

NULIDADES PROCESALES SANEABLES - Notificación del auto admisorio / NOTIFICACION DEL AUTO ADMISORIO - Nulidad procesal saneable / ICBF - Representación judicial / INDEBIDA REPRESENTACION - ICBF. Inexistencia

El juez tratándose de nulidades procesales saneables como lo son las previstas en los numerales 7 y 8 del artículo 140 del C. P. C., tiene a su cargo el deber de ponerla en conocimiento de la parte afectada, a fin de que la alegue o la sanee, conforme lo dispone el artículo 145 del C. P. C. 'Si la nulidad fuere saneable el juez ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1 y 2 del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación, dicha parte no alega la nulidad esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará'. Esa normatividad evidencia que la representación judicial del I. C. B. F la pueden ejercer las Direcciones Regionales y la Dirección Nacional. Por tanto si el proceso se iba a tramitar en el Departamento de La Guajira, y ante la existencia de Dirección Regional en dicho Departamento, ella podía ejercer la defensa de la entidad. no debe perderse de vista que la nulidad procesal derivada de la indebida representación de la parte (art. 140-7 C. P. C.), en materia de apoderamiento judicial, sólo se configura por carencia total de poder, y es indudable que la representación en cabeza de la Dirección Regional sí es debida y menos carecía en absoluto de poder judicial. Tampoco ocurrió el hecho de no haber practicado en legal forma de la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de cualquiera de los dos (art. 140-8 ib), porque se notificó a la Directora Regional del I. C. B. F., quien designó abogado para que representara judicialmente al ICBF.

CITACION DE OFICIO - Acción popular / ACCION POPULAR - Citación de oficio. Condición. Presunto responsable / CITACION DE OFICIO - Diferente a litisconsorte necesario / LITISCONSORCIO NECESARIO - Diferente a citación de oficio

La citación de oficio que debe hacer el juez de las acciones populares en primera instancia, está condicionada, a término del último inciso del artículo 18 de ley 472 de 1998, a que se haya establecido existencia de ese presunto responsable. La citación de oficio de otro posible responsable en las acciones populares como también en las de grupo pende de que se haya demostrado en primera instancia su posible responsabilidad; por tanto no puede confundirse esa figura jurídica con la de del litisconsorte necesario, que constituye el desarrollo de una típica intervención forzosa dentro del trámite procesal. En consecuencia, el ejercicio de la facultad oficiosa del juez de citar al presunto responsable, en las acciones populares y las acciones de grupo (arts. 14, último inc. 18, parágrafo del 52 ley 472 de 1998) no se confunde ni asemeja a la del litis consorcio necesario. La operancia del litisconsorcio necesario se determina por la concurrencia de varios supuestos, que son de diversa índole: cuantitativos, sustanciales y procedimentales, conforme lo establecen los artículos 83 y 51 del C. P. C.: Cuantitativos porque supone la diversidad de sujetos. Sustanciales por la existencia de relaciones o actos jurídicos que involucran a varias personas. Procedimentales por la exigencia de la presencia de todas las personas que integran la relación jurídica o el acto jurídico para hacer viable la decisión de mérito y uniforme. Se encuentra que en el caso no existe LITIS CONSORCIO NECESARIO, pues sólo aparece la pluralidad de sujetos (presupuesto cuantitativo), presupuesto cuantitativo, y

no se reúnen los otros presupuestos indispensables para la estructuración del litis consorcio necesario, el sustancial y el procedimental. En este caso, el ICBF no está ligado sustancialmente con otras personas como lo entiende el actor. Por disposición legal no lo está porque la ley 472 de 1998 cuando alude a la facultad oficiosa del juez para citar en las acciones populares a otro presunto responsable (arts. 14 y 18 inciso final) no se refiere al litisconsorcio necesario. Y tampoco por relación jurídica lo está, en tanto la sustancialidad de ésta no es meramente ocasional o fáctica; ni por la necesaria decisión uniforme para todos, toda vez que la controversia podía resolverse en forma diferente para cada uno de los sujetos que conforman la pluralidad, dada la independencia de conductas. Nota de Relatoría: Ver Exps. 11949 del 11 de mayo de 1999 y 22901 del 23 de enero de 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Bogotá D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 44001-23-31-000-2004-00478-01(AP)

Actor: ISABEL MARIA BRUGES ARIAS

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Referencia: ACCION POPULAR. APELACION SENTENCIA

I. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de la Guajira, el día 12 de mayo de 2005, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fols. 94 a 97 c. ppal).

II. ANTECEDENTES:

A. DEMANDA:

La interpuso la señora Isabel María Bruges Arias, actuando en nombre propio, el día 6 de agosto de 2004, ante el Tribunal Administrativo de Guajira y la dirigió contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fols. 1 a 5 c.1).

B. PRETENSIONES:

"PRIMERO: PRINCIPAL: Que se protejan los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público objeto de 'AGRAVIO' por la omisión de las autoridades administrativas y privadas demandadas.

SEGUNDO: SE ORDENE al ICBF iniciar las acciones de fiscalización y cobro tal como se señala en las normas mencionadas en el acápite de hechos con la eficiencia y eficacia que demandan las mismas e igualmente, a las demás entidades demandadas públicas y privadas, previa su determinación, para que en el término prudencial que fije el Tribunal efectúen el pago

correspondiente a los aportes parafiscales destinados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dejados de transferir en vulneración de las normas que regulan la materia ya mencionadas, con deterioro a la moralidad administrativa y en detrimento del patrimonio público de la Nación, salvo que existan acuerdos especiales de pago en virtud de la ley 550 de 1999.

TERCERA: Conformar un Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia conforme lo dispone igualmente el artículo 34 de la ley 472 de 1998.

CUARTA: Disponer lo relativo a costas del proceso y los incentivos de que tratan los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998'. (fols. 3 a 4 c. 1).

C. HECHOS:

"1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es un establecimiento público del orden nacional, creado por la ley 75 de 1968, con la finalidad primordial de fortalecer la familia y proteger al menor de edad (art. 20 de la ley 7ª de 1979).

2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para desarrollar los programas sociales que le corresponden, tiene como principales fuentes de financiamiento: - los ingresos tributarios constituidos por los aportes parafiscales 3%, que son recursos propios y los ingresos no tributarios que se clasifican en rendimientos financieros, recursos del balance, aprovechamientos, etc..

3. El aporte parafiscal del 3% es la principal fuente de financiamiento de que dispone el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para el desarrollo de sus programas sociales, de conformidad con lo establecido en las leyes 27/74, 7ª/79 y 89/88.

4. Este tributo es denominado aporte parafiscal porque, tiene por finalidad proveer el financiamiento de una actividad específica, que afecta un determinado grupo en forma directa aun cuando repercute indirectamente sobre toda la colectividad, su administración esta confiada al ICBF.

5. El aporte parafiscal del 3% debe ser cancelado al ICBF por toda empresa pública o privada sin importar su tamaño, número de empleados o capital.

6. El aporte parafiscal 3% se calcula liquidando este porcentaje sobre el valor de la nómina mensual de salarios.

7. El aporte parafiscal 3% se debe pagar dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente a aquel en el cual se causó la nómina mensual de salarios.

8. Los aportes parafiscales del 3%, al representar más del 98.5% de los ingresos totales de que dispone el ICBF, constituyen la fuente primordial, para el desarrollo de los diferentes programas sociales que adelanta la entidad.

9. Estos programas están dirigidos fundamentalmente a atender a los niños y niñas menos favorecidos, así como a sus familias y a hombres y mujeres de la tercera edad con necesidades básicas insatisfechas., atendiendo diferentes tipos de problemáticas tales como: 1) Brindar asesoría permanente en las áreas legal, social sicológica y de nutrición a todos aquellos usuarios que así lo requieran y facilitando las conciliaciones en asuntos de derecho de familia y de menores. 2) Prevenir la desintegración familiar y favorecer el desarrollo armónico de sus miembros. 3) Brindar protección a aquellos menores que se encuentran en situación de abandono

o en peligro físico o moral sean autores o partícipes en infracciones de tipo penal.

10. El funcionario público que retarde u obstaculice el pago del aporte incurrirá en causal de mala conducta, con las sanciones disciplinarias correspondientes.

