

EXCEPCION PREVIA DE INEXISTENCIA DE LA PARTE DEMANDANTE – Tiene por finalidad evitar las actuaciones innecesarias remediando fallas relacionadas con la titularidad del derecho de acción / NIT – La indebida digitación del NIT no implica la inexistencia jurídica del demandante / **PERSONA JURIDICA COMO DEMANDANTE** – Para acreditar la existencia de las personas jurídicas, el CPACA no dispuso que el NIT fuese un requisito indispensable / **PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL** – Se vulnera al desconocer la existencia del demandante por un error en el NIT / **TRASLADO DE LA DEMANDA** – Es la oportunidad para que el demandante corrija el error del NIT presentado en la demanda

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 97 NUMERAL 4 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 103 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 173-1 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 175 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 306

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 19001-23-33-000-2013-00488-01(21079)

Actor: ISAGEN S.A. E.S.P.

Demandado: MUNICIPIO DE GUACHENE – CAUCA

AUTO

Decide el despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, municipio de GUACHENÉ (CAUCA), contra el auto interlocutorio del 22 de mayo de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca (audiencia inicial), mediante el cual “[...] se declaró subsanada y libre de vicios la actuación procesal surtida hasta la presente instancia [...]” (mnts. 20:06 a 20:14).

I. ANTECEDENTES

1.1. La sociedad ISAGEN S.A. E.S.P. (en adelante ISAGÉN), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda

contra el municipio de GUACHENÉ (CAUCA), con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (folios. 1 y 2 del expediente):

“PRIMERA

Que es nula la Resolución No. 008 de 14 de marzo de 2013, «por medio de la cual se liquidan de Aforo y se acumulan las sanciones correspondientes a ISAGÉN S.A. E.S.P., por el no pago de IC (sic) del Hecho Generador Comercial, por los años gravables 2007, 2008, 2009, 2010, 2011», expedida por el municipio de Guachené (Cauca), por haber sido expedida con violación a las normas nacionales y locales a las que hubiese tenido que sujetarse.

SEGUNDA

Que es nula la Resolución No. 020 de julio 3 de 2013 «por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por ISAGÉN S.A. E.S.P. contra la liquidación oficial de Aforo».

TERCERA

Que como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que ISAGÉN S.A. E.S.P. no es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio y del Impuesto de Avisos y Tableros por la Actividad Comercial de Ventas del servicio público domiciliario de energía a los usuarios finales dentro del municipio de Guachené, y del impuesto complementario de Avisos y Tableros y por Consiguiente no está obligada a cumplir ante este municipio con la obligación formal de declarar, ni con la sustancial del pago de tales tributos por las vigencias 2008, 2009, 2010 [y] 2011.”

1.2. El magistrado ponente en primera instancia, en providencia del 15 de octubre de 2013, decidió admitir la demanda de la referencia y dispuso, entre otras cosas, los traslados y notificaciones de rigor (fls. 131 a 163).

1.3. Dentro del término de traslado, el municipio de Guachené (Cauca) - demandado - contestó la demanda e interpuso la excepción previa de “inexistencia

de la parte demandante”. Para sustentar tal pretensión, se argumentó que en el escrito de demanda se identifica a la sociedad Isagén S.A. E.S.P. con el Número Único de Identificación Tributaria - NIT - 800000740-4 (fl. 179), cuando, de conformidad con el certificado de existencia y representación de dicha sociedad comercial (folios. 36 a 43), el NIT que corresponde con el de esa sociedad comercial es el 811000740-4 (folio 36).

1.4. Corrido el traslado de rigor (fl. 183), la sociedad ISAGÉN manifestó que si bien es cierto que en la demanda se incurrió en el “error tipográfico” que puso de presente la entidad demandada, también lo es que “[...] *dicho error es inmaterial y no constituye una causal jurídica específica para dejar de conocer el asunto en la litis [...]*” (fl. 187). En ese mismo sentido, agregó que dicho error no impide la identificación plena de la parte actora, máxime si se tiene en cuenta que las pruebas aportadas al expediente dan cuenta [...] *de la identificación del sujeto activo de la demanda referida [...]*” (fl. 187).

