposiciones dada la especialidad de la materia, se aplicarán para el cobro

coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales”²⁶.

Como se observa, la Ley 80 de 1993 tuvo por objeto y como efecto excluir la posibilidad de que las entidades públicas acudieran al cobro coactivo para hacer efectivas las obligaciones claras, expresas y exigibles que se derivaran de los contratos estatales, en la medida en que fijó en los jueces administrativos la jurisdicción y competencia para estos efectos, a través del proceso ejecutivo.

Incluso, en el precitado pronunciamiento, la Sala precisó que tampoco tenía aplicación el artículo 112 de la Ley 6 de 1992²⁷, dada la naturaleza especial del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

Esta posición jurisprudencial fue reiterada en las siguientes providencias: Sentencia del 7 de junio de 2000, Exp: 19475, MP: María Elena Giraldo Gómez; Auto del 20 de noviembre de 2003, Exp: 19929, MP: Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia del 12 de septiembre de 2002, Exp: 16971, MP: Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia del 30 de agosto de 2006, Exp: 14807, MP: Alier Hernández Enríquez.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006 que modificó el artículo 82 del C.C.A., la Sala reiteró la anterior posición jurisprudencial en el sentido de concluir que a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo continuaban asignados los procesos de ejecución a los que se refiere el artículo 75 del Estatuto de la Contratación Pública. En este sentido, la Sala consideró²⁸:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

²⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 24 de agosto de 2000. Expediente 16256. MP: Alier Hernández Henríquez.

²⁷ ARTÍCULO 112. FACULTAD DE COBRO COACTIVO PARA LAS ENTIDADES NACIONALES. De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional como Ministerios, Departamentos Administrativos, organismos adscritos y vinculados, la Contraloría General de la República, La Procuraduría General de la Nación y la Registraduría nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. Para este efecto la respectiva autoridad competente, otorgará poderes a funcionarios abogados de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados.

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 8 de febrero de 2007. Expediente 30903. MP: Enrique Gil Botero.

(...)

Vi) Esta jurisdicción no conoce, sin embargo, de los procesos de ejecución que reúnan las características descritas, **salvo los que están asignados por normas especiales -ejecutivos contractuales (art. 75, ley 80) y de sentencias dictadas por esta jurisdicción (art. 132.7 del CCA)-, que prevalecen sobre las disposiciones generales.**

Este tipo de procedimiento no es de conocimiento de esta jurisdicción, porque la ley 1.107 dispone que ésta juzga "... las controversias y litigios..." de las entidades públicas y, técnicamente hablando, los procesos ejecutivos no constituyen controversia ni litigio, luego no hacen parte de esta jurisdicción²⁹. Se repite, excepto en los dos temas a que se refiere el párrafo anterior".

Como se aprecia, la Sala, de conformidad con el principio de especialidad – artículo 5 de la Ley 57 de 1887³⁰- ha preferido la aplicación del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 respecto de otras normas de carácter general que en uno o en otro sentido han planteado dudas acerca de la forma en la cual deben hacerse efectivas las obligaciones claras, expresas y exigibles derivadas de contratos estatales y la jurisdicción encargada de conocer de tales procedimientos.

²⁹ En este mismo sentido, dice NELSON R. MORA G. que "La acción ejecutiva se dirige contra el Estado por intermedio del juez, a fin de solicitar de este la tutela jurídica para obligar al deudor al pago o ejecución de una obligación contenida en un título ejecutivo, título que por su sola apariencia se presenta como indiscutible para el juez y contiene un derecho reconocido previamente, a favor del acreedor y a cargo del deudor; por ello, el órgano jurisdiccional del Estado puede actuar coercitivamente contra el deudor y sus bienes, imponiéndole la obligación de pagar, dar, hacer o no hacer." (Procesos de ejecución. Ed. Temis. Bogotá. 1972, pág. 31)

Agrega que "El juicio ejecutivo, más que un juicio, es un procedimiento por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo"

³⁰ ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) **La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;**

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

Con todo, cabe aclarar que con ocasión de la expedición de la Ley 1150 de 2007 se previó, de manera expresa, la posibilidad de que la entidad estatal pueda hacer efectivas, a través del cobro coactivo, las sumas que se deriven de la imposición de multas o de la cláusula penal; dice así el artículo 17 de la citada ley:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La **cláusula penal y las multas** así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la **jurisdicción coactiva**”. (Se resalta).

