

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL

Magistrada: Dra. ANA LUZ ESCOBAR LOZANO

Santiago de Cali, diciembre tres (3) de dos mil veintiuno (2021)

Se procede a resolver el recurso de apelación que presenta el apoderado judicial de la demandada **Fabilu S.A.S.** antes **Ltda.**, contra el auto de marzo 1º de 2021, por medio del cual, el Juez Tercero Civil del Circuito de Cali, le niega una declaratoria de nulidad, en el proceso Declarativo de Responsabilidad Médica, adelantado por **Leydi Tatiana Suarez Llanos**, quien obra en su nombre y en representación de su hijo menor de edad **Juan Diego Viveros Suarez, María Francia Cardona Arenas, Ricardo Cardona, Francisco Arturo, Luis Alejandro, Yamir y Liliana Zuluaga Cardona**, contra **Salud Total EPS S.A., Sociedad N.S.D.R. S.A.S., y Fabilu S.A.S.**, como propietaria de la **IPS Clínica Colombia S.A.**

I.- FUNDAMENTOS Y TRAMITE DE LA SOLICITUD.

1.- El apoderado de la sociedad Fabilu S.A.S., pide que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir del auto notificado por estado el 18 de octubre de 2019 que dispuso: *“Tener a la sociedad FABILU LTDA, como parte demandada en este proceso”*.

Argumenta que los demandantes enfilaron su acción contra. Salud Total EPS, N.S.D.R. S.A.S. y el establecimiento de comercio *“Clínica Colombia ES”* según los poderes y la demanda; y que el juzgado profirió el auto admisorio en ese sentido.

Que *“el apoderado de Clínica Colombia ES, como establecimiento de comercio”* se notificó de la demanda y el juzgado *“de manera OFICIOSA”* tuvo a Fabilu Ltda., como demandada pero no ordenó su notificación personal, vulnerando el debido proceso.

2.- De la solicitud de nulidad se corrió traslado a la parte demandante, quien se opone a su prosperidad, alegando que Fabilu Ltda., es propietaria de la IPS Clínica Colombia ES, como se prueba con el certificado de Cámara de Comercio anexo a la demanda y con el poder otorgado por la señora Luisa Fernanda Córdón Torres, quien se anuncia como representante legal de Fabilu Ltda., *“propietaria de la Clínica Colombia ES”*.

Que así mismo, las notificaciones fueron remitidas a nombre de dicha representante legal y en esa condición contestó la demanda.

3.- El *a quo* negó la declaratoria de nulidad por medio del auto atacado, de marzo 1 de 2021, argumentando que no obstante en el auto publicado en estado el 18 de octubre de 2019 se dijo tener a Fabilu Ltda., como demandada, “*ello no obedeció a la prosperidad de la excepción previa de inexistencia del demandado, sino para que no existiera duda de que la demanda se dirigió contra ella*” como se colige de la motivación de esa providencia.

Que de no haberse dirigido la demanda contra Fabilu Ltda., como propietaria de la Clínica Colombia, ese despacho la hubiera inadmitido, pero era claro que la intención del demandante era llamar a la sociedad responsable de las actividades desarrolladas a través de su establecimiento de comercio, como lo indica en el acápite de “*legitimación de las partes*” donde menciona a “*CLINICA COLOMBIA E.S., de la cual es propietaria FABILU LTDA*”; además, Fabilu compareció a la conciliación extrajudicial en representación de esa IPS y no alegó nada sobre el particular en ese momento y después de notificada contestó la demanda y formuló excepciones, por lo que esta sociedad no puede alegar que no ha sido llamada a ejercer su derecho de defensa.

4.- El apoderado de Fabilu S.A.S., presenta recurso de reposición y en subsidio apelación contra esa providencia, insistiendo en que el juzgado vinculó “*oficiosamente*” como demandada a esa sociedad y con ello le vulneró el derecho a la defensa y el debido proceso porque no fue debidamente notificada en razón a que:

- a.- No dispuso la notificación personal, ni se le notificó en esa forma.
- b.- No le concedió el termino de traslado de 20 días de que trata el art. 369 del CGP, porque la demanda fue admitida contra Clínica Colombia y a ese ente se le corrió traslado.
- c.- Fabilu S.A.S perdió la oportunidad de contestar la demanda, aportar y solicitar pruebas, de llamar en garantía a médicos y aseguradora y de proponer excepciones previas, actuaciones que no ha podido realizar porque no existe auto admisorio en su contra.

Que contrario al parecer del *a-quo*, los demandantes no pretenden demandar a Fabilu, porque la demanda, los anexos y su conducta procesal, están encaminadas a demandar a Clínica Colombia, tanto así que con el libelo no se aporta certificado de existencia y representación legal de la sociedad, no formularon recurso contra el auto admisorio en contra de Clínica Colombia, esa providencia fue notificada al Dr. Campo Elías Serrano Guarín, apoderado de esa IPS, no reformaron la demanda y la para la conciliación extrajudicial, convocaron a la Clínica, no a la sociedad Fabilu, todo lo cual significaría que a esta sociedad se le ha vulnerado su derecho de defensa y debido proceso.