1.5. A través de auto del 24 de abril de 2013¹ (fls. 205-206), se citó a las partes para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.6. La diligencia se celebró el día 22 de mayo de 2014, con la comparecencia de los apoderados de las partes. No obstante lo anterior, el agente del Ministerio Público no asistió a dicha audiencia pública. De esa situación se dejó constancia en el expediente (fl. 213A).

II. PROVIDENCIA APELADA

2.1. El Tribunal Administrativo del Cauca (magistrado ponente), constituido en audiencia pública - artículo 180 C.P.A.C.A. -, denegó la solicitud presentada por la entidad territorial demandada, consistente en que se accediera a la excepción previa de “inexistencia de la parte demandante”, y, como consecuencia de esto, declaró “[...] *subsana y libre de vicios la actuación procesal surtida hasta la presente instancia [...]*” (mts. 20:06 a 20:14).

¹ Es del caso aclarar que la audiencia inicial, en principio, estaba citada para el 30 de abril de 2014 - auto del 4 de marzo de 2014 -. No obstante, al magistrado ponente se le concedió comisión de servicios para esa fecha y, por lo tanto, dicha diligencia tuvo que ser pospuesta.

2.2. Es del caso precisar que aunque el demandante propuso la “inexistencia de la parte demandante” como excepción previa, el juez de primera instancia consideró pertinente pronunciarse al respecto en el momento procesal del saneamiento del proceso - artículo 180.5 C.P.A.C.A. -, en consideración a que dicho aspecto, a su juicio, podría dar lugar a una decisión inhibitoria.

En efecto, en dicha diligencia se adujo lo siguiente:

“Dentro de la audiencia inicial se debe proceder al saneamiento del proceso.

En este punto, es importante referirse a un aspecto que lo señala la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda, y que también tiene el carácter de excepción previa, cual es el de la inexistencia de la parte demandante.

(...)

Este sería un tema propio de una excepción previa, pero también debe entenderse que hay que resolverlo en el saneamiento del proceso, en orden a que si no existiese la parte demandante habría lugar a una sentencia inhibitoria y precisamente una de las finalidades del saneamiento es evitar llegar a esta situación [se refiere a la sentencia inhibitoria]” (Mnts. 06:55 a 08:45)

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el magistrado sustanciador en la primera instancia, al conceder el recurso de apelación que ahora ocupa la atención de la Sala, resaltó que el planteamiento jurídico que expuso el municipio demandado en la contestación de la demanda, constituye una excepción previa que, para los efectos del presente caso, hace parte del saneamiento del proceso (mnt. 30:40).

2.3. Como fundamento de dicha decisión (*supra* 2.1.), el *a quo* señaló que la excepción de inexistencia de la parte demandante no está llamada a prosperar, debido a que al proceso se aportó prueba de la existencia de la sociedad Isagén S.A. E.S.P. - demandante -. Específicamente se hizo referencia al Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, obrante en folios 36 a 43 del expediente.

Al respecto, en la audiencia inicial se adujo lo siguiente:

“La parte demandante, junto con el escrito inicial de la demanda, aportó la prueba de existencia y representación legal de Isagén S.A. E.S.P., cuyo NIT corresponde al número 811000740-4

De esta manera el despacho no encuentra probada la aludida inexistencia de la parte demandante, pues [esa] existencia está debidamente comprobada con el certificado de existencia y representación legal” (mnts. 18:25 a 19:15)

2.3.1. Adicionalmente, el juez de primera instancia señaló que, de conformidad con lo establecido en el artículo 166.4 de la Ley 1437 de 2011 - anexos -, las demandas contencioso administrativas interpuestas por personas jurídicas de derecho privado deben acompañarse únicamente de la prueba de existencia y representación legal de la sociedad demandante.

2.3.2. Conforme a las consideraciones anteriores, el Tribunal Administrativo de Cauca consideró que lo que se presentó en el presente caso fue un error de digitación respecto del NIT de la entidad demandada. En criterio del *a quo* dicho error no tiene la entidad de poner en duda la existencia legal de la entidad demandada y, por lo tanto, no puede ser tenido en cuenta para declarar la excepción propuesta por el ente territorial demandado (mnts. 19:20 a 19:35).

III. EL RECURSO Y LA OPOSICIÓN

3.1. En la audiencia inicial, celebrada el 22 de mayo de 2014, el apoderado del municipio de Guachené (Cauca) - demandado -, presentó recurso de apelación contra la decisión antes referida (*supra* II), con fundamento en las siguientes consideraciones (mnts. 21:07 a 25:10):

3.1.1. De conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, las empresas que prestan el servicio o “agentes” tienen varias “identificaciones” dentro del mercado de la energía eléctrica: generadores, transportadores, distribuidores o comercializadores. Agregó que esos agentes “[...] *se pueden identificar en un mismo NIT o en un diferente NIT* [...] (mnt. 21:50 a 21:59).

En ese sentido, indicó que las cuestiones de derecho que se debaten en el proceso se relacionan con las actividades de generación y comercialización, bajo el entendido de que la empresa demandante alega ser “generador” y no “comercializador” de energía eléctrica, mientras que la entidad territorial demandada considera que, en vista de que el usuario final del servicio público de energía se encuentra en el municipio de Guachené, la sociedad

demandante tiene la obligación de pagar el impuesto de industria y comercio², en los términos del artículo 51 de la Ley 383 de 1997.

En criterio del municipio demandado, el hecho de que la sociedad demandante hubiese invocado un NIT diferente al que aparece en el certificado de existencia y representación legal aportado al proceso, genera duda respecto de la entidad que demanda, en la medida en que no se tiene certeza si existen dos personas jurídicas que desarrollan dos actividades diferentes - generar y comercializar - y, en ese mismo, tampoco se sabe cuál de las dos es la que demanda en el presente proceso.

Al respecto, pidió tener en cuenta que, en ocasiones, varias personas jurídicas, por supuesto con diferentes NIT, pueden intervenir en las diversas actividades que se presentan en la prestación del servicio público de energía.

3.1.2 Los errores de la demanda se deben corregir dentro de los diez días siguientes al término de su traslado - artículo 173.1 C.P.A.C.A. -. En ese sentido, el apelante consideró que “subsanan” tales aspectos en la audiencia inicial vulnera el debido proceso del municipio demandado, pues se desconocen las etapas procesales dispuestas para dicho fin - corrección -.

Por las razones antes enunciadas, el municipio de Guachené (Cauca) consideró que la decisión apelada debía ser revocada.

3.2. En la misma audiencia inicial - mayo 22 de 2014 -, y luego de que se le corriera el traslado al que se refiere el numeral 1º del artículo 244 del C.P.A.C.A., la apoderada de ISAGÉN se opuso a la prosperidad del recurso de apelación antes referido. Para tal fin, se argumentó lo siguiente (mnts 25:42 a 29:52):

3.2.1. La prosperidad del recurso de apelación que ahora ocupa la atención del despacho implicaría la limitación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, toda vez que a la sociedad demandante se le “cercenaría” el derecho a controvertir judicialmente, ante el juez natural de la causa, los actos administrativos que considera contrarios a derecho.

² En la demanda se hace referencia al impuesto al servicio de energía (mnt. 22:27 a 22:45). No obstante, la Sala entiende que se hace referencia al impuesto de industria y comercio, ya que este es el impuesto al que en verdad se refiere la norma en la que se sustenta el argumento.

3.2.2 El hecho de que el procedimiento administrativo especial hubiese sido “agotado” por las mismas partes, esto es, con los mismos representantes legales y apoderados judiciales, a su juicio, permiten concluir que es “exótico” desconocer la existencia de la sociedad demandante.

3.2.3. El Número Único de Identificación Tributaria - NIT - es una herramienta de identificación con fines tributarios, pero no un atributo de la personalidad. Adicionalmente, dicha herramienta de identificación tributaria no incide en la determinación de la existencia de la persona jurídica ni en la legitimación en la causa de las partes de un proceso judicial

A juicio de la demandante, la legitimación en la causa por activa, respecto de los contribuyentes, nace de la obligación legal que se impone respecto de un impuesto, tasa o contribución, pero, de ninguna forma, surge con fundamento en el Número Único de Identificación Tributaria - NIT -.

3.2.4. Los fundamentos del recurso de apelación se relacionan con el problema jurídico que deberá resolver el juez al dictar sentencia de fondo y, por lo tanto, no tiene porque “contaminar” la decisión respecto de la existencia de la persona jurídica demandante.

3.2.5. Está debidamente probada dentro del proceso la existencia de la sociedad que acude al proceso como demandada y, por lo tanto, no hay lugar a declarar la excepción de inexistencia de la parte demandante.

Con fundamento en las consideraciones transcritas, la sociedad Isagén S.A. E.S.P. solicitó denegar el recurso de apelación objeto de esta providencia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema Jurídico

De conformidad con los fundamentos del recurso de apelación y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas del caso, le corresponde al despacho³

³ Artículo 125 de la Ley 1437 de 2011.

determinar si la imprecisión en la que incurrió la sociedad demandante, consistente en identificarse con el NIT 800000740-4 al momento de presentar la demanda, cuando en realidad el que lo identifica es el 811000740-4 (fls. 36 del expediente), implica la inexistencia de la parte demandante, tal y como lo propuso el municipio demandado a manera de excepción previa.

Con fundamento en lo anterior, compete al despacho establecer si la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la audiencia inicial celebrada el 22 de mayo de 2014, consistente en denegar la excepción previa de “inexistencia de la parte demandante”, debe ser revocada o debe ser confirmada.

5.2. Presupuestos procesales

En el caso propuesto, se tiene que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad del recurso de apelación, toda vez que: (i) fue interpuesto y sustentado oralmente en la misma audiencia en que se profirió la decisión - artículo 244.1 de la Ley 1437 de 2011 -; (ii) tiene como objeto el auto que resuelve sobre las excepciones previas - artículo 180.6 ibídem -; y (iii) fue dictado por un tribunal administrativo - ibídem -.

Precisa el despacho que aunque la decisión apelada, desde un punto de vista formal, fue la de declarar “[...] *subsana*da y libre de vicios la actuación procesal surtida hasta la presente instancia [...]” (mnts. 20:06 a 20:14), lo cierto es que, desde una perspectiva material, tal decisión tuvo como objeto denegar la excepción previa de “inexistencia de la parte demandante” y, por lo tanto, es susceptible del recurso de apelación, en los términos del numeral 6º del artículo 180 de la norma citada.

5.3. Caso concreto

5.3.1. La inexistencia de la parte demandante se encuentra enunciada, como excepción previa, en el artículo 97.4 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al caso concreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

La excepción de inexistencia de la parte demandante, como ya se dijo, se circunscribe dentro de las denominadas previas y, como consecuencia de esto, no

está dirigida, en principio, a cuestionar las pretensiones de la demanda⁴. Por lo tanto, resulta procedente afirmar que el objeto de dichas excepciones previas, incluida la de inexistencia de la parte demandante, es “[...] *evitar actuaciones innecesarias remediando ciertas fallas en el proceso* [...]”⁵, para el caso concreto, las fallas relacionadas con la titularidad del derecho de acción de quien acude al proceso.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, a diferencia de las excepciones perentorias, las denominadas previas, en principio, favorecen a ambas partes del litigio, toda vez que [...] *al permitir el saneamiento inicial del proceso se asegura que éste se adelante sobre bases firmes* [...]”⁶. Como consecuencia de esto, se puede afirmar que dichas herramientas jurídicas, por regla general, tienen como objeto el saneamiento del proceso.

5.3.2. Teniendo en cuenta las consideraciones transcritas, el suscrito magistrado considera que el recurso de apelación que ahora se resuelve no está llamado a prosperar. Tal afirmación se sustenta en los siguientes argumentos:

5.3.2.1. En el proceso se demostró, en debida forma, la existencia de la sociedad Isagén S.A. E.S.P. - demandante -. No puede concluirse, por lo menos desde un punto de vista jurídico, que la indebida digitación del NIT en la que incurrió la parte demandante implica su inexistencia jurídica.

Al respecto, hay que tener en cuenta que el legislador estableció que las demandas deben acompañarse del certificado de existencia y representación legal - artículo 166.4 C.P.A.C.A. -, cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado, pero, de ninguna forma, dispuso que el NIT fuese un requisito indispensable para acreditar la existencia de tales personas jurídicas.

5.3.2.2. En el proceso no existe duda sobre la existencia legal de la parte demandante – ISAGÉN -. En ese sentido, resulta importante precisar que, junto con la demanda, se aportó Certificado de Existencia y Representación Legal de dicha sociedad comercial (fls. 36 a 43). Adicionalmente, que la apoderada de la sociedad accionante reconoció que se trató de un “error tipográfico” (fl. 187).

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Parte General. Tomo III. Novena Edición (2005). Bogotá. Pág. 552.

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem.

5.3.2.3. Los aspectos que se plantean en el recurso de apelación se relacionan directamente con el fondo del proceso, en el entendido de que lo que se discute son las actividades que ISAGÉN desempeña en el mercado de la energía eléctrica en el municipio demandado y las obligaciones tributarias que se imponen como consecuencia de tales actividades.

5.3.2.4. El riguroso formalismo que el apelante propone desconoce los principios de efectividad, legalidad y preservación del derecho establecidos en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, ya que se estaría dando preponderancia a un aspecto formal en detrimento de lo sustancial - legalidad de los actos administrativos demandados -. En ese mismo sentido, se estaría vulnerando el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.) y, por contera, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la sociedad demandante.

5.3.2.5. Lo que en el presente caso se produjo fue un error de digitación que no tiene la capacidad de generar la prosperidad de la excepción de inexistencia de la parte demandante, debido a que el NIT tiene relación con la identificación de las personas jurídicas y sus obligaciones tributarias, pero no con la existencia de la misma.

El despacho no desconoce que, de conformidad con el artículo 173.1 de la Ley 1437 de 2011, el momento procesal oportuno para corregir dicho error era dentro de los diez días siguientes al vencimiento del traslado de la demanda. No obstante, también se debe resaltar que, dentro del traslado de las excepciones propuestas, el demandante puede pronunciarse respecto de los fundamentos jurídicos de las mismas, tal y como efectivamente lo hizo al manifestar que se trató de un “error tipográfico” (fl. 187). Aceptar lo contrario, esto es, que el demandado no puede subsanar tales errores, implicaría desconocer el objeto del traslado al que se refiere el parágrafo 2º del artículo 175 ibídem.

5.3.2.6. Subsanan el error de identificación en el que incurrió la parte demandante no implica *per se* la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la entidad territorial demandada. Por el contrario, esa decisión garantiza que el proceso se desarrolle de forma óptima y evita una decisión

inhibitoria. Adicionalmente, se debe resaltar que a la parte demandada, hasta el momento, se le ha permitido el ejercicio del derecho defensa y contradicción.

Por los argumentos antes esgrimidos y, en aras de garantizar el acceso efectivo de la administración de justicia de la sociedad demandante, el despacho confirmará la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

1º CONFÍRMASE el auto interlocutorio del 22 de mayo de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante el cual se denegó la excepción previa de inexistencia de la parte demandante, por las razones expuestas en la presente providencia.

2º En consecuencia, **ORDÉNASE** continuar con el trámite del proceso.

3º En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