11. El ICBF cuenta con unos programas especiales de fiscalización, los cuales le permiten establecer que empleadores no aportan o lo hacen en forma indebida.

12. En los términos del artículo 4° de la ley 89/88, mediante confrontaciones con las bases de datos de otras entidades y del propio archivo histórico del ICBF, se determinan los estados de cuenta y los estados de cartera de empleadores, para establecer situaciones de evasión elusión o mora en que estos se puedan encontrar.

13. Un asesor de aportes visita al empleador en su lugar de operaciones y realiza la verificación del pago y, en caso dado, establece el valor de la deuda, dejando un acta de visita.

14. El ICBF elabora una Resolución donde se declara deudor moroso al empleador la cual, agotada la vía gubernativa y presta mérito ejecutivo.

15. Si el empleador no cancela, la entidad debe proceder al cobro jurídico para lo cual cuenta con dos vías: la Jurisdicción Ordinaria o la Jurisdicción Coactiva. La primera se adelanta ante los juzgados Laborales o Civiles y la segunda la realiza el mismo Instituto. Esta última no permite realizar acuerdo de pago o pagos parciales a la deuda, sino que obliga al pago de la totalidad de lo adeudado, por lo que en ciertas oportunidades se puede llegar al remate de los bienes embargados.

16. Las principales normas que regulan todo este trámite son la ley 27 de 1974, artículo 2, ley 89 de 1988, Manual de Recaudo, elaborado por el ICBF.

17. No obstante lo anterior, conforme informaciones de prensa y comunicados de la misma especie impartidos por la procuraduría, en su pagina de Internet www.procuraduría.gov.co por omisión en el pago de más de 64 mil millones de pesos correspondientes a los aportes parafiscales destinados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Procuraduría General de la Nación ejercerá el control a 1.762 entidades en todo el país. Se dice igualmente en el comunicado que 'El Ministerio Público iniciará las investigaciones disciplinarias correspondientes en los casos donde los mencionados aportes no hayan sido realizados y no existan además acuerdos especiales de pago..-'

18. Lo anterior indica que no obstante estas importantes y eficaces herramientas que tal como se mencionó anteriormente se encuentran contenidas en las leyes 27 de 1974, artículo 2, 89 de 1988 y en el Manual de Recaudo, elaborado por el ICBF, esta entidad no ha sido eficiente en su implementación, pretermisión que por supuesto es una de las causas principales, de la omisión en el pago por parte de la entidades públicas y privadas investigadas por la procuraduría.

19. Por supuesto, la omisión también recae sobre las entidades públicas, las cuales pese el imperativo legal consagrado en las normas mencionadas y en otras tal como lo prevé el artículo 8-28 de la ley 734 de 2002 como falta gravísima **'No efectuar oportunamente e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdo especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el**

orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores público al ICBF'.

20. Jurisprudencialmente se ha señalado que la ley que reglamente los derechos colectivos (ley 488 de 1998 sic), omitió señalar concepto de los mismos; sin embargo, se ha dicho en múltiples fallos que el derecho a la moralidad administrativa es el que le 'asiste a la comunidad para exigir que el patrimonio público sea administrado dentro del marco jurídico imperante por medio de una actividad diligente, siguiendo el modelo del buen funcionario.' (sentencia AP - 9289 del 02/05/17. Sección Quinta. Ponente: Roberto Medina López. Actor: Jesús María Quevedo Díaz Y Otro. Demandado: Municipio de Acacias y Sentencia AP - 0039 del 01/12/07. Ponente: Roberto Medina López. Actor: Sindicato ANTHOC. Demandado: Lotería de Bogotá, entre otras).

21. En relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, igualmente, la jurisprudencia ha destacado que '...en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 íbidem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo a la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. (Sentencia AP-10599 del 02/10/31. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Jesús Orlando Mejía Yépez. Demandado: Licorera de Nariño y otros).

22. En síntesis, la moralidad administrativa se ha entendido por la doctrina como el desenvolvimiento del servidor público dentro de auténticos propósitos de servicio público, con toda honestidad y desinterés y con absoluto respeto de las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones (Diego Younes Moreno, curso elemental de derecho administrativo, Cuarta edición, ediciones Gustavo Ibáñez, pagina 32; doctrina recogida en sentencia AP - 158 del 01/01/25. Sección Primera Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

23. Luego, aplicando estos conceptos al caso concreto, se evidencian comportamientos, omisivos tanto del ICBF como de los municipios que no han efectuado el pago a esta entidad por concepto de aportes parafiscales, no encuadran dentro de los conceptos de moralidad administrativa jurisprudencial y doctrinariamente aceptados, derecho colectivo que consecuentemente involucra el patrimonio público, a consecuencia de los dineros dejados de recaudar en virtud de la omisión en el pago por un lado y de cobro eficiente por el otro, por más de 64 mil millones de pesos correspondientes a los aportes parafiscales, pretermisión que no responde al interés de la colectividad asentada en la Nación y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas a estos funcionarios, unos nombrados y otros elegidos por voto popular y, porque el patrimonio público, en este caso, no esta siendo administrado dentro del marco jurídico imperante por medio de una actividad diligente, transparente y cuidadosa siguiendo el modelo del buen funcionario'. Negrillas dentro del texto (fols. 1 a 3 c. 1).

En otro capítulo se agregó:

'INDICACIÓN DE LA PERSONA NATURAL O JURÍDICA, O LA AUTORIDAD PÚBLICA PRESUNTAMENTE RESPONSABLE DEL AGRAVIO:

Se indica al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR como la autoridad pública presuntamente responsable.

Como no es posible la indicación exacta de las demás entidades presuntamente responsables, le solicito al H. Tribunal o al magistrado ponente, según corresponda, con el debido comedimiento, la aplicación del artículo 14 de la ley 488 de 1998, en concordancia con el artículo 18 del mismo estatuto.

En efecto, el artículo 14 señala sobre las personas contra quienes se dirige la acción, lo siguiente, 'La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.'

A este respecto, con total respecto considero que la forma más pertinente de determinar a las demás entidades presuntamente responsables es a través de un oficio dirigido a la Procuraduría General de la República en la cual se le solicite relacione con la dirección incluida, las entidades públicas que han omitido el pago a favor del ICBF, conforme la comunicación de fecha 16 de julio de 2004, publicada en la pagina de Internet www.procuraduria.gov.co (fol. 4 c. 1)'

D. DERECHOS COLECTIVOS QUE SE AFIRMAN VULNERADOS:

Se indicaron la moralidad administrativa y el patrimonio público (lit. b y e art. 4 L 472/98 fol. 1 c. 1).

E. ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El Tribunal admitió la demanda el 10 de agosto de 2004; y ordenó: notificar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I. C. B. F., a través del señor director o de quien haga sus veces, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público a través del Procurador Judicial Administrativo e informarle a la comunidad a través de los medios masivos (fols. 10 a 11 c. 1). Esas diligencias de notificación se surtieron, el 10 de agosto de 2004, al I. C. B. F., a través del Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Guajira (fol. 12 c. 1), y el 11 siguiente, a los señores agente del Ministerio Público y Defensor del Pueblo (fols. 14 a 15 c. 1).

Mediante providencia del 28 de marzo de 2005, se requirió al Director de Radio Noticias Caracol de la Guajira, informativo de la Guajira y Guajira Buenos Días, para que certificaran la información por medio masivo, a la comunidad, de la providencia admisorio (fol. 89 c. 1). Noticias Caracol certificó que la información se divulgó en la programación de Radio Caracol Riohacha 91.7 F. M., el día 12 de agosto de 2004 (fol. 91 c. 1).