5.- Previo traslado de ese recurso a la parte actora quien se opone a la revocatoria de la providencia, el juez decide mantener incólume su decisión iterando que “...la mención del establecimiento de comercio no puede llamar a equívocos en cuanto al extremo pasivo contra quien se dirige la acción, recayendo tal condición en la sociedad Fabilu Ltda.” y concede la apelación.

II.- CONSIDERACIONES.

La causal de nulidad alegada es la del numeral 8 del artículo 133 del CGP, que consiste en lo siguiente: “...Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.”.

La consagración de esta causal de nulidad adjetiva atiende a la protección del derecho de defensa y al debido proceso (Art. 29 C.N.) buscando el cumplimiento de los requisitos formales contemplados en la ley para que la parte interesada sea vinculada de forma eficaz al proceso y se le garantice el uso de los mecanismos jurídicos de oposición a las pretensiones.

Sobre el punto ha expresado la Corte Suprema de Justicia: “La declaración de nulidad es un remedio imprescindible porque responde al principio constitucional del debido proceso, incluyéndose en este la efectiva oportunidad del derecho de defensa: pero su carácter drástico exige que se recurra a él solo en casos extremos en que la gravedad del vicio procesal justifique la invalidación de lo actuado y por consiguiente la pérdida del tiempo, el trabajo y el dinero invertidos por el Estado y por las partes(..) generalizar el concepto de nulidad atenta contra la economía del proceso y lo mismo sucede si no se establecen límites para la oportunidad de reclamarlas”.

“Salta a la vista, pues, que la misión reservada por el ordenamiento positivo a las nulidades adjetivas no es el aseguramiento porque sí de la observancia a ultranza de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines de estas últimas atribuidas por la ley, de tal suerte que en verdad exista una irregularidad grave, así caracterizada específicamente por un precepto explicito, que además redunde en desmedro y agravio manifiesto de las garantías que en todo proceso las partes tienen derecho a invocar; si la desviación no tiene esa trascendencia, el pronunciamiento de la nulidad es preciso evitarlo, pues, se repite, el propósito que ha de guiarlas siempre no es de destruir sin necesidad ninguna de hacerlo, dándosele así cabida y practica aplicación a los postulados de “protección” y de recuperación de los actos en apariencia nulos “mediante los cuales, al decir de Carnelutti (Sistema TI, páq. 327), “se trata

de encontrar un indicio razonable que permita entresacar de entre ellos los que, no obstante el defecto del que adolece, sean idóneos para alcanzar la finalidad que les es propia ...¹

El apoderado de Fabilu S.A.S, hace consistir la nulidad, en que la demanda no está dirigida contra esa sociedad, sino contra el establecimiento de comercio Clínica Colombia, que su vinculación como demandado la hizo oficiosamente el funcionario y que no ha sido notificada. -

El examen a la foliatura indica que desde la conciliación extrajudicial en derecho ante el consultorio jurídico de la Universidad Santiago de Cali el 22 de enero de 2019² convocada por los demandantes, si bien se alude a la Clínica Colombia, quien asiste a atender ese llamado prejudicial es el abogado Campo Elías Serrano Guarín, “como apoderado de la señora LUISA FERNANDA CORDON TORRES, representante legal de FABILU LTDA, CLINICA COLOMBIA”, según reposa en el acta.

En la demanda, desde la primera página, en el acápite de “**LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES**”³ el apoderado de los demandantes señala como demandada a “la Clínica Colombia E.S. de la cual es propietario FABILU LTDA.”

Aunque la demanda se admitió contra la Clínica sin referirse a la sociedad propietaria de la misma, las comunicaciones tendientes a la notificación se dirigieron a la señora “**LUISA FERNANDA CORDÓN TORRES - REP. LEGAL O QUIEN HAGA SUS VECES**”⁴, esto es, a la persona jurídica que tiene tal representación y para la persona natural, que es la probada representante legal de FABILU S.A.S., según el certificado de existencia y representación legal de esa sociedad, y quien ya había otorgado poder para atender la conciliación prejudicial, que vuelve a constituir al mismo apoderado Dr. Campo Elías Serrano Guarín, para que conteste la demanda. En ese poder se anuncia como “**representante legal de la sociedad FABILU LTDA... propietaria de CLINICA COLOMBIA E.S.**” y expresa concretamente que confiere ese poder para que el mencionado abogado “**me represente dentro del proceso de la referencia**”⁵.

Por consiguiente, el señor abogado Serrano Guarín, contestó la demanda en nombre de la representante legal de FABILU Ltda., como indica el poder con que actuó; y no lo hace en nombre del establecimiento “Clínica Colombia E.S.” por la misma razón jurídica que expresa el nuevo apoderado de Fabilu, porque la Clínica Colombia no es una persona jurídica sino un bien mercantil -art. 515 del C de Co.- y así como no tiene *capacidad para ser parte*, tampoco la tiene para conferir poder, porque, no siendo persona jurídica, carece de representante legal; significa

¹ Cas Civ. Sentencia de marzo 11 de 1993. EXP. 3400 MP. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss (Gaceta Judicial No. - 2461, Primer Semestre de 1.993, págs., 147, 148).

² Expediente digital. 01 cuaderno 1-1 fl. 320

³ Expediente digital. 01 cuaderno 1-1 fl. 327

⁴ Expediente digital. 01 cuaderno 1-1 fl. 366 – 367.

⁵ Expediente digital. 01 cuaderno 1-1 fl. 375.

en estrictez legal, que quien compareció al proceso e incluso a la conciliación prejudicial, no es ni podía ser esa IPS como establecimiento de comercio, sino la representante legal de la sociedad propietaria, Fabilu Ltda., hoy S.A.S.

La Superintendencia de Sociedades ilustra un poco más estas razones jurídicas, indicando que **“La noción del representante legal remite en primer lugar al concepto de persona jurídica que el artículo 633 del Código Civil define como “una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” y éste a su vez al contrato de sociedad, previsto en el artículo 98 del Código de Comercio, según el cual la sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.**

Atendiendo entonces que **la representación legal tiene su razón de ser y su fuente en el sistema legal de la personalidad jurídica**, la legislación mercantil la contempla como mecanismo de proyección de la capacidad de la sociedad, según las reglas generales previstas en los artículos 110, numerales 6 y 12; 196 y 198 del código citado; y las particulares consagradas para cada uno de los diferentes tipos societarios, (...).

En resumen, como lo ha expresado la Entidad de tiempo atrás, **el representante legal es la persona que de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias pertinentes ejerce la representación inherente a las personas jurídicas societarias**, que por disposición expresa de claras reglas de derecho imponen su existencia como órgano de gestión, lo cual entre otras implica que sea fundamental, inseparable, indelegable y de la esencia misma de la persona jurídica”.

(...)

“Ubicado en el Libro Tercero del Código de Comercio, que trata de los BIENES MERCANTILES, el artículo 515 ídem, define el establecimiento de comercio como “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”. De la definición transcrita, se infiere sin lugar a dudas que el establecimiento de comercio **es considerado en el derecho colombiano como un bien, luego mal puede ser sujeto de derechos y obligaciones, como quiera que no es una persona jurídica.**

La legislación reconoce en la persona del empresario, el sujeto jurídico que en desarrollo de la empresa tiene la titularidad de los componentes, como del establecimiento y, queda vinculado por las obligaciones que surgen de aquella”⁶. (subraya fuera de texto).

Significa puntualmente, que en este proceso no ha actuado el establecimiento Clínica Colombia, sino su propietaria la sociedad Falibu Ltda a través de la representante legal, todo por la potísima razón de que aquella carece de personería jurídica y no es sujeto de derechos y obligaciones.

⁶ Concepto 220-009892 de marzo 16 de 2004.

En ese sentido, vemos que como vocero jurídico de la sociedad propietaria de la Clínica Colombia E.S. el Dr. Serrano Guarín, fue notificado, se le concedió el término legal de traslado para ejercer el derecho de defensa de la sociedad Fabilu, en ese interregno formuló la excepción previa de inexistencia del demandado, contestó la demanda⁷, formuló excepciones, pidió y aportó pruebas; y nada le impedía hacer los llamamientos en garantía que estuviera en condición legal y contractual de hacer y que echa de menos el recurrente.

Por todo lo expuesto, inane resulta la discusión planteada por el recurrente respecto a que la sociedad no fue la demandada sino el establecimiento de comercio porque ello sería desconocer su calidad de propietaria frente a éste, como igual, a nada conduce alegar que no fue notificada porque la prueba demuestra lo contrario y que tuvo oportunidad de ejercer su defensa. Y en cuanto al auto notificado por estado el 18 de octubre de 2019 donde el juez resuelve: *“Tener a la sociedad FABILU LTDA, como parte demandada en este proceso”*, no es nada distinto a la confirmación de su calidad de parte en el proceso como propietario del establecimiento de comercio a cuyo nombre actúa, cuando ya compareció al proceso y usó todas las garantías legales para ejercer adecuadamente, como lo hizo, su derecho de defensa, de modo que tal afirmación, ni la hizo parte oficiosamente como lo entiende, ni es fuente de la nulidad que pretende se declare.-

Conclusión, la causal de nulidad alegada no se encuentra configurada pues la sociedad Falibu Ltda hoy SAS, propietaria del establecimiento de comercio Clínica Colombia ES, fue debidamente notificada, ejerció su derecho de defensa y está a derecho en el proceso. -

En consecuencia, se,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de marzo 1º de 2021, por medio del cual, el Juez Tercero Civil del Circuito de Cali, niega la declaratoria de nulidad formulada por la demandada **Fabilu S.A.S.**, como propietaria de la IPS **Clínica Colombia ES**

NOTIFIQUESE,


ANA LUZ ESCOBAR LOZANO
Magistrada

Rad.76001-31- 03-003-2019-00105-01 (21-124)