El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

Providencia : Auto – 2ª instancia – 27 de febrero de 2017

Proceso : Ordinario – Confirma decisión que declaró no probada la excepción previa de falta de jurisdicción

 Demandante : María Nohelia Ocampo de Santa

Demandado (s) : EPS Coomeva Medicina Prepagada y otros

Procedencia : Juzgado 3º Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2013-00231-02

Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

 Temas : **RESPONSABILIDAD MÉDICA / EXCEPCIÓN PREVIA – FALTA DE JURISDICCIÓN.** “De entrada advierte la sala que la apelación presentada por la parte demandada está destinada al fracaso, puesto que el agotamiento de la conciliación, como requisito de procedibilidad para promover un proceso judicial, no incide en la determinación del ramo de la administración de justicia que debe conocer del asunto, ni tampoco altera los factores determinantes de la competencia de un Juez Civil del Circuito local. Se desechan los argumentos del recurrente porque en nada desmerecen de la *“jurisdicción”* (Entiéndase competencia) que tiene el Juzgado de origen para conocer de la demanda; la ausencia del requisito de procedibilidad de la conciliación únicamente repercute en su admisibilidad, y nunca en la competencia del juez, que en este tipo de asuntos (Responsabilidad médica), está definida por los Artículos 20-1º y 25 del CGP, regentes (01-10-2012) (Artículo 627, CGP) para la época de su promoción (22-07-2013). (…) Conforme a lo expuesto, es innecesario adentrarse en el análisis de los reparos que el recurrente hace al acta de *“no conciliación”* (Con fundamento en la incongruencia existente entre las pretensiones allí esgrimidas con las que fueron realmente objeto de la demanda), pues se itera, carecen de incidencia en la configuración de la competencia.”.

Pereira, R., veintisiete (27) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso ordinario interpuesto, en el proceso de la referencia, por el apoderado judicial de la parte demandada, contra el auto del 25-08-2016, al tenor de las consideraciones jurídicas, que siguen.

1. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Declaró no probadas las excepciones previas presentadas y condenó en costas al recurrente porque consideró agotado el requisito de procedibilidad, con la constancia de *“no conciliación”* expedida por la Fundación Universitaria del Área Andina, advirtió inexistente la incongruencia de las pretensiones de la demanda con las de la conciliación; también expuso que sí existe solicitud encaminada a que se declare la responsabilidad de los demandados y que en el plenario obra el memorial poder debidamente conferido por el señor Hugo Fernando Santa Ocampo (Folios 13 a 16, cuaderno No.3, copias).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Se pide la revocatoria de decisión recurrida y en su lugar, se declare probada la excepción previa de falta de jurisdicción. Para el efecto, aduce que la decisión de la *a quo* se cimentó en un criterio auxiliar del CE, inaplicable en este asunto, además, la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa esta reglada por una normativa diferente.

Refiere que la falta de congruencia e identidad entre las pretensiones de la demandada y las que fueron objeto de conciliación, específicamente, las relacionadas con la pérdida de la capacidad funcional en un 30,30% y la indemnización por daño fisiológico y a la vida de relación, dan lugar a que se considere incumplido el requisito de procedibilidad, de que trata la Ley 640, y que es presupuesto para que el juez adquiera jurisdicción. Adicionalmente se queja del monto de las agencias en derecho tasadas en contra de su representada (Folios 20 a 23, cuaderno No.3, copias)

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR
	1. La competencia funcional. La facultad jurídica para resolver esta controversia radica en esta Colegiatura por el factor funcional (Artículo 26-1, CPC), dada su condición de superiora jerárquica del Juzgado donde cursa el proceso.
	2. El problema jurídico para resolver. ¿Debe modificarse, confirmarse o revocarse el auto del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, con el que se abstuvo de declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción, conforme a lo argüido por la parte demandada en su recurso de alzada?
2. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO
	1. La falta de jurisdicción por ausencia del requisito de procedibilidad

La jurisdicción es la función pública de administrar justicia, emana de la soberanía del Estado y, generalmente, es ejercida en todo el territorio nacional por uno de sus órganos (Rama judicial), salvo ciertas excepciones; dicho término se ha empleado de manera anti-técnica en la CP para dividir la función jurisdiccional en ramos (Constitucional, Ordinaria, etc), cuando realmente se refiere a la competencia, que es cosa diferente, pues todos los funcionarios tienen jurisdicción, no así competencia.

Dice el doctor López Blanco[[1]](#footnote-1): *“(…) siempre que el código mencione la falta de jurisdicción se está refiriendo a la falta de competencia por ramas, por ello indica que el proceso no corresponde a la rama civil sino a una diversa (…)”.*

Así, cuando se alegue la falta de jurisdicción, se hace es alusión al ramo en el que se debe tramitar el asunto y/o a la efectiva posesión en el cargo del funcionario que lo conoce. No obstante, también es común que se confunda con la competencia, y en consecuencia, se alegue una falta de jurisdicción con base en argumentos estrictamente relacionados con aquella (Además de la competencia por ramos).

La competencia es la facultad de ejercer la jurisdicción en determinado asunto y se distribuye conforme a los factores dispuestos por el legislador (Subjetivo, objetivo, territorial, funcional y de conexión), los más predominantes y que tiene prelación son la calidad de partes, la materia y la cuantía. Una vez se adviertan cumplidos dichos requisitos y se admita la demanda, se adquiere la competencia por el juez.

Ahora, conforme el artículo 64 de la Ley 446 la conciliación *“(…) es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador (…)”*; ha sido definido como uno de los sistemas de autocomposición en el que las partes pueden abordar la solución de un conflicto con la intervención de un tercero neutral que promueve el diálogo y la negociación, inclusive, propone fórmulas de arreglo que las partes pueden o no aceptar.

Dicha herramienta de solución de conflictos, antaño opcional, hoy día se presenta como requisito indispensable para poder acudir ante la jurisdicción ordinaria a efectos de que zanje un litigio (Artículo 35, Ley 640, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395) y su incumplimiento conlleva el rechazo de plano de la demanda (Artículo 36, Ley 640). No obstante, existen excepciones tales como el desconocimiento del domicilio del demandado (Entre otros) o la promoción de medidas cautelares en la demanda (Artículo 35, ibídem), que permiten su promoción sin agotarla.

Ahora, la doctrina mayoritaria nacional[[2]](#footnote-2), en torno a la falta de jurisdicción y competencia por el incumplimiento de aquel requisito, ha expuesto que debe considerarse solo como una irregularidad susceptible de ser subsanada, y no como presupuesto procesal indispensable para la formación y desarrollo normal del proceso, de manera que no puede ser invocada como excepción previa o causal de nulidad.

Por su parte el doctor López Blanco[[3]](#footnote-3), refiere que como el rechazo de plano de la demanda (Artículo 36, ibídem), se adhiere a las causales previstas en el artículo 85, CPC, es claro que en el evento de que un juez pase inadvertido su incumplimiento y la admita, el interesado (demandado) deberá ponerla de presente como recurso de reposición y apelación, so pena de quedar subsanada (Artículo 140, CPC).

También la CSJ en la especialidad constitucional, jurisprudencia que es criterio auxiliar por no tratarse del órgano de cierre en lo civil, comparte la misma tesis: *“(…) Por ende, si la falta del requisito de procedibilidad no constituye causal de nulidad, porque no aparece en las precisas hipótesis del artículo 140 del C. de P. C., tampoco podría ser considerada como una irregularidad susceptible de alegarse por vía de excepciones previas, pues estas últimas también son taxativas y su único fin es remediar los posibles vicios que impedirían que el proceso pueda ser decidido de fondo (…)”[[4]](#footnote-4).*

De otro lado el tratadista Bejarano Guzmán[[5]](#footnote-5), disiente de la teoría aludida y expone que: *“(…) Si el juez, por olvido o por causa similar, admite la demanda, (…) el demandado bien puede interponer recurso de reposición contra el auto admisorio (…), o proponer la causal quinta del artículo 100 [CGP] (…), o por la del numeral 1 (falta de jurisdicción) (…), también procede promover (…), una petición de nulidad por falta de jurisdicción, en cualquier momento del proceso, porque este vicio tiene connotación de ser insaneable (…)”.*

* 1. La condena en costas

Las costas están conformadas tanto por las expensas como por las agencias en derecho. Su imposición es de tipo objetivo[[6]](#footnote-6), esto es, se imponen a la parte que resulte vencida, y siempre que se den los supuestos fácticos prescritos por una norma, dice su tenor literal:“*(…) Además en los casos especiales previstos en este código. (…)”*; por este motivo, es un tema excluido de la congruencia del fallo[[7]](#footnote-7)-[[8]](#footnote-8).

En general, hay condena cuando se pierde el proceso, se resuelve en forma adversa el recurso de apelación, entre otros, o, cuando se resuelva en forma desfavorable un incidente, las excepciones previas, etc. (Artículo 392, CPC). Es inane, para el juez, examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido.

Así las cosas, la causación se funda en la necesaria compensación para el contendiente vencedor, habida cuenta de la expectativa generada por la presentación de la demanda, del recurso, de las excepciones, entre otros, y, del tiempo que necesariamente tenga que estar pendiente de las resultas del asunto, según razona la CSJ[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10). Lo que se traduce en que no es indispensable que haya presentado alegaciones o gestionado algún trámite.

En ese orden de ideas, son una carga económica que debe soportar la parte que obtuvo una decisión desfavorable, sin que sea del caso analizar las circunstancias por las cuales resultó vencida.

1. EL CASO CONCRETO

De entrada advierte la sala que la apelación presentada por la parte demandada está destinada al fracaso, puesto que el agotamiento de la conciliación, como requisito de procedibilidad para promover un proceso judicial, no incide en la determinación del ramo de la administración de justicia que debe conocer del asunto, ni tampoco altera los factores determinantes de la competencia de un Juez Civil del Circuito local.

Se desechan los argumentos del recurrente porque en nada desmerecen de la *“jurisdicción”* (Entiéndase competencia) que tiene el Juzgado de origen para conocer de la demanda; la ausencia del requisito de procedibilidad de la conciliación únicamente repercute en su admisibilidad, y nunca en la competencia del juez, que en este tipo de asuntos (Responsabilidad médica), está definida por los Artículos 20-1º y 25 del CGP, regentes (01-10-2012) (Artículo 627, CGP) para la época de su promoción (22-07-2013).

Dice la doctrina nacional[[11]](#footnote-11): *“(…) El hecho de que una actuación sea considerada por la ley como “requisito de procesibilidad”, no significa que éste se constituya en un paso necesario para que el juez adquiera competencia (…) Si el agotamiento de la audiencia de conciliación previa no determina la competencia del juez, mal puede hablarse de que su omisión genere falta de jurisdicción (…)”.*

Para la Sala es claramente una simple anomalía que puede ser advertida por el juez al realizar el examen formal previo a la admisión, y en caso de que la pase por alto, nunca implicará su incompetencia (Menos falta de jurisdicción), pues la asumió desde el momento en que halló cumplidos los factores legales para ello; ahora, al ser una irregularidad que no se encuentra taxativamente dispuesta como causal de excepción previa o de nulidad, es subsanable, siempre y cuando el demandado no se la ponga de presente al juez mediante reposición frente al auto admisorio y este así lo estime (Parágrafo, Artículo 140, CPC).

Además, teniendo en cuenta su finalidad, que es lograr una solución conciliada y rápida, no se advierte la incompatibilidad con el trámite de un asunto que tiene dentro de su procedimiento la posibilidad de que las partes concilien el litigio, por ende, si la queja es porque faltó intentarla, cuando así lo quería el demandado, puede entonces pedir que se agote durante su trámite, o de común acuerdo con el demandante, y así solucionar el litigio.

Conforme a lo expuesto, es innecesario adentrarse en el análisis de los reparos que el recurrente hace al acta de *“no conciliación”* (Con fundamento en la incongruencia existente entre las pretensiones allí esgrimidas con las que fueron realmente objeto de la demanda), pues se itera, carecen de incidencia en la configuración de la competencia.

De otro lado, halla esta Sala que le asiste razón al recurrente cuando alega que ni la decisión del CE, ni el Decreto 1716 de 2009, debieron ser tenidas en la cuenta por la *a quo* para resolver la *“excepción”*; en efecto, se trata de una providencia dictada por una autoridad distinta a nuestro órgano de cierre (CSJ), por ende, es un criterio auxiliar sin fuerza vinculante, no es precedente, ni doctrina probable (Tres decisiones uniformes de la misma Corporación), además, se fundamenta en normativa estrictamente aplicable en materia administrativa (Decreto 1716 de 2009), y nunca en la Ley 640.

Ilustra la CSJ[[12]](#footnote-12), la noción de precedente, así: *“(…) es la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía (precedente vertical), o del propio juez (precedente horizontal o autoprecedente), que es acogida en casos ulteriores, sucesivos o posteriores en forma persuasiva o vinculante por el propio juez o por los jueces de menor jerarquía, adquiriendo efectos normativos para casos posteriores (…)”*.

En cuanto a la queja frente al monto de las agencias en derecho, este no es el momento procesal para discutirlo, debe objetarse la liquidación de costas de la Secretaría del Juzgado, así los prescribe el artículo 393, CPC. Sin embargo, se acota que el acuerdo No.PSAA16-10554 del CSJ establece que las agencias en derecho en asuntos declarativos de primera instancia y de mayor cuantía podrán tasarse entre el 3% y el 7,5% de lo pedido, que la cuantía de la demanda es de $374.106.175 y que se impuso la suma de $1.378.000, es decir, aproximadamente el 0,37%; evidentemente, por debajo del límite inicial.

Así las cosas, y como quiera que no prosperará la apelación presentada, se condenará en costas a cargo del recurrente y a favor de la parte demandante, en la suma de un (1) SMMLV (Acuerdo No.PSAA16-10554), tal como lo estatuye el artículo 392, CPC. La condena se funda en la necesaria compensación para el contendiente vencedor, habida cuenta de la expectativa generada por la presentación de la demanda y del tiempo que tuvo que estar pendiente de las resultas de este recurso, según razona la CSJ[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14). Lo que se traduce en que no es indispensable que haya presentado alegaciones o gestionado algún trámite en esta instancia.

1. LAS DECISIONES FINALES

En atención a lo explicado antes: (i) Se confirmará la decisión apelada; (ii) Se condenará en costas, en esta instancia, al recurrente.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria de Decisión,

R E S U E L V E,

1. CONFIRMAR el auto apelado, por lo razonado en la parte motiva de esta providencia.
2. CONDENAR en costas a la parte opositora, que fracasó en la alzada, y en favor de la parte demandante. Se liquidarán por la Secretaría de este Tribunal.
3. FIJAR como agencias en derecho la suma de UN (1) SMMLV.
4. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
5. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

*S E C R E T A R I O*

1. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 11ª edición, Dupré Editores, p. 143. [↑](#footnote-ref-1)
2. SANABRIA S., Henry. Nulidades en el proceso civil, Universidad Externado de Colombia, 2011, Bogotá DC, p.226; LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 11ª edición, Dupré Editores, p. 609; y, la CSJ, Sala Civil. Sentencia del 16-09-2010, MP: Edgardo Villamil P., No.11001-02-03-000-2010-01511-00. [↑](#footnote-ref-2)
3. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. Cit., p. 609. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Sala Civil. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-4)
5. BEJARANO G., Ramiro. Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos, 6ª edición, Temis SA, Bogotá, 2016, p.10. [↑](#footnote-ref-5)
6. DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, 7ª edición, Bogotá, editorial Diké, 1990, p.468. [↑](#footnote-ref-6)
7. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. Cit., p.1069. [↑](#footnote-ref-7)
8. AZULA C., Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo II, cuarta edición, editorial Temis, Bogotá DC, 1994, p.475. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, Sala Civil. Sentencia del 06-03-2013; MP: Fernando Giraldo G., radicado No.2008-00628-01. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ, Sala Civil. Sentencia del 02-05-2013; MP: Ariel Salazar R., radicado No.2013-00905-00. [↑](#footnote-ref-10)
11. SANABRIA S., Henry. Ob. Cit., p.227. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Sala Civil. SC10304-2014. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Sala Civil. Providencia del 06-03-2013; MP: Fernando Giraldo G., No.2008-00628-01. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Sala Civil. Sentencia del 02-05-2013; MP: Ariel Salazar R., No.2013-00905-00. [↑](#footnote-ref-14)