2. El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I. C. B. F. REGIONAL GUAJIRA contestó la demanda, solicitó la denegatoria de las pretensiones y la condena en costas contra la actora; precisó el alcance de las acciones populares y explicó que ninguno de los comportamientos omisivos que imputa la demanda son ciertos. Aclaró que no ha tenido conducta omisiva pues "al ejercer sus funciones ya para el cobro prejurídico, ya para la recuperación de los dineros a través de la jurisdicción ordinaria o jurisdicción coactiva, ha de presumirse la buena fe, la diligencia y el cumplimiento en el ejercicio de sus funciones"; además existe un boletín de deudores morosos que se hizo a través de un diagnóstico en la búsqueda de personas obligadas a cancelar el 3% de los aportes parafiscales. Criticó a la actora porque no tuvo en cuenta que el cobro de cartera está sometido a términos a los cuales deben acogerse las partes. Consideró que

de la acción popular no se infieren razones reales, que lleven a pensar sobre el peligro, daño, amenaza, agravio o vulneración contingente a los derechos de la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Reconoció, que en efecto, en noticia de 16 de julio de 2004, publicada en la página web de la Procuraduría se informó que dicha entidad investigaría a 1.762 entidades de todo el país, por omisión el pago de más de 64 mil millones de acuerdo con los aportes parafiscales en los cuales no se hayan cobrado o no existan ni siquiera acuerdos especiales de pago, de esas entidades morosas 138 pertenecen al Departamento de La Guajira y añadió 'la accionante al presentar la demanda en esta localidad, según jurisdicción, se centrará en lo atinente a la Regional Guajira del I. C. B. F.'. Y continuó:

'Según informes y certificaciones que hacen parte de la contestación de la demanda, es fácil demostrar que no ha habido omisión alguna en la implementación de los mecanismos para el recaudo, ni el ejercicio de ella, la cartera morosa enviada a la Procuraduría estaba representada en \$810'.855.814, Pagaré: \$71'.855.083, las acciones se observan así: En resoluciones \$810'.855.814, pagaré: \$6'.603.403, resoluciones: \$10'.852.113, del total de resoluciones, los pagos se han hecho por vía de la jurisdicción coactiva: \$167'.629.623, ley 550: \$25'.058.655. De igual forma obsérvese que el patrimonio público si se está defendiendo, dineros que se captan por mecanismos como jurisdicción coactiva, jurisdicción ordinaria y ley 550, no se han dejado al libre albedrío de quienes son deudores, en jurisdicción coactiva, la cifra contemplada en dicho boletín es la suma de \$38'.700.460, procesos ordinarios: \$52'.939.684, Pagaré: \$36'.211.224, resoluciones: \$216'.989.976. Ley 550: \$320'.913.405. A la fecha es posible demostrar incluso un gran avance en el recaudo de la cartera morosa, Véase informe de jurisdicción coactiva a 18 de agosto de 2004'.

Propuso a título de excepción el hecho de 'falta de derecho material subjetivo para obtener sentencia favorable a las pretensiones', en tanto el ICBF realizó todas las gestiones administrativas y jurídicas para obtener el pago de todos los aportes parafiscales (fols. 17 a 22 c. 1).

3. El Tribunal citó a las partes a audiencia especial de pacto de cumplimiento para el día 21 de septiembre de 2004, por auto del 30 de agosto de 2004. Y dada la inasistencia de la Directora Nacional del I. C. B. F., la audiencia se suspendió y se fijó nueva fecha para el 6 de octubre siguiente (fol. 36 c. 1), la cual se declaró fallida por la inasistencia del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo (fols. 42 a 43 c. 1). Luego, abrió a pruebas el proceso, por auto de 7 de octubre de 2004, decretó las que presentaron las partes y de oficio la siguiente: 'Oficiese a la Directora General del I. C. B. F., para que certifique con destino al presente proceso el monto de los recursos por año que a la fecha, tiene esa entidad por realizar por concepto de los aportes parafiscales del 3% sobre las nóminas de personal' (fols. 67 a 68 c. 1). Oficio que se envió a la Directora Regional del I. C. B. F., el día 19 siguiente (fol.. 70 c. 1).

4. Ejecutoriado el auto de pruebas, la parte actora manifestó al A Quo, mediante memorial de 29 de octubre de 2004, la indebida integración de la parte demandada, pues si bien la demanda la dirigió contra el I. C. B. F., al considerar que es la autoridad presuntamente responsable, advirtió que le era imposible indicar las demás entidades presuntamente responsable y, por lo tanto, solicitó que el Tribunal aplique los artículos 14 y 18 de la ley 472 de 1998; para tal efecto señaló que el medio idóneo para determinarlas sería requiriendo a la Procuraduría General de la Nación, para solicitarle el nombre y la dirección de las entidades públicas que no han pagado al I. C. B. F.; y

'Dado que existen aproximadamente más de 1.700 entidades públicas y privadas de las cuales, se repite, se solicitó su vinculación en la demanda, sugiero al Despacho, con el comedimiento de siempre, aplicar en virtud del principio de economía procesal, el segundo inciso del art. 22 de la ley 472 de 1998 que señala 'si hubiere varios demandados, podrán designar un representante común'. Para tales efectos, igualmente sugiero, se notifique la demanda a cada uno de los Gobernadores con la expresa manifestación de que esta a su vez notifique a cada uno de los Municipios y entidades privadas de su jurisdicción para que procedan a escoger un representante común o en su defecto se apliquen las normas de procedimiento vigentes para la notificación a los restantes demandados incluidos en el disco compacto que se anexa con este documento' (fols. 71 a 72 c. 1).

5. El Tribunal negó dicha petición, por auto del 16 de febrero de 2005; argumentó que la demanda se dirigió contra el I. C. B. F.; que es deber del demandante indicar en forma clara, las personas naturales o jurídicas contra quienes se promueve la acción; que la demanda así fue admitida y que prime facie 'no se advierte la vulneración del derecho o interés colectivo en este estado del proceso, entre otras razones, porque no es función del Tribunal conocer qué personas naturales o jurídicas tienen la condición de la referida entidad pública demandada' (fol. 78 c. 1).

6. Y posteriormente, corrió traslado a las partes para que presentaran alegaciones finales, mediante auto de 3 de marzo de 2005 (fol. 80 c. 1). La PARTE ACTORA pidió acceder a las súplicas de la demanda; indicó que la no remisión de las pruebas solicitadas por el Tribunal al I. C. B. F., permite confirmar la falta de implementación y la pretermisión de llevar a cabo programas especiales de fiscalización, pues, dicha entidad no establecía qué empleadores aportan ni lo hacían en debida forma; "Es preciso anotar también que la demanda la interpuso contra ICBF a nivel nacional, en el expediente claramente se ve que se le notificó a la Dirección Seccional Guajira, y esta en virtud del inciso 2 del artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, notificó a la Dirección Nacional, la cual con su silencio da por cierto los hechos aducidos en la demanda'. Además, señaló que la actuación del I. C. B. F. no responde al interés de la colectividad y específicamente al desarrollo de los fines que se buscan, de tal suerte que el retardo y la deficiente implementación del I. C. B. F. en las herramientas de fiscalización, evidencia la vulneración y amenaza de los derecho colectivos de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en tanto la ejecución de los programas a cargo del I. C. B. F. se materializa con los ingresos tributarios constituidos por los aportes parafiscales del 3%, que son recursos propios, principal fuente de financiamiento, conforme lo disponen las leyes 27 de 1974, 7 de 1979 y 89 de 1988 (fols. 81 a 82 c. 1).

LA PARTE DEMANDADA solicitó la denegatoria de las pretensiones; reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, insistió en que al ejercer sus funciones para el cobro prejurídico, tendientes a la recuperación de los dineros, a través de la jurisdicción ordinaria o jurisdicción coactiva, permite evidenciar la buena fe, la diligencia y el cumplimiento en el ejercicio de las mismas y agregó que todas las regionales y dependencias han hecho esfuerzos; que

"El **I. C. B. F** logró recaudos, acuerdos de pago y negociaciones con 957 entidades públicas morosas **de todo el País**. La Procuraduría General de la Nación abrió 92 procesos disciplinarios por incumplimiento en el pago de los recursos parafiscales. A su vez durante el 2005, el I. C. B. F., tiene previsto alcanzar una meta de recaudo de 1.35 billones de pesos. En comunicado de fecha de 16 de febrero de 2005, publicado por el I. C. B. F., queda demostrado la intervención de la Procuraduría, y del mismo Instituto de Bienestar Familiar, quien movió todo su aparato

administrativo para lograr la meta propuesta con el recaudo de los parafiscales, textualmente se lee: Bogotá 16 de febrero de 2005: 'Con la intervención de la Procuraduría General de la Nación, el I. C. B. F. recuperó más de 19 mil millones de pesos de los aportes parafiscales que adeudaban 1.762 entidades públicas en todo el país, al iniciar el año 2004.

La recuperación de estos recursos por parte de la Procuraduría General de la Nación se inició en el mes de julio de 2004 y, permitió que a diciembre del mismo año, el I. C. B. F recibiera \$19'.572.000.000 sobre la cartera morosa del sector público que supera los \$65.000 millones. El Ministerio Público requirió a las entidades públicas morosas para que cancelaran dichas contribuciones.... Además de lo recuperado, se logró que 126 entidades morosas suscribieran con el I. C. B. F. cerca de 8.900 millones de pesos. 43 de estos procesos se encuentran en etapa preliminar, 35 en investigación disciplinaria, cuatro de ellos en pliego de cargos, uno se adelanta verbalmente y los nueve restantes fueron archivados. 55 de estas investigaciones se adelantan contra las alcaldías municipales' (fols. 83 a 86 c. 1).

F. SENTENCIA APELADA:

Declaró no probado el hecho de falta de derecho material subjetivo para obtener sentencia favorable a las pretensiones y, por tanto, negó las súplicas de la demanda; indicó que se agotaron las etapas procesales y que no observa causal de nulidad que invalide lo actuado. Definió el problema jurídico, de una parte, en la determinación de si la entidad pública demandada incurrió en omisión administrativa por no cobrar ni recaudar los aportes parafiscales que deben pagar las entidades públicas y privadas, a razón del 3% sobre el monto de sus respectivas nóminas de personal y, de otra parte, en la definición de si con ese proceder omisivo, se han afectado los derechos e intereses colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio económicos del I. C. B. F..

En relación con la excepción, sustentó la negativa en que en realidad se apoya en el argumento de fondo de la controversia, el cual analizará en la sentencia. Frente, a la controversia, luego de analizar todas las pruebas del expediente, concluyó que el I. C. B. F. ejerció y ejerce las gestiones de cobro de los aportes parafiscales a los distintos deudores y por consiguiente, inexistente omisión administrativa vulneradora de los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio económico público y esa fue la razón para denegar las súplicas de la demanda (fols. 94 a 97 c. ppal).

G. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte actora solicitó la declaratoria de nulidad procesal de todo lo actuado, porque se incurrió en las causales 7 y 8 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, al no haberse practicado en legal forma, la notificación a persona determinada que debía ser citada como parte derivada y a la indebida representación y alegó la omisión en la integración del litisconsorcio necesario de la parte pasiva. Hizo un recuento del trámite procesal dentro del trámite popular y concluyó: Sobre el primer punto, que se alega como causante de nulidad procesal, la indebida representación de la entidad demandada y la no notificación en legal forma, que la demanda se dirigió contra el I. C. B. F. Nacional pero el Tribunal notificó a la Directora Regional del I. C. B. F. en la Guajira y durante todo el proceso sólo actuó dicha regional y que aunque insistió en la debida conformación de la parte demandada, I.C.B.F más entidades presuntas responsables y agregó:

'(...) se desprende que el proceso se encuentra viciado de nulidad. En efecto, el artículo 150 del

C. C. A., en concordancia con el artículo 21 del C. de P. C., señala en el inciso 2º, que en los asuntos del orden nacional que se tramiten en Tribunal distinto al de Cundinamarca, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor jerarquía de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional o, en su defecto, por medio del Gobernador, quien deberá, al día siguiente al de la notificación, comunicarla al representante de la entidad. En estos casos, transcurridos cinco (5) días a la fecha de la correspondiente diligencia, se entenderá cumplida para efectos legales, la notificación.

Como quiera que dentro del expediente no existe prueba de que la notificación se hubiese efectuado de conformidad con lo expuesto anteriormente, en este efecto se ha producido una indebida notificación al demandado, lo cual se corrobora con el hecho de que en el transcurso del proceso, ha participado mediante apoderado judicial la Dirección Seccional, sin que válidamente pueda tenerse como parte dentro de esta acción habida cuenta, que la persona jurídica es el ICBF y no la seccional, en consecuencia, cualquier poder que se otorgue debe ser refrendado por el representante legal de la entidad.

Deben aplicarse los numerales 7 y 8 del artículo 140 del C. de P. C., por cuanto es claro que se presentó una indebida representación de las partes y no se practicó en legal forma la notificación al demandado, su representante o apoderado del auto que admite la demanda de acción popular'.

Sobre la segunda glosa, falta de integración del litisconsorcio necesario, en tanto la demanda la dirigió contra el I. C. B. F., y también contra las entidades presuntamente responsables. Indicó: '...en el acápite de la demanda denominado 'indicación de la persona natural o jurídica o la autoridad pública presuntamente responsable del agravio', se establece que como no es posible la indicación exacta de las demás entidades presuntamente responsables, se le solicita al Tribunal, la aplicación del artículo 14, en concordancia con el artículo 18 de la misma' y recordó que así se le había solicitado al juez de instancia. Dijo que 'el litisconsorcio en este asunto es necesario, por cuanto la mora en el pago de los aportes parafiscales está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos, en consecuencia, un pronunciamiento del juez, tal como se dio en este asunto, no podía realizarse con la intervención única del I. C. B. F., máxime cuando aquí se demostró una indebida representación por cuanto en el trámite procesal participó inadecuadamente la dirección seccional sin tener la capacidad procesal para hacerlo. Ver auto del 01-03-02, ponente Olga Inés Navarrete Barrero' (fols. 99 a 101).

H. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

El Consejo de Estado admitió el recurso de apelación el 22 de julio de 2005. Y luego, ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación de alegaciones finales, por auto de 9 de agosto siguiente (fols. 110 a 111, 112 c. ppal). Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio, como lo corrobora el informe secretarial, obrante a folio 113 del c. ppal.

III. CONSIDERACIONES:

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de la Guajira el día 12 de mayo de 2005 mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

Antes de ingresar al estudio de la apelación, sea lo primero advertir, que el recurrente no ataca el

fondo jurídico y probatorio de la sentencia, sino aspectos de impeditivos procesales para su proferimiento. Acusó: la indebida representación de la parte demandada y la no notificación en legal forma, por ende alega hechos constitutivos de nulidad procesal (num. 7 y 8 art. 140 C. P. C.) y la falta de integración del contradictorio necesario, aspectos a los cuales se limitará la Sala, en tanto la sentencia fue denegatoria por no encontrar probadas las conductas de omisión y de acción imputadas a la entidad demandada, ésta no apeló y el demandante no atacó las consideraciones de fondo.

A. ¿INDEBIDA REPRESENTACIÓN?

Sólo con ocasión del recurso de apelación del fallo de primera instancia la demandante invoca dicho argumento. En sus alegatos de conclusión de primera instancia se lee el siguiente aparte: 'Es preciso anotar también que la demanda la interpuse contra ICBF a nivel nacional, en el expediente claramente se ve que se le notificó a la Dirección Seccional Guajira, y esta en virtud del inciso 2 del artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, notificó a la Dirección Nacional, la cual con su silencio da por cierto los hechos aducidos en la demanda'. Sorprende entonces, cómo luego de obtener sentencia desfavorable a sus pretensiones, desconoce su propia aseveración y vuelve sobre sus propias palabras pero para cuestionarlas en contrario.

No obstante, lo cierto es que en caso de que el hecho se compruebe y encuadre dentro de la causal constitutiva de nulidad procesal, el juez tratándose de nulidades procesales saneables como lo son las previstas en los numerales 7 y 8 del artículo 140 del C. P. C., tiene a su cargo el deber de ponerla en conocimiento de la parte afectada, a fin de que la alegue o la sanee, conforme lo dispone el artículo 145 del C. P. C. 'Si la nulidad fuere saneable el juez ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1 y 2 del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación, dicha parte no alega la nulidad esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará'.

En el caso, se observan los siguientes extremos procesales:

- la demanda se instauró contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en el capítulo de notificaciones, la actora solicitó dar aplicación al artículo 150 del C. C. A., referente a la notificación del auto admisorio de la demanda (fols. 1 y 3 a 5 c. 1).
- el auto admisorio ordenó notificar personalmente al I. C. B. F, a través del señor Director o de quien haga sus veces (fols. 10 a 11 c. 1).
- la notificación se hizo al Director del I. C. B. F. Regional Guajira (fol. 12 c. 1).
- a lo largo del proceso la defensa de la entidad demandada la asumió el I. C. B. F. (Regional Guajira).