Por su parte, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011- se reguló de manera amplia y expresa el procedimiento de cobro coactivo, para lo cual, el artículo 99 dispuso que prestarán mérito ejecutivo –para su cobro coactivo³¹- entre otros, los siguientes documentos:

“3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual”.

³¹ Siempre que en los documentos pertinentes conste una obligación clara, expresa y exigible.

No obstante, se impone precisar que las disposiciones normativas que aquí se dejan transcritas no son aplicables al presente asunto, comoquiera que, en relación con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la posibilidad de acudir al cobro coactivo respecto de los actos administrativos de origen contractual se limita a aquellos tendientes a hacer efectiva la cláusula penal y las multas impuestas.

Por su parte, lo previsto en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 entró en vigencia el 2 de julio del 2012, esto es con posterioridad a la fecha en que se expidieron los actos contractuales objeto del presente proceso judicial.

De manera que aún cuando en la actualidad existen preceptos normativos que habilitan a la entidad pública para ejercer el cobro coactivo en relación con las obligaciones claras, expresa y exigibles derivadas de un acto administrativo expedido con ocasión de la actividad contractual, lo cierto es que tales disposiciones no son aplicables al presente asunto.

Pues bien, se reitera, sin perjuicio de las normas previstas en las leyes 1150 de 2007 y 1437 de 2011, en el presente asunto se concluye que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 no encuentra aplicación para los eventos en los cuales se pretenda el cobro de créditos a favor de las entidades estatales a las cuales se hace referencia en dicha disposición, cuando éstos tengan origen en contratos estatales, comoquiera que el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 –vigente y aplicable a la fecha en la cual se expidieron los actos administrativos objeto de la presente litis-, es una disposición legal especial que prevalece sobre aquella de carácter general.

A lo anterior cabe agregar que, analizados los antecedentes legislativos del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, se encuentra que la intención del legislador - más que efectuar modificaciones en cuanto a la jurisdicción y competencia para hacer efectivas las obligaciones claras, expresa y exigibles derivadas de los contratos estatales- fue, principalmente, **i)** la de mantener la facultad de cobro coactivo de las entidades públicas establecida en la legislación vigente; **ii)** facultar a las entidades públicas para que puedan hacer el cobro mediante terceros y **iii)** unificar el procedimiento de cobro a todas las entidades para que se aplique el establecido en el Estatuto Tributario.

En este sentido, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 296 de 2005 Cámara, se expuso lo siguiente³²:

“A través de varios apartes del proyecto se faculta a las entidades para adelantar a través de terceros, los procesos de cobro persuasivo y coactivo de las obligaciones de las cuales sean beneficiarios.

En la actualidad la disposición transcrita de la Ley 6ª de 1992 al igual que el Estatuto Tributario tan sólo permiten otorgar poderes a funcionarios abogados de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados, esto es, se queda a mitad de camino en poder contratar grandes volúmenes de cobranzas con la posibilidad de disminuir costos para la administración pública.

(...)

La gestión de cobro de valores adeudados por concepto de obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias implican no solo un importante desgaste administrativo, sino que frente a los intereses del Estado estamos frente a incalculables perjuicios de orden social en la medida en que la Nación no ha podido contar en su oportunidad con los recursos necesarios para adelantar las funciones propias del Estado”.

Por su parte, en la ponencia para primer debate³³ del Proyecto de Ley número 296 de 2005 Cámara, en relación con la finalidad de la precitada norma, se expuso:

“El proyecto de ley mantiene la facultad de jurisdicción coactiva de las entidades públicas establecida en la normatividad vigente y unifica el procedimiento de cobro a todas las entidades para que aplique el establecido en el Estatuto Tributario ya que en la actualidad algunas entidades aplican el procedimiento definido en este y otras en el Código de Procedimiento Civil.

Con este procedimiento, como se verá más adelante en el análisis del artículo pertinente, se gana eficiencia y eficacia en el cobro de obligaciones al tramitarse

³² Gaceta del Congreso. Año XIV – N° 61 del 23 de febrero de 2005. Pág. 11.

³³ Gaceta del Congreso. Año XIV – N° 225 del 2 de mayo de 2005. Pág. 8.

directamente por los funcionarios de estas entidades sin la intervención de las autoridades judiciales”.

En consecuencia, de conformidad con el ordenamiento especial vigente en la época en que se prohirieron los actos administrativos objeto de la demanda que dio origen al presente proceso, cuando una entidad estatal pretendiera hacer efectivas las obligaciones claras, expresas y exigibles derivadas de contratos estatales, debía iniciar el correspondiente proceso ejecutivo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, como, en efecto, ocurrió en el presente caso.

3. Consideraciones adicionales.

No obstante que, como se advirtió, en el presente caso no había lugar a declarar la nulidad de lo actuado por las razones esgrimidas por el Tribunal a quo, la Sala considera necesario efectuar algunas consideraciones adicionales en relación con la manera en que se realizó la notificación del auto mediante el cual se libró mandamiento de pago, con el fin de reiterar la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto.

Revisadas las actuaciones que se han surtido a lo largo del proceso, se encuentra que el auto mediante el cual se ordenó librar mandamiento de pago fue notificado al apoderado de la Unión Temporal Ciudad Móvil, Profesional del Derecho que intervino en el proceso en nombre de la referida unión temporal.

En este sentido, el Tribunal a quo en lugar de notificar a cada uno de los integrantes de la unión temporal, procedió poner en conocimiento el auto que libró mandamiento de pago por conducto del apoderado de dicha unión temporal.

Al respecto resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

En relación con las uniones temporales y los consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 y autorizadas expresamente en el artículo 6 de ese mismo estatuto para “(...) celebrar contratos con las entidades estatales (...)”, cabe señalar que resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran.

Por lo anterior, en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, en otras oportunidades la Sala ha concluido que tampoco pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales, en virtud de lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, entendiendo así que son las personas naturales o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales³⁴.

En esa dirección se tenía por cierto entonces que si un consorcio –cuestión que resulta válida también para una unión temporal-, comparecía a un proceso en condición de demandante o de demandado, igual debían hacerlo, de manera individual, los partícipes que lo conforman para efectos de integrar el litisconsorcio necesario, es decir que la parte sólo se tendría por debidamente integrada con la vinculación de todos y cada uno de ellos al respectivo proceso judicial.

Esta tesis fue modificada a través del pronunciamiento consignado en el auto de mayo 13 de 2004, ocasión en la cual la Sala consideró que no había lugar a la aplicación de la figura del litisconsorcio necesario por activa cuando la unión temporal o el consorcio no hubiere sido seleccionado en el proceso de contratación y sólo uno de sus miembros compareciese a formular la reclamación correspondiente³⁵. Así mismo, la Sala concluyó que la situación resultaba diferente

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 27651, auto del 7 de diciembre de 2005. M.P. Dr. Alier Hernández Enríquez.

³⁵ Así lo precisó la Sala en la oportunidad a la cual se hace referencia:

“2.1 El consorcio como proponente en el procedimiento administrativo de licitación pública.

“El consorcio tiene una existencia limitada, generalmente condicionada al tiempo que dure el trámite del proceso de selección del contratista o la ejecución y liquidación del contrato, en el evento de que resulte seleccionado y éste se celebre. (...)”

“Ahora bien, cuando se presenta la propuesta y esta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia.

“En consecuencia, la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídico sustancial con la entidad y el nacimiento de obligaciones a cargo de los miembros del consorcio, máxime cuando la ley considera que la propuesta es presentada en forma conjunta por los sujetos consorciados, que escogieron esa figura negocial para participar en el procedimiento licitatorio o concursal.

“Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios”.

Por su parte, el Consejero Alier Hernández Enríquez, en su salvamento de voto sostuvo:

“(...) si bien es cierto, como lo expresa la mayoría de la Sala, que, cuando no se produce la adjudicación a favor del consorcio, no se constituye una relación jurídico sustancial entre aquél y la entidad licitante, y no surgen obligaciones correlativas -de manera que los miembros del primero no conforman, como sujeto plural, un extremo activo de una relación jurídica con esa entidad-, si de lo que se trata es de obtener la reparación del perjuicio sufrido por la no ejecución del contrato, tendrá que obtenerse previamente el reconocimiento del derecho del consorcio a ser adjudicatario del

cuando el consorcio alcanzaba la calidad de adjudicatario o de contratista, porque se estimó que esa sería la condición que daría lugar a una relación jurídica sustancial entre los miembros del consorcio o unión temporal y la respectiva entidad estatal contratante³⁶.

Posteriormente, en providencia de diciembre 7 de 2005, la Sala modificó la tesis aludida y reiteró que hay lugar a predicar la configuración de un litisconsorcio necesario respecto de los integrantes de los consorcios y de las uniones temporales, tanto adjudicatarios como no adjudicatarios, porque no son personas jurídicas, de tal manera que el litigio debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que hubieren intervenido en la relación contractual.

Con todo, en pronunciamiento reciente³⁷, la Sala modificó su línea jurisprudencial para efectos de precisar que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva

mismo, y, por lo tanto, la petición sólo podrá ser formulada mancomunadamente por quienes lo conforman. (...)

“No es cierto, entonces, que la no adjudicación de un contrato al consorcio dé derecho a cada uno de sus miembros para ejercitar, en forma independiente, la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro el contrato o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de perjuicios”.

³⁶ Al respecto, la Sala señaló:

“2.2 El Consorcio como adjudicatario y contratista

“La situación es diferente cuando el consorcio es adjudicatario o contratista porque en estos eventos surge una relación jurídico sustancial entre el consorcio, en calidad de adjudicatario o contratista y la entidad adjudicataria o contratante, de la que se derivan facultades y obligaciones correlativas entre los mismos.

Así lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades, al referirse a los efectos vinculantes de la adjudicación:

“Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre el adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones (...) La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento se hace ejecutoria. (...) La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador (...)”

“Es por lo anterior que la Sala, en repetidas oportunidades, ha expresado que, cuando el consorcio adjudicatario o contratista es demandante o demandado en un proceso, deben intervenir todos sus miembros por cuanto conforman un litisconsorcio necesario.

“Ha precisado también que como los actos contractuales que profiere la administración tienen por objeto regular las relaciones contractuales, vinculan al consorcio y por ello, no es dable que sus miembros ejerciten acciones separadas para demandar su nulidad y el restablecimiento, pues la relación jurídico sustancial determinada por el acto de adjudicación y el contrato es una, aunque en uno de sus extremos haya un sujeto plural”.

³⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Expediente: 19933, reiterado en providencia de la misma fecha, Expediente: 20529.

pluralidad de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en los procesos judiciales de origen contractual – comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos de selección como de los propios contratos estatales-, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales de esa misma índole –legitimatío ad processum– por intermedio de su representante.

En este sentido la Sala concluyó:

“En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (artículos 44 del C. de P.C. y 87 C.C.A.), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi.

También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda **a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección**, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal”.

En este orden de ideas y dado que los consorcios o uniones temporales oferentes o contratistas pueden comparecer al proceso a través de apoderado judicial constituido por el representante de la respectiva agrupación empresarial designado **para todos los efectos** relativos a la oferta, al procedimiento de selección, al contrato respectivo, a su liquidación o a los procesos judiciales correspondientes, se concluye que la Unión Temporal Ciudad Móvil cuenta con capacidad procesal para comparecer al proceso a través de su representante,

comoquiera que el documento que acredita quiénes son los integrantes de la agrupación y el representante legal de la misma fue allegado en copia auténtica (folio 41-51 cuaderno 1), lo cual demuestra que el señor Orlando Oviedo Herrera efectivamente ostenta la calidad en que dijo actuar.

Así las cosas, concluye la Sala que la notificación a la parte demandada se surtió de conformidad con las normas aplicables y la interpretación que respecto de dichos preceptos de manera reciente adoptó esta Corporación.

En consecuencia, se impone revocar el auto apelado, puesto que no había lugar, por las razones antes mencionadas, a declarar la nulidad procesal en el presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado, esto es el proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, el día 24 de octubre de 2011.

SEGUNDO: En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para lo de su competencia

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA