

*República de Colombia
Tribunal Administrativo de Antioquia
Sala Segunda de Oralidad*



Magistrado Ponente: José Ignacio Madrigal Alzate

Medellín, diecisiete (17) de septiembre de dos mil trece (2013)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00
INSTANCIA	PRIMERA
DECISIÓN	NO REPONE AUTO QUE DESIGNA CURADOR AD LITEM

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición presentado por la parte demandante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en contra del auto que designa curador ad litem.

ANTECEDENTES

La sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., a través de apoderado judicial presentó demanda donde solicita:

- 1.- Declarar la nulidad de la resolución sanción número 1124120011001110 del 19 de octubre de 2011 y la resolución No. 900.263 del 15 de noviembre de 2012 que resolvió el recurso de reconsideración.
- 2.- Como consecuencia de la nulidad del acto demandado y a título de restablecimiento del derecho se declare que la sociedad demandante es responsable respecto de las sanciones materia del acto sancionatorio.
- 3.- Mediante providencia del 19 de abril de 2013 se admitió la demanda y se ordenó vincular a la Sociedad Metales Medellín S.A. como interesada directa

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

en el resultado del proceso, de conformidad con el artículo 171 del CPACA y en consecuencia se dispuso la notificación personal de dicha providencia.

4.- A través del auto del 21 de mayo de 2013 se ordenó el emplazamiento de la sociedad Metales Medellín S.A. teniendo en cuenta que la dirección a donde fue dirigido el traslado, fue devuelta por el operador de correo certificado por la causal *“remitente no respondió/cambió de domicilio”*.

5.- Dado que la parte interesada publicó el emplazamiento en un diario de amplia circulación nacional, por auto del 18 de julio de 2013 se designó curador ad litem a la sociedad Metales Medellín.

RECURSO DE REPOSICIÓN

La sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a través de apoderado presenta recurso de reposición contra el auto que designa curador ad litem, solicitando se disponga que la sociedad Metales Medellín es un litisconsorte facultativo y en consecuencia es innecesaria la designación de un curador ad litem, con fundamento en las razones que se resumen a continuación:

1.- En el presente litigio nos encontramos en el marco de un litisconsorcio facultativo y no en la hipótesis de un litisconsorcio necesario.

Afirma la parte que SURAMERICANA ha actuado de acuerdo con lo previsto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, bajo la figura del litisconsorcio facultativo, por lo tanto, según el artículo 860 del Estatuto Tributario la misma es considerada deudora solidaria de la sociedad que afianzó, la cual solicitó la devolución del saldo a favor, sin embargo, ello no quiere decir que la aseguradora y afianzada debe intervenir simultáneamente, en los procesos que adelante la administración, ni mucho

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

menos en los que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.- El tercero interesado decide si se presenta o no al proceso correspondiente – Naturaleza y características del litisconsorcio facultativo

Manifiesta que la sociedad Metales Medellín debe considerarse un litisconsorte facultativo y no como lo consideró el Despacho.

Aportó para el efecto copia de la providencia dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 10 de julio en la cual se dispuso que no era necesaria la designación de un curador ad litem a pesar de que al tercero interesado se le había ordenado la notificación personal del auto admisorio y se había efectuado, como en el presente litigio, el emplazamiento mediante edicto en un diario de amplia circulación en el país.

En este sentido considera que la sociedad Metales Medellín no debe intervenir obligatoriamente en el proceso litigioso, toda vez que se le debe considerar como un litisconsorte facultativo y en consecuencia es innecesaria la designación de un curador ad litem.

OPOSICIÓN

La entidad demandada en el término otorgado para ello no se pronuncia sobre el recurso.

CONSIDERACIONES.

Dos son los motivos de inconformidad que aduce la demandada. Uno, referente a que en el presente caso se presenta un litisconsorcio facultativo y no uno necesario. Y el otro, relacionado con la comparecencia o no al proceso del litisconsorcio facultativo.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

1.- Advierte la Sala que no son de recibo los argumentos presentados por la parte demandante, consistentes en que se reponga el auto por medio del cual se designó curador ad litem teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810), actor: Sistemas Integrados Eléctricos Ltda. SINTEL Ltda, demandado: Departamento de Antioquia, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO al resolver una solicitud de nulidad procesal dado que la aseguradora que expidió la póliza de seguros que se hizo efectiva en el acto administrativo demandado, no fue citada al proceso expuso:

“... Existe *litisconsorcio necesario* cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (*litisconsorcio por activa*) o demandado (*litisconsorcio por pasiva*) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

La vinculación de quienes conforman el *litisconsorcio necesario* podrá hacerse dentro de la demanda, bien obrando como demandantes o bien llamando como demandados a todos quienes lo integran y en el evento en que el juez omita citarlos, debe declararse la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda (numeral 8 del artículo 140 del C. de P. Civil). Si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vinculo (sic) en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, y de no hacerlo debe declararse la nulidad de una parte del proceso o a partir de la sentencia de primera instancia (numeral 9 *ibídem*), con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tengan la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses, dado que la sentencia los puede afectar.

En cambio, el *litisconsorcio será facultativo o voluntario* cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (*legitimación por activa*), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (*legitimación por pasiva*). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil).

Ahora bien, en relación con el *litis consorcio* que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *litis consorcio cuasinecesario*.

Esta especie o modalidad de *litis consorcio*, es una configuración jurídica intermedia, entre el *litis consorcio necesario* y el *facultativo*. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos.

El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de *litis consorcio* en los siguientes términos:

“Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.”

La Corte Suprema de Justicia, ha reconocido la existencia de esta intervención *litisconsorcial*, y con base en el mencionado texto ha dicho que:

“Por encima de las dudas que suscita la nominación, lo cierto es que la ley procesal colombiana, de manera expresa sólo identifica dos tipos de *litisconsorcios*: el *facultativo* en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil y el *necesario* en el 51, ambos referidos a la integración plural de las partes. Empero, el artículo 52 inciso 3º ibídem, según se vio, regula un tipo de intervención de tercero que no se acomoda estrictamente al *litisconsorcio necesario*, pero tampoco al *facultativo*, porque aun sin su presencia la sentencia produce ‘efectos jurídicos’ o lo vincula en cuanto afecta la determinada relación sustancial de que era titular, razón por la que estaba legitimado ‘para demandar o ser demandado en el proceso’. En otras palabras, el citado inciso consagra la llamada por el mismo artículo 52 ‘intervención’ ‘*litisconsorcial*’ que bien

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

podría señalarse como ‘cualificada’, para diferenciarla en todo caso de la intervención ‘simple’ o ‘adhesiva’ o de mera coadyuvancia. Esta intervención litisconsorcial, según lo indica el mencionado texto, se presenta cuando el interviniente sostiene con una de las partes una determinada relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia, en cuanto sobre ella se irradian los efectos de cosa juzgada, radicando en esto el núcleo esencial del interés del tercero, al cual la ley le da la mayor relevancia, al instituir al tercero que así interviene como parte autónoma, otorgándole la condición de litisconsorte y reconociéndole todas las garantías y facultades de parte.”-Subraya la Sala-¹

Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito *sine qua non* para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos.

Además, esta modalidad se identifica con el *litis consorcio necesario* en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el *litis consorcio cuasinecesario* no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al *litis consorcio facultativo* en que el sujeto voluntariamente puede concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula. Con todo, el *interviniente cuasinecesario* puede presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia, y **procede su actuación con todas las prerrogativas de parte, tal y como lo indica el artículo 52 del C. del P. Civil.**

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un *litis consorcio facultativo*, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del *litis consorcio cuasinecesario*, teniendo en cuenta que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.

Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de octubre de 2000, exp. 5387, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos.

En suma, es aplicable este tipo de *litis consorcio* a la cuestión analizada porque:

(i) Entre el asegurado contratista y la aseguradora existe una relación material sustancial originada en un contrato de seguro (vínculo jurídico) que los legitimaría para actuar como parte activa en el proceso;

(ii) Cuando cualquiera de los afectados, esto es aseguradora o el asegurado contratista demande el acto administrativo, el otro no tiene porque ser citado al proceso, por cuanto está en su derecho de demandarlo o no hacerlo, no obstante lo cual de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, los efectos de la nulidad del acto declarada en la sentencia afectan a quien no decidió demandar por virtud de la fuerza de la *cosa juzgada* que le otorga la misma; igualmente, la negativa de la nulidad tiene por efecto la *cosa juzgada erga omnes*, pero solo en relación con el vicio que fue objeto de juzgamiento, situación que le impide al otro afectado volver a solicitar el enjuiciamiento del acto por el mismo defecto

(iii) Si bien la aseguradora o el asegurado contratista, según el caso, no requieren ser citados al proceso, pues basta que uno sólo de ellos demande, quien no lo haga puede concurrir e intervenir en el proceso en el estado en que se encuentre, antes de dictarse fallo de única o segunda instancia (art. 52 C.P.C), y con todas la prerrogativas de la parte activa siempre que respecto de ella no haya operado la caducidad para ventilar en sede judicial sus pretensiones, porque hay que recordar que al contrario de lo que sucede con la nulidad, los efectos del restablecimiento del derecho dispuestos en la sentencia sólo aprovechan a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor, intervención que, por supuesto, debe hacerse antes de que se hubiese configurado dicho fenómeno procesal de la caducidad.

(iv.) Para dictar sentencia frente a la *litis* no se requiere la comparecencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista, pues es suficiente la concurrencia de cualquiera de ellos.

Dadas estas circunstancias, encuentra la Sala que no se configura nulidad procesal alegada por el Ministerio Público, por cuanto, en este evento se está en presencia de un *litisconsorcio cuasinecesario* o, en gracia de discusión, sobre la naturaleza de esta figura, en un *litis consorcio facultativo...*" (Negrillas y subrayas no originales)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

1.1.- En el caso objeto de estudio mediante auto del 19 de abril de 2013 (Fl. 12) se admitió la demanda de la referencia y se ordenó vincular a la sociedad Metales Medellín S.A. como interesada directa en el resultado del proceso, ello de conformidad con el numeral 3 del artículo 171 del CPACA y dado que la dirección a donde fue dirigido el traslado fue devuelto por el operador de correo certificado *“remitente no respondió / cambió de domicilio”* se dispuso su emplazamiento.

1.2.- Así las cosas la sociedad Metales Medellín puede ser considerada como un litisconsorte cuasinecesario y procede su actuación con todas las prerrogativas de parte descritas en el artículo 52 del C. de P. Civil, tal como lo indicó la providencia mencionada, por lo tanto, en el presente asunto, una vez cumplido el emplazamiento de la sociedad referida y en vista de que no compareció en el término señalado lo procedente era la designación del curador ad litem.

Fíjese que desde el auto admisorio dictado el 19 de abril de 2013 se ordenó la citación de la sociedad Metales Medellín S.A. por lo tanto, si la parte demandante consideraba que no era necesaria la comparecencia de la sociedad debió recurrir dicho auto y no el que designó curador ad litem.

Ahora, de acuerdo con los aspectos narrados en la demanda, Seguros Generales Suramericana S.A. se considera un deudor solidario de Metales Medellín S.A. y dado que ésta sociedad es quien presenta la declaración del impuesto sobre las ventas del quinto bimestre del año 2008 la decisión de citarla al proceso, emplazarla y posteriormente designarle curador ad litem resulta ajustada, ya que busca garantizar los derechos de defensa y contradicción, razón por la cual no se repondrá el auto que designó curador ad litem.

2. De otra parte observa el Despacho una solicitud de acumulación de procesos con relación al expediente radicado bajo el número 2012-700 el cual se tramita en este Tribunal.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

Al respecto es preciso indicar que la figura de la acumulación de procesos concreta el principio de la economía procesal y evita que se produzcan fallos contradictorios sobre cuestiones conexas o sobre un mismo litigio.

Para verificar si procede en este caso la acumulación de procesos, resulta necesario remitirse a lo preceptuado por los artículos 157 a 159 del C.P.C., de conformidad con el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 en donde se señalan los requisitos y trámite para su procedencia.

Respecto a la competencia del funcionario que debe conocer de la acumulación el artículo 158 de la norma en comento dispone que: *“De la solicitud de acumulación conocerá el juez que trámite el proceso más antiguo o el del proceso donde primero se practicaron medidas cautelares, según fuere el caso; pero si alguno de ellos se tramita ante un juez de mayor jerarquía, éste será el competente. La antigüedad se determinará por la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, del mandamiento ejecutivo, o de la práctica de las medidas cautelares. (...) Quien decrete la acumulación aprehenderá el conocimiento de los procesos reunidos”*²

Revisado el Sistema de Gestión Judicial se observa que el auto admisorio del proceso radicado bajo el número 05001 23 31 000 2012 00700 00 Magistrada Ponente doctora Liliana Patricia Navarro Giraldo fue notificado el 29 de noviembre de 2012 y el proceso radicado bajo el número 050001 23 33 000 2013 00493 00 fue notificado el 10 de mayo de 2013 por lo que el primero se considera el más antiguo.

En consecuencia considera el Despacho que la solicitud de acumulación de procesos deberá ser presentada ante el Magistrado que tramita el proceso más antiguo.

² Artículo 158 C.P.C.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPUESTOS
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	DIAN
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00493 00

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA SEGUNDA DE ORALIDAD,**

RESUELVE

PRIMERO-. NO SE REPONE el auto proferido el 18 de julio de 2013 que designó curador ad litem.

SEGUNDO-. Se insta a la parte demandante para que presente la solicitud de acumulación de procesos ante el Magistrado que tramita el proceso más antiguo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE

**JOSÉ IGNACIO MADRIGAL ALZATE
MAGISTRADO**