Y el demandante pretende inmiscuir a la controversia no sólo la vinculación del otro presunto responsable sino la indebida conformación de la parte demandada y para tal efecto se apoya en el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, cuyo texto es del siguiente tenor literal:

ARTICULO 150. NOTIFICACION DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. Subrogado por el artículo 29 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan. Por consiguiente, el auto admisorio de la

demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y de aviso que enviará, por el mismo conducto, al notificado.

En los asuntos del orden nacional que se tramiten en Tribunal distinto al de Cundinamarca, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional o, en su defecto, por medio del Gobernador, Intendente o Comisario, quien deberá, el día siguiente al de la notificación, comunicarla al representante de la entidad. El incumplimiento de esta disposición constituye falta disciplinaria.

Cuando la notificación se efectúe de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior, después de cinco (5) días de la fecha de la correspondiente diligencia, se entenderá surtida para todos los efectos legales, la notificación.

En el expediente se dejará constancia de estos hechos, en diligencia que deberán suscribir el notificador y el empleado que lo reciba.

La Sala encuentra que la apreciación del recurrente no es acertada, porque la representación judicial del I. C. B. F. se asignó tanto al Director Nacional como a los Directores Regionales, como ya se verá. Es claro entonces, que la normas del Código Contencioso Administrativo pretranscrita contiene un supuesto que debe ser analizado y armonizado con las disposiciones propias de cada entidad, pues mal podría un Código contener todos y cada uno de los eventos a aplicar ya que se tornaría imposible, ante el sinnúmero de entidades públicas que conforman la estructura del Estado. Para dar claridad al respecto, las normas que regulan al I. C. B. F. da cuenta tanto de la estructura como de la forma como se representa y se desenvuelve la entidad en procesos judiciales y extrajudiciales:

. Decreto 1.138 de 29 de junio 1999 'por el cual se establece la organización interna del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar' determinó las funciones del Director y las de las Direcciones Regionales:

ARTÍCULO 2°. DIRECCIÓN. La Dirección y Administración del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, estarán a cargo del Consejo Directivo y del Director General, en los términos establecidos en la Ley 489 de 1998 y las disposiciones orgánicas de la entidad.

ARTÍCULO 4°. FUNCIONES DEL DIRECTOR. Son funciones del Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar las consagradas en el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, las señaladas en la ley y en los reglamentos correspondientes.

Asimismo al interior de las dependencias, ese decreto asignó a la Oficina Jurídica la competencia de 'Atender las diligencias de carácter extrajudicial y judicial, relativas a los asuntos administrativos, en las cuales deba ser parte el Instituto y crear y mantener información actualizada sobre el estado de las demandas instauradas contra o por la entidad....' (num. 8, art. 5). Y en cuanto la organización regional indicó en el CAPITULO III, capítulo 'sobre la organización regional y zonal de bienestar familiar':

'ARTÍCULO 25. DEPENDENCIAS DEL NIVEL REGIONAL. Las dependencias del nivel

regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar son las encargadas de administrar, orientar, apoyar, supervisar y controlar la gestión de las unidades zonales y las entidades que constituyen el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para garantizar la prestación del Servicio de Bienestar Familiar.

Corresponde a las dependencias regionales dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, consolidar y analizar la información en el ámbito departamental para la identificación de mapas de riesgo y cobertura de servicios y asesorar la política de infancia y familia.

La estructura interna y funcional de las Regionales y Agencias la determinará la Dirección General, de acuerdo con las normas legales vigentes y en atención a las necesidades del servicio y la racionalización de los recursos de la Entidad.

PARÁGRAFO. Las dependencias regionales podrán contar con una organización interna flexible, mediante la cual se establezcan grupos para atender las competencias señaladas en el presente decreto'.

. Así pues, mediante resolución 4.646 de 27 de diciembre 1999, el Director General del I. C. B. F., en ejercicio de las facultades que le otorgó el decreto 1138 de 29 de junio de 1999 (art. 25) fijó la estructura del I. C. B. F., en el nivel regional y municipal y estableció funciones para las distintas dependencias:

- Determinó en primer lugar, que las funciones propias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el nivel departamental, se cumplirán a través de veintiocho (28) Regionales y cinco (5) Agencias y en el nivel municipal a través de ciento noventa y nueve (199) Centros Zonales (art. 1); y dentro de la estructura del nivel departamental se creó la Regional Guajira (art. 2).

Definió a las Direcciones Regionales como dependencias encargadas de promover, coordinar e integrar el desarrollo y funcionamiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y de contribuir en la definición y aplicación de la política de familia y niñez en el respectivo departamento y añadió: 'Conforme con las políticas e instrucciones de la Dirección General, son funciones de la Dirección Regional las contempladas en el Decreto 2.388 de 1979, sus disposiciones reglamentarias, modificatorias y complementarias; en los Estatutos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; en el artículo 25 del decreto 1.138 de 1999; y en el artículo 33 del Decreto 1.137 del 29 de junio de 1999' (art. 6).

Esas DIRECCIONES REGIONALES cuentan también con un grupo jurídico que es el encargado de asesorar y asistir a la Dirección Regional y demás dependencias en los asuntos de carácter jurídico que se requieran para la gestión del ICBF, de acuerdo con las políticas de la Dirección General, las orientaciones y lineamientos de la Oficina Jurídica y de la Dirección Regional. Y dentro de las funciones está la de asistir a la Dirección Regional y demás dependencias en el trámite y solución de todos los asuntos de carácter jurídico y representan al ICBF en las diligencias de carácter extrajudicial y judicial, relativas a los asuntos legales, en los cuales deba hacer parte el Instituto, además, de crear y mantener información actualizada sobre el estado de las demandas instauradas por o en contra de la entidad, entre otras (art. 7 de la resolución en cita).

. Posteriormente, el decreto reglamentario 003264 de 30 de diciembre de 200

'por el cual se establece la estructura del nivel central del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y se determinan las funciones de sus dependencias', **redefinió** las funciones de la

Dirección General, como aquellas señaladas en la Ley 7ª de 1979, en el Acuerdo 102 de 1979 aprobado por el Decreto 334 de 1980, en el artículo 78 de la Ley 489 de 1998 y demás normas que las adicionen o modifiquen (art. 2). **Indicó** que la Oficina Jurídica es la dependencia encargada de preparar los proyectos de normas y disposiciones legales que requiera la Entidad y de asesorar a la Dirección General y demás dependencias en los asuntos de carácter jurídico que se requieran para la gestión del Instituto, conforme a las políticas e instrucciones señaladas por la Dirección General y **reiteró** dentro de las funciones de la Oficina Jurídica la de atender las diligencias de carácter extrajudicial y judicial en las cuales deba ser parte el Instituto y crear y mantener información actualizada sobre el estado de las demandas instauradas contra o por la Entidad (num. 3 art. 5).

Esa normatividad evidencia que la representación judicial del I. C. B. F la pueden ejercer las Direcciones Regionales y la Dirección Nacional. Por tanto si el proceso se iba a tramitar en el Departamento de La Guajira, y ante la existencia de Dirección Regional en dicho Departamento, ella podía ejercer la defensa de la entidad. Aunado a lo anterior, otros dos aspectos llevan a la Sala a considerar que la nulidad procesal deprecada carece de sustento:

Primero:

El recurrente omitió tener en cuenta que conforme con el artículo 23 de la ley 446 de 1998, las disposiciones sobre notificaciones a entidades públicas tuvieron una sutil modificación, como pasa a verse:

'ARTICULO 23. NOTIFICACIONES DE LAS ENTIDADES PUBLICAS. Cuando en un proceso ante cualquier Jurisdicción intervengan entidades públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y sus anexos, del auto admisorio y del aviso.

En los asuntos del orden nacional **que se tramiten en lugar diferente al de la sede de la entidad demandada**, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de **mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional o**, en su defecto, por medio del Gobernador o del Alcalde correspondiente, quien deberá al día siguiente al de la notificación, comunicarle lo ocurrido al representante de la entidad. El incumplimiento de esta disposición constituye falta disciplinaria.

Para todos los efectos legales, cuando la notificación se efectúe de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá surtida después de cinco (5) días de la fecha de la correspondiente diligencia.

En el expediente se dejará constancia de estos hechos, en diligencia que deberán suscribir el notificador y el empleado que lo reciba'.

En el caso La Guajira también era sede de la entidad demandada, porque la Dirección Nacional de dicho Instituto ubicó una de sus Direcciones Regionales en ese Departamento, cuyo Director es funcionario nacional, que cuenta con capacidad para representar judicialmente al I.C.B.F.. De acuerdo con el interior de la estructura del Instituto, las Direcciones Regionales son dependencias integrantes de éste, cuentan con capacidad de representación judicial, lo cual desvirtúa el argumento de la indebida representación.

Segundo argumento:

El contenido de las normas procesales sobre la notificación a las entidades públicas demandadas, alude a los casos en los cuales el representante legal se ubica en lugar distinto al de la sede de la entidad demandada. En el caso, la sede para efectos judiciales de la entidad demandada también está en cada una de las Regionales que la propia entidad ha creado; así lo dispusieron las normas del ICBF al prever que las Direcciones Regionales pueden representarlo en las diligencias de carácter extrajudicial y judicial, relativas a los asuntos legales, en los cuales deba hacer parte el Instituto (art. 7 de la resolución número 4646 de 27 de diciembre de 1999).

Por otra parte, no debe perderse de vista que la nulidad procesal derivada de la indebida representación de la parte (art. 140-7 C. P. C.), en materia de apoderamiento judicial, sólo se configura por carencia total de poder, y es indudable que la representación en cabeza de la Dirección Regional sí es debida y menos carecía en absoluto de poder judicial. Tampoco ocurrió el hecho de no haber practicado en legal forma de la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de cualquiera de los dos (art. 140-8 ib), porque se notificó a la Directora Regional del I. C. B. F., quien designó abogado para que representara judicialmente al ICBF.

Si en gracia de discusión se aceptara que la Regional no puede representar al I. C. B. F., lo cierto es que el A Quo no incurrió en hecho constitutivo de nulidad procesal, pues su actuación estuvo acorde con la ley, en efecto: admitió la demanda contra dicho Instituto y notificó al funcionario de mayor categoría de la entidad que desempeñe funciones a nivel seccional, quien es quien debe comunicar lo ocurrido al representante de la entidad, so pena de sanción disciplinaria (inc. 2, art. 23 ley 446 de 1998), sin que la norma aluda a causal de nulidad procesal o a efecto de anulación, y mal lo haría porque se trata de la misma entidad, solo que en sus niveles nacional y regional, pero a fin de cuentas una sólo. En consecuencia el argumento de nulidad procesal es impróspero.

B. FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

Para la Sala tal alegación es inconsistente, pues se alega la indebida integración de la parte demandada, porque el juez de primera instancia omitió ejercer el poder oficio de citar al presunto responsable, al ICBF y a las demás entidades públicas que no han pagado los aportes al I. C. B. F., entidad a la cual sí demandó expresamente.

La citación de oficio que debe hacer el juez de las acciones populares en primera instancia, está condicionada, a término del último inciso del artículo 18 de ley 472 de 1998, a que se haya establecido existencia de ese presunto responsable.

La citación de oficio de otro posible responsable en las acciones populares como también en las de grupo pende de que se haya demostrado en primera instancia su posible responsabilidad; por tanto no puede confundirse esa figura jurídica con la de **del litisconsorte necesario**, que constituye el desarrollo de una típica intervención forzosa dentro del trámite procesal, como así lo explica Hernando Morale

:

'Debemos cuidarnos de no confundir la intervención forzosa con el litisconsorcio necesario. La primera se diferencia a su vez de la citación forzosa; éste es el género y aquella la especie; siempre que la intervención sea forzada, será obligatoria la citación; pero son muchos los casos

en que la ley exige la citación y sin embargo la personas que la recibe quedan en libertad para concurrir o no al proceso, y entonces no será forzada su intervención. Así ocurre con los acreedores en los procesos de quiebra y concurso. En esos casos la simple citación no convierte en parte al citado.

En la **intervención forzosa**, en cambio, el citado es parte desde cuando recibe la citación, aunque no comparezca a hacer valer sus derechos procesales. **Pero aún en los últimos casos, la intervención necesaria de esas personas no significa que exista litisconsorcio entre ellas y una de las partes; por el contrario, muchas veces, tienen una situación independiente, como terceros autónomos o terceristas o intervinientes ad excludendum** (art. C. de P. C., art. 58); por ejemplo los acreedores que hipoteca sobre el inmueble embargado, que son citados al proceso ejecutivo donde se decretó el embargo'.

En consecuencia, el ejercicio de la facultad oficiosa del juez de citar al presunto responsable, en las acciones populares y las acciones de grupo (arts. 14, último inc. 18, parágrafo del 52 ley 472 de 1998) no se confunde ni asemeja a la del litis consorcio necesario. La operancia del litisconsorcio necesario se determina por la concurrencia de varios supuestos, que son de diversa índole: cuantitativos, sustanciales y procedimentales, conforme lo establecen los artículos 83 y 51 del C. P. C.: Cuantitativos porque supone la diversidad de sujetos. Sustanciales por la existencia de **relaciones o actos jurídicos** que involucran a varias personas. Procedimentales por la exigencia de la presencia de todas las personas que integran la relación jurídica o el acto jurídico para hacer viable la decisión de mérito y uniforme.

Reunidos esos tres supuestos, se estará frente al contradictorio litisconsorcio necesario. Dicha figura ha sido depurada a lo largo de los años por la jurisprudencia y la doctrina.

El CONSEJO DE ESTADO, de acuerdo con la ley, ha estudiado que la existencia de varios responsables no constituye litisconsorcio necesario, sobretodo en las acciones de responsabilidad extracontractual del Estado. En sentencia de 11 de mayo de 199

dijo:

'En el caso presente, **no se configura el presupuesto del litisconsorcio necesario por la circunstancia de que existan, eventualmente, varias entidades públicas a quienes pueda atribuirse la responsabilidad por los daños demandados**. En efecto, la responsabilidad patrimonial demandada puede ser atribuida o imputada, según sea el caso, a todos aquellos sujetos de derecho que eventualmente hayan concurrido causalmente a la producción del daño, caso en el cual, la participación plural de varios sujetos de derecho trae de consecuencia la declaratoria de responsabilidad de manera solidaria, en aplicación del principio general que indica, que todo daño que pueda ser atribuido entiéndase imputado concausalmente a dos o más sujetos de derecho, origina una responsabilidad de naturaleza solidaria en la obligación indemnizatoria.

Más sin embargo, **la concurrencia de eventuales responsables no implica, indefectiblemente, que la demanda deba dirigirse contra todos los causantes del perjuicio**, como que es bien probable que la víctima del daño opte por perseguir a uno o a varios individualmente y no de manera simultánea, de acuerdo con sus propios intereses y sin que pueda predicarse, que la concausalidad exija la citación de todos los sujetos eventualmente responsables, como que se trata de una decisión del afectado, quien atendidos variados motivos y razones, elegir libremente, en contra de quién endereza sus pretensiones en orden a la declaratoria de

responsabilidad.

La circunstancia de que el actor no haya demandado al departamento de Cundinamarca o, al Hospital Regional San Rafael de Fusagasugá, **no permite sostener a la luz del artículo 83 del código de procedimiento civil, que el contradictorio no se encuentra debidamente integrado**, pues es claro para la Sala que, la responsabilidad demandada no exige perentoriamente la citación y comparecencia de todos los supuestos partícipes en los daños demandados, de una parte y, tampoco puede predicarse la existencia de cotitularidad de una misma e idéntica relación jurídica en el caso concreto, como que es perfectamente posible, que la responsabilidad perseguida pueda declararse respecto de uno de los demandados y por el contrario, negarse frente a los demás, lo cual está poniendo de presente, que la sentencia que dirima la controversia, en manera alguna habrá de ser idéntica para todos los copartícipes del daño demandado, con lo cual, se evidencia, la ausencia del presupuesto fundamental para la configuración de la figura litisconsorcial, en la modalidad de necesario'.

Posteriormente, en auto de 23 de enero de 200

indicó:

'Encuentra la Sala que es razonable la alegación del apelante toda vez, que en este juicio las personas que el **Tribunal afirma que conforman con el demandado un litis consorcio necesario pasivo no se configura, por la simple circunstancia de que existan eventualmente varias entidades a quienes pueda atribuirse responsabilidad no es el punto jurídico que permita decidir su existencia.**

En efecto, la responsabilidad patrimonial desde un punto de vista genérico puede ser atribuida o imputada al causante del daño; y el causante del daño puede ser un solo sujeto o varios sujetos. **En esta última hipótesis quienes causan el daño pueden ser, para el proceso, o litis consortes necesarios o no necesarios.**

Necesarios: cuando el daño que dice sufrir la víctima, de una parte, o proviene de la relación jurídica o de acto jurídico o por determinación legal, en sí mismos considerados, o, de otra parte, de los efectos de esa relación o acto jurídico (art. 83 C. P. C); en tal caso debe demandarse a todos ellos y si no se hace el juez debe integrar el litis consorcio necesario, activo o pasivo, en los términos anteriormente explicados.

No necesarios: En dos eventos:

. Cuando el daño sufrido es imputable por partes a diferentes sujetos, quien se afirma **como damnificado puede demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, aprovechando la figura del litis consorcio facultativo pasivo, con el objeto, en ambos casos, de obtener finalmente la indemnización de TODO el daño causado**, exigiendo a cada obligado la parte de la indemnización, es decir por la porción del daño causado, al tratarse de obligaciones divisibles (art. 1568 C. C., en cuanto a la indemnización del daño en obligaciones divisibles).

. Cuando **TODO el daño es imputable solidariamente a varias personas** porque el daño proviene del mismo delito o culpa (art. 2.344 C. C.) se podrá demandar a todos o a uno de los deudores solidarios, para exigir toda la indemnización del daño (art. 1.568 ídem, en cuando a obligaciones solidarias).

Aprécia el Consejo de Estado que el A quo en el auto por el cual integró 'el litis consorcio necesario', parece ser, tuvo en cuenta un punto jurídico que no es el determinante para concluir que sí existe litis consorcio necesario, pues **miró EL POSIBLE DAÑO y no advirtió que lo que debe observarse es: si entre los sujetos que consideró como integrantes del litis consorcio necesario pasivo existe una relación jurídica o acto jurídico o de determinación legal que los integre de tal manera, que el asunto no pudiera definirse de fondo sin su comparecencia.**

La cadena histórica de hechos narrados en la demanda podría sugerir que son varios los sujetos que han tenido participación en distintos hechos pero también por distintas conductas; esos hechos no narran, como lo exige la ley y lo explica la jurisprudencia, **que el perjuicio sufrido provenga o se derive de una relación jurídica o acto jurídico legal o no, o de los efectos de esa relación o acto (litis consorcio necesario).** En el caso concreto, el hecho de que los actores no demandaron a los propietarios anteriores del inmueble en donde se construyeron sus viviendas, ni a la sociedad constructora de las urbanizaciones - Villa Lucía y Los Balcones - ni a la compañía de seguros que constituyó las pólizas para garantizar los perjuicios que pudiera generar la actividad constructora, **no permite sostener, a términos del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, que la parte pasiva no está debidamente integrada. Resulta que la responsabilidad demandada no exige perentoriamente la citación y comparecencia de todos los supuestos partícipes en la cadena histórica de hechos antecedentes al proceso, como tampoco puede predicarse la existencia de cotitularidad en una misma relación y/o acto jurídicos o en los efectos de éstos....**

...Debe tenerse presente que la figura del litis consorcio necesario, que encuentra origen normativo en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, se caracteriza fundamentalmente por la existencia de una única relación jurídica o de un acto jurídico respecto de los cuales existe cotitularidad de sujetos o, dicho en otros términos, cuando el asunto objeto de conocimiento reclama una decisión uniforme para todos los litisconsortes, en el asunto que es objeto de controversia. Se ha dicho que, cuando se configura el litis consorcio necesario, pasivo o activo, la sentencia que decida la controversia ha de ser, en cuanto a su contenido, idéntica y uniforme para todos razón por lo cual si alguno de los cotitulares de dicha relación jurídico material no se encuentra presente en el juicio, la conducta procesal que debe observar el juzgador y en oportunidad es la de proceder a integrarlo'.

Por su parte la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en sentencia de 6 de octubre de 199 descalificó como presupuesto único del litisconsorcio necesario, que la sentencia que se dicte afecte a todos los interesados en la relación jurídica. En esa oportunidad, en materia concordataria y refiriéndose a los contratos coligados indicó que cada uno de estos contratos 'responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja'. Dijo:

'...luego el criterio de distinción no es aquél, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios contratos. **El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas** *' (Francesco Galgano. El Negocio Jurídico. Cap. IV. Sección 2ª. Núm. 26); en otras palabras, habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse **que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada**

mediante la combinación instrumental en cuestión....

3. Dentro del contexto anterior, se impone examinar si hay o no lugar a la necesaria integración plural de la parte demandante, aspecto que constituye la medula del fallo acusado y de la impugnación, a lo cual se procede a continuación:

a) Según el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 51 ibídem, **hay relaciones jurídicas sustanciales o pretensiones respecto de las cuales, ya por su propia índole o por mandato de la ley, no es posible hacer un pronunciamiento judicial de mérito sin la comparecencia plena de las personas que son sujetos de ellas, toda vez que la sentencia debe comprenderlas a todas y de manera uniforme;** se configura de ese modo un litisconsorcio necesario, que se denomina por activa si tal la pluralidad se hace imperativa en la parte demandante, o por pasiva si lo es en la parte demandada.

b) Empero, no a toda relación jurídica o pretensión que tenga vengero en un acuerdo de voluntades cabe extender, sin distinguir, la precedente noción de litisconsorcio necesario; la secuela que deriva su presencia, según la cual, 'la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...', sólo encuentra fiel expresión en todas aquellas pretensiones encaminadas a obtener que se reconozca la existencia, validez, modificación, disolución o alteración de determinado acto jurídico; por lo tanto, lo que se impone **es hacer un cuidadoso examen de la demanda a fin de verificar exactamente, con vista en ella, cuál es la naturaleza y el alcance personal de la relación sustancial sometida a controversia, para deducir de allí si el litisconsorcio es o no necesario.**

c) Aquí, en el libelo que dio origen a la especie de este proceso, se observa que el demandante pidió que se declare que se celebró un concordato preventivo potestativo entre él y sus acreedores, uno de los cuales fue el banco demandado; que para el cumplido efecto del mismo, deudor y banco suscribieron un contrato de mutuo; y que el último incumplió el concordato y el préstamo, por lo cual el demandante reclama distintas indemnizaciones.

Por consiguiente, **resulta palmario que la definición de la cuestión litigiosa descrita, por su naturaleza, no liga para tan precisos efectos sino a los sujetos que hoy son parte de este proceso, lo que equivale a decir**, en contra de lo que vio el Tribunal, **que no se requiere de la concurrencia en el proceso de la totalidad de los agentes jurídicos frente a quienes despliegan su eficacia vinculante los convenios en referencia, toda vez que, en principio, la reclamación que se formula por uno sólo de ellos, como aquí acontece con el deudor del préstamo, no redunde en menoscabo de los restantes; en verdad, no se advierte que la sola iniciativa del deudor concursado concretada en este proceso afecte de manera directa a los acreedores que hoy están por fuera de él, como tampoco que a éstos se les vulnera de algún modo su derecho de defensa.**

d) La afirmación precedente no se desvirtúa por el hecho de que la causa que dio origen al contrato de mutuo haya sido la de facilitar la recuperación de la empresa en concordato, puesto que una vez fue concretado el compromiso financiero únicamente entre el deudor y el Banco, los efectos consiguientes y en particular los derivados del **incumplimiento de las obligaciones contraídas por uno u otro deben definirse con su sola presencia, desde luego que los demás acreedores si acaso tienen a ese respecto un interés indirecto, el cual, per se, no los hace partícipes necesarios de la cuestión litigiosa**, la cual, entonces, atañe únicamente con una relación jurídica de índole singular o individual como la reseñada.

e) Síguese de todo lo anterior que el Tribunal incurrió en los errores probatorios que la censura describe, por cuanto dejó de observar en debida forma la evidencia procesal que le habría permitido deducir la coexistencia de contratos plenamente definidos en el acta que contiene el acuerdo concordatario y que por consiguiente no era del caso dictar fallo inhibitorio con apoyo en que la demanda debía provenir no sólo del deudor sino de todos los demás acreedores, lo que constituye argumento suficiente para producir la casación de la sentencia recurrida...!.

La doctrina también ha incursionado en forma contundente sobre el tema del litis consorcio necesario. El profesor Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso

advirtió: '...en esos casos la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a esa relación se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir en la sentencia sobre el fondo de ella... Faltará el contradictor necesario en dos hipótesis: cuando quienes concurren no son los sujetos a quienes corresponda en ese caso formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda; y cuando aquellos debían ser partes, en la posición de demandante o demandado, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso, es decir, cuando la parte demandante o la demandada o ambas deben estar formadas por varias personas, y en el proceso no están presentes todas ellas'. Y destaca que el litisconsorte necesario se presenta, como dice la ley, cuando el proceso versa sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito.

También el profesor Hernando Morales, en el Curso de Derecho Procesal Civi

señala, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el litisconsorte necesario supone una relación de derecho sustancial única 'por eso se dice que el necesario se puede contemplar como la suma, abstracción hecha de los sumandos, y al voluntario como los sumandos, abstracción hecha de la suma'; 'existe litisconsorcio necesario cuando hay imposibilidad jurídica de sentenciar por separado, respecto a varias personas, sobre una relación jurídica en la que están interesadas todas ellas. En este caso, la sentencia pronunciada respecto de una sola persona, no tiene por sí misma ningún valor ni puede resolver legalmente la litis. Según la expresión clásica, es inutilitatur datur'.

Asimismo la doctrina extranjera en palabras de Pierro Calamandrei, en su obra Derecho Procesal Civi, para ingresar el tema del litis consorcio necesario lo aborda bajo la figura de conexión o acumulación subjetiva, pues en su entender, la pluralidad de partes genera una relación litisconsorcial y aclara que 'no se debe creer, sin embargo, que, si toda acumulación subjetiva da lugar a un litisconsorcio, todo litisconsorcio presuponga necesariamente una acumulación subjetiva de acciones o de causas: de una acumulación subjetiva de acciones o causas: de una acumulación subjetiva de acciones deriva aquella figura de litisconsorcio que la ley llama facultativa, que tiene lugar cuando varias causas que vierten entre personas diversas, en vez de ser decididas, como podría serlo, en otros tantos procesales separados, se reúnen en un proceso sólo en vista de su conexión objetiva; pero en la otra figura de litisconsorcio que la ley denomina necesario, la pluralidad de partes no deriva de la reunión de varias acciones en un solo proceso, sino del hecho de que en la única acción propuesta, la legitimación para obrar o para oponerse corresponde a varias personas'. Advierte que la diferencia práctica entre los litisconsorcios facultativos y necesarios radica en que en el primer caso, el juez puede aceptar la demanda, aunque sea presentada por uno de los titulares; en cambio, en el segundo evento, la falta de presencia de uno de los litisconsortes necesarios y aún cuando el derecho exista, no puede acoger la demanda. Y para explicar con detenimiento la figura del litisconsorte necesario señala:

'En el litisconsorte necesario, **a la pluralidad de partes no corresponde una pluralidad de causas: la relación sustancial controvertida es sólo una, y una sólo acción, pero, como la relación sustancial es única para varios sujetos, en forma que las modificaciones de ella, para ser eficaces, tienen que operar conjuntamente en relación a todos ellos, la ley exige que al proceso en que hay que decidir esa única relación, sean llamados necesariamente todos los sujetos de ella, a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos...**

En todos los casos, en que la legitimación compete conjuntamente y no separadamente a varias personas, el litisconsorcio de ellas es necesario'.

Añade que en la mayoría de los casos la ley determina la necesidad de litisconsorcio, sin desconocer que puede darse por la naturaleza de la relación jurídica - en el ordenamiento procesal colombiano así se plantea en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil - ; y precisa lo siguiente:

'puede haber casos de litisconsorcio necesario, aun en defecto de disposición explícita de ley, siempre que la acción (constitutiva) tienda a la mutación de un estado o relación jurídica destinada a operar frente a varios sujetos, todos los cuales, a fin de que la mutación pueda producirse válidamente, deben ser llamados en causa, sin que pueda dicha relación o estado, que es único para todos, ser modificado solamente en relación a algunos de ellos y permanecer inmutado en relación a los demás. En los casos hasta ahora indicados de litisconsorcio necesario, la sentencia, si se la pronunciara sin la presencia en causa de todos los litisconsortes, sería defectuosa; de manera que, a fin de evitarlo,... se establece que si se promueve el juicio son la presencia de todos los litisconsortes necesarios, 'ordena el juez la integración del contradictorio en un plazo perentorio establecido por él'.

'No debe confundirse con esta hipótesis, aunque tenga muchos puntos de semejanza con ella, las que pueden verificarse cuando legitimados para pedir en juicio la mutación de una cierta relación o estado sean todos los pertenecientes a una determinada categoría, cada uno de los cuales puede, por sí solo, deducir en juicio relación o estado, y obtener su mutación con efectos que se extienden también a los demás legitimados no presentes en causa...'

De acuerdo con ese marco normativo explicado por la jurisprudencia y la doctrina, se encuentra que en el caso no existe LITIS CONSORCIO NECESARIO, pues sólo aparece la **pluralidad de sujetos (presupuesto cuantitativo)**, presupuesto cuantitativo, y no se reúnen los otros presupuestos indispensables para la estructuración del litis consorcio necesario, el sustancial y el procedimental.

El actor demandó en acción popular "contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las demás entidades públicas que se determinen dentro del trámite de esta acción conforme lo establece el artículo 14 de la ley 472 de 1998, por omitir sus funciones respecto del cobro y pago de los ingresos tributarios constituidos por los aportes parafiscales 3% a favor de la primera entidad mencionada (ICBF)". Pero esos demandados no integran un litis consorcio necesario, por lo siguiente:

. Las conductas imputadas son autónomas e independientes, pues al I. C. B. F se le atribuye el no cobro y a las demás, el no pago;

. Las competencias y deberes legales de cada una de esas entidades, en cuanto al pago de la contribución parafiscal, son autónomas y fácilmente determinables en su propio ámbito.

. Las entidades (I.C.B.F y las demás que se determinen dentro del trámite) las vincula el actor pero a la vulneración del derecho colectivo y por conductas separadas; pero ni la ley, ni la naturaleza de la situación ni el eventual sinsentido de la decisión sobre los intereses colectivos que se discuten, evidencian la necesaria comparecencia de las supuestas entidades infractoras, tanto así que la responsabilidad podría declararse frente a uno o varios de los demandados y negarse con respecto a los demás; consideración que implica, por sí misma, que la decisión judicial no requiere que sea uniforme e idéntica para todos. Es más la sentencia que se apela, resolvió denegar las súplicas pero porque no se probó la conducta omisiva del I. C. B. F. ni de otros posibles responsables.

. La supuesta vulneración a los derechos colectivos que acusa el actor, en desmedro del I. C. B. F, no proviene de una misma relación o acto jurídico sustanciales, en tanto simplemente serían protagonistas de hechos independientes.

Por lo tanto, en este caso, el ICBF no está ligado sustancialmente con otras personas como lo entiende el actor. Por disposición legal no lo está porque la la ley 472 de 1998 cuando alude a la facultad oficiosa del juez para citar en las acciones populares a otro presunto responsable (arts. 14 y 18 inciso final) no se refiere al litisconsorcio necesario. Y tampoco por relación jurídica lo está, en tanto la sustancialidad de ésta no es meramente ocasional o fáctica; ni por la necesaria decisión uniforme para todos, toda vez que la controversia podía resolverse en forma diferente para cada uno de los sujetos que conforman la pluralidad, dada la independencia de conductas.

Al no prosperar los argumentos del recurso de apelación, el fallo recurrido se mantendrá..

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 12 de mayo de 2005 que profirió el Tribunal Administrativo de la Guajira.

Cópiese, notifíquese, PUBLÍQUESE y devuélvase AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ruth Stella Correa Palacio

Presidenta

María Elena Giraldo Gómez Alier Eduardo Hernández Enríquez Ausente

German Rodríguez Villamizar Ramiro Saavedra Becerra.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo