



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Oralidad

Sincelejo Sucre, dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACION: 70-001-33-33-006-2012-00118-01
DEMANDANTE: NANCY ESTHER CHAMORRO MONTES Y OTROS
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE SUCRE – NUEVA E. P. S. Y OTRO
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Entra el Despacho, a decidir el recurso de apelación interpuesto por **NUEVA E.P.S.** y por la **I.P.S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI**, contra la decisión adoptada por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, en audiencia inicial de fecha 4 de septiembre de 2013, en donde, se declaró no probadas las excepciones de “*falta de integración de litis consorcio*”, respecto de la primera apelante e “*inexistencia de la demandada*”, en relación a la segunda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones.

Los (as) señores (as) **NANCY ESTHER CHAMORRO MONTES, GUSTAVO RODRIGO DAVID LEÓN, ANA VERONICA MONTAÑO CHAMORRO y JUAN DAVID DÍAZ CHAMORRO**, por intermedio de apoderado judicial, formularon demanda, en ejercicio del medio de control subjetivo de Reparación Directa, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - DEPARTAMENTO DE SUCRE – NUEVA E. P. S. e I. P. S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI**, con el objeto que se declaren responsables administrativa y patrimonialmente, por todos los

daños y perjuicios, tanto materiales como extrapatrimoniales, causados como consecuencia de la muerte de su hija y hermana, respectivamente, señora **KERIN DAVID CHAMORRO**, al no prestar las demandadas, el servicio médico de salud de manera idónea.

Como consecuencia de la declaratoria, solicitaron se condene a las entidades demandadas, a pagar a cada uno de los actores, los perjuicios materiales y morales, señalando que la misma sea actualizada y reconocida, de conformidad con las normas contenciosas administrativas.

1.2.- Actuaciones en primera instancia.

La demanda fue presentada en la Oficina Judicial de Sincelejo, el 22 de noviembre de 2012¹, la cual fue objeto de reparto, correspondiéndole al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de esta ciudad, el conocimiento del presente asunto en primera instancia², siendo admitida el 26 de febrero de 2013³.

La Nación – Ministerio de Salud y de Protección Social, contestó la demanda en tiempo, en la cual propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva⁴. De igual manera, la Superintendencia de Salud, contestó el libelo demandatorio, de manera oportuna, en la cual, también propuso la excepción referida a la falta de legitimación en la causa por pasiva⁵.

La entidad NUEVA E. P. S., al igual que las enunciadas demandadas, presentó contestación de la demanda dentro del término legal⁶, proponiendo excepciones previas y de mérito, las cuales, se refieren las primeras a, caducidad del medio de control, no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio

¹ Ver folio 117, cuaderno de primera instancia.

² Ver folio 118, cuaderno de primera instancia.

³ Ver folio 150, cuaderno de primera instancia.

⁴ Ver folios 181-195, cuaderno de primera instancia.

⁵ Ver folios 214-232, cuaderno de primera instancia.

⁶ Ver folios 258-295, cuaderno de primera instancia.

necesario y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte, el Departamento de Sucre, contestó en la oportunidad otorgada⁷, proponiendo excepciones, entre ellas, falta de legitimación en la causa por pasiva. En igual sentido, se pronunció la demandada I. P. S., SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI, al proponer la excepción denominada inexistencia de la demandada.

Así, como quiera que las entidades accionadas formularan varios medios exceptivos, el juez de primera instancia, procedió a dar traslado a la parte demandante, en el cual no hizo pronunciamiento alguno.

Surtido lo anterior, mediante auto de fecha 16 de julio de 2013⁸, se ordenó la celebración de audiencia inicial, de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011, que se realizó el 4 de septiembre de la misma anualidad⁹. En desarrollo de ésta y en la oportunidad para resolver excepciones, el *A quo*, declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva, en relación al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la SUPERINTENDENCIA DE SALUD.

Ahora bien, respecto a la NUEVA E. P. S., esa misma excepción fue negada, al igual que la denominada *“no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario”*. En igual sentido, sucedió con el medio exceptivo *“inexistencia de la demandada”*, propuesta por la I. P. S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI, el cual fue negado.

1.3.- Las providencias recurridas¹⁰:

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en auto proferido en la audiencia inicial celebrada el 4 de septiembre de 2013,

⁷ Ver folios 339-345, cuaderno de primera instancia.

⁸ Ver folio 432, cuaderno de primera instancia.

⁹ Ver folios 442-446, cuaderno de primera instancia.

¹⁰ Ver Video de desarrollo de audiencia inicial, minuto 25:50 y 28:45

determinó entre otros aspectos, declarar no probadas, las excepciones de “no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario”, presentada por NUEVA E. P. S. e “inexistencia de la demandada”, elevada por I. P. S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI.

En relación al primer medio exceptivo¹¹, trajo a colación el artículo 83 del C. de P. C., expresando, que la responsabilidad derivada de hechos dolosos o culposos, como sucede en el presente asunto, son de naturaleza solidaria, por mandato de la ley (artículo 2344 del C. C.), por lo que el acreedor de esa obligación solidaria, que en este caso serían los demandantes, cuenta con la facultad de demandar a todos los deudores solidarios, conjuntamente o cada uno de ellos de manera separada, esto en virtud del artículo 1571 del C. C. En tal sentido, la solidaridad por pasiva, no determina la integración de un litisconsorcio necesario, por tal motivo, el juez y la parte demandada, no están facultadas, para ordenar que se integren a las personas que la parte demandante, decidió dejar por fuera de la demanda.

Para apoyar y sustentar su postura, el juez de primera instancia, acogió como criterio auxiliar, los argumentos que expuso la Sección Tercera, del H. Consejo de Estado, el 19 de julio de 2010, con ponencia de la M. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, dentro del proceso radicado 66001-23-31-000-2009-00073-01.

De otra parte, adujo, que no se observó la existencia de una relación jurídica inescindible, entre la Policlínica La Medalla Milagrosa y el resto de los demandados, concretamente, con la Clínica Nissi, que requiera su participación en este proceso.

Por consiguiente, manifestó, que en el proceso se puede dictar sentencia con las personas legitimadas en la causa por pasiva, sin necesidad que se vincule a la Policlínica La Medalla Milagrosa, en

¹¹ Video 25:50.

razón a que la causa de la demanda, está dirigida a descubrir una falla del servicio, por omisión en las entidades, en que se afirmó que estaban legitimadas en la causa por pasiva, hasta ese momento.

Por su parte, respecto a la excepción de “inexistencia del demandado”¹², argumentó que la misma no se encuentra demostrada en el proceso, en razón a que no existe prueba, que acredite que la I. P. S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI, esté liquidada. Por el contrario, dice, se desprende del expediente, que aquella está disuelta y en proceso de liquidación, pues, así lo evidencia el certificado de representación legal, allegado con la contestación de la demanda (folios 358-363), y que para tal efecto, se nombró un agente liquidador.

De manera, que la finalización de la liquidación, es la que extingue totalmente a la persona jurídica, por lo que la excepción en comentario no está demostrada.

1.4.- El recurso.

La entidad NUEVA E. P. S., interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la determinación de negar la excepción de “no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario”, argumentando lo siguiente¹³:

Sostuvo, que la parte demandante en ninguna de sus apreciaciones, señaló, cual es la razón fáctica o de tipo legal, por la cual demanda a NUEVA E. P. S. Sumó a ello, que no ha tenido ninguno tipo de contrato con la I. P. S. NISSI, ni mucho menos de tipo asistencial, que hubiese obligado a brindarle atención médica, o mejor, autorización para atención médica a la difunta paciente, en ese orden de ideas, en el parecer de la apelante, se está confundiendo, los roles que cada

¹² Video minuto 28:45.

¹³ Video minuto 31:25

integrante del sistema general en seguridad social en salud tiene, esto es, las atribuciones propias, tanto de las E. P. S. e I. P. S., las cuales están consagradas en los artículos 177 y 185 de la Ley 100 de 1993.

Con base a las normas enunciadas, colige el recurrente, que como E. P. S., su función es la afiliación y la administración del registro de sus afiliados, mientras que las I. P. S., tienen como atribución, la prestación de los servicios médicos, luego entonces, en su parecer, no puede estar vinculada al presente asunto, pues, el debate se centra en la prestación del servicio de salud a la paciente fallecida, del cual se deriva presuntamente una falla en el servicio médico, por lo que mal se haría en no vincular a todas los que intervinieron en la prestación del servicio a la difunta.

En ese sentido, manifestó, que la Policlínica La Medalla Milagrosa, fue la que inició la asistencia médica a la paciente, de tal suerte, que a la E. P. S. no le consta, si el proceder de esa entidad estuvo o no adecuado al protocolo de atención, es decir, si la misma fue bien atendida o no. Por tal motivo, dice, que se aparta de la aplicación, en este caso, de la teoría de la responsabilidad solidaria, en el entendido, de que cualquier entidad debe responder, por el simple hecho de estar en un tema de prestación de servicio, en atención, a que no tuvo injerencia en la prestación de servicios médicos.

Concluyó, que de existir sentencia condenatoria, lo dejaría sin ninguna formula de repetir, por lo menos, dado que no tiene ninguna vínculo o relación contractual, tanto con la I. P. S. NISSI, como con la Policlínica La Medalla Milagrosa.

Por su parte, la I. P. S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI, sustentó su recurso de apelación, contra la determinación de negar la excepción de "*inexistencia de la demandada*"¹⁴, arguyendo que con la contestación de la demanda, se aportó copia auténtica del certificado

¹⁴ Ver minuto 46:33 del video de la audiencia.

de existencia y representación legal de esta empresa, el cual demuestra, que se encuentra en proceso de liquidación.

Indicó, que el proceso de liquidación de la sociedad, está regulado por el Código de Comercio, norma que dispone que todos los actos y actuaciones que se realicen en el curso del mencionado proceso, deben girar entorno a esa liquidación; para tal efecto, citó el artículo 222 ibídem, que estipula los efectos posteriores a la liquidación de la sociedad.

Por consiguiente, sostuvo, que la empresa, en su proceso de liquidación, no está llamada a realizar una actividad distinta a la relacionada con esa liquidación, por tanto, continuar con esta controversia judicial y en un eventual fallo desfavorable, podrían estar involucrados los socios y el representante legal, de tal suerte, que debe valorarse su comparecencia a este asunto, conforme a su situación jurídica actual.

1.5 Traslado del recurso.

1.5.1.- Traslado del recurso en relación a lo expuesto por NUEVA E. P. S.

- **Parte demandante.** No se manifestó en el término de traslado, pues, no asistió a la audiencia.
- **Departamento de Sucre¹⁵.** Coadyuvó los argumentos que expuso la apelante, bajo el entendido, de que se debe verificar con base en los hechos de la demanda, las causas que originaron el daño alegado, y si se puede endilgar o no el mismo a la Policlínica La Medalla Milagrosa.
- **I. P. S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI¹⁶.** No se pronunció al respecto.

1.5.2.- Traslado del recurso, en relación a lo expuesto por I. P. S. SERVICIOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS NISSI.

¹⁵ Ver minuto 45:39 del video de la audiencia.

¹⁶ Ver minuto 46:23 del video de la audiencia.

- **Parte demandante.** No se manifestó en el término de traslado, pues, no asistió a la audiencia.
- **NUEVA E. P. S¹⁷.** Indicó que no tenía nada que agregar.

II.-CONSIDERACIONES:

Competencia.

Según lo establecido por el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo es competente, para resolver el recurso de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, en este caso, recae en el que niega excepciones previas, dictado en la audiencia inicial, al tenor del inciso final del numeral 6 del artículo 180 de la ley 1437 de 2011.

Problema jurídico:

Vistas las posturas de los apelantes y los argumentos, esgrimidos por el *A quo* en la providencia objeto de recurso, de conformidad con el inciso 1º del artículo 357 del C. de P¹⁸., aplicado por remisión del artículo 306 del CPACA, los problemas jurídicos en esta instancia, se contraen en determinar, (i) ¿Existe congruencia entre los fundamentos que soportan la alzada, expuesto por la NUEVA E. P. S., frente al verdadero objeto de la excepción denominada “no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario”? De haber, congruencia ¿procede declarar probada la excepción formulada?; y (ii) ¿La llamada excepción de “inexistencia de la entidad demandada”, está llamada a prosperar?

¹⁷ Ver minuto 52:00 del video de la audiencia.

¹⁸ Preceptiva que al tenor reza: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (...)”

Para el efecto perseguido, el Despacho abordará los siguientes temas:
1) Objeto del recurso de apelación – principio de congruencia respecto de los hechos objeto de impugnación y la decisión recurrida;
2) reglamentación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinario del litisconsorcio necesario; 3) concepción legal y doctrinario de la excepción denominada inexistencia del demandado; y, 4) caso concreto.

1. Objeto del recurso de apelación – principio de congruencia respecto de los hechos objeto de impugnación y la decisión recurrida.

El recurso de apelación es el instrumento jurídico – procesal, en virtud del cual, se ejercita y materializa el derecho de impugnación, el cual recae sobre una determinada decisión judicial, siempre y cuando, haya sido expresamente determinado por el legislador, de ser susceptible de este medio impugnativo.

El propósito de este recurso apunta, a que un juez de superior jerarquía funcional revise, estudie y resuelva la decisión objeto de alzada, bajo los parámetros, lineamientos y argumentos que expone el recurrente, en lo que les es desfavorable a sus intereses. De esta premisa se extrae, que el Ad quem, ostenta una limitante al momento de decidir el recurso, referida a que no puede estudiar las partes de la providencia, que no fueron objeto de alzada, de conformidad con el artículo 357 del C. de P. C.

Es necesario resaltar, que la persona afectada con una determinación judicial, al efectuar el recurso de apelación, le asiste unos deberes, que se traducen, entre otros, en sustentar debida y congruentemente el recurso, en el sentido, de confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró, para adoptar su decisión, con sus propias consideraciones, esto en aras de ilustrar al juez de segunda instancia, el marco en el cual se desenvuelve y desarrolla su inconformidad, por lo que, *para el juez de segunda instancia, su marco fundamental de competencia lo constituyen las*

referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión, que se hubiere adoptado en primera instancia¹⁹.

Así pues, para el ejercicio referido a la debida y concreta confrontación, de los argumentos que tomó el A quo para proferir su decisión, el recurrente debe desarrollar, cierta congruencia, entre el objeto de la determinación judicial y los argumentos o fundamentos, que soportan la impugnación, pues, de no ser así, esto es, que exista disonancia entre la decisión apelada y los argumentos que la soportan, conlleva a que el Ad quem, desestime el recurso de apelación, por faltar al principio de congruencia, premisa que va atada a derechos como el debido proceso, defensa y contradicción.

El H. Consejo de Estado, ha conceptualizado el principio de congruencia, en los recursos de apelación, en los siguientes términos²⁰:

*“La congruencia externa de la sentencia, como lo señalan las diferentes providencias invocadas por la recurrente, **se refiere a la concordancia entre lo resuelto y los pedimentos de las partes**; este principio tiene su fundamento en el artículo 170 del C. C. A., modificado por el artículo 38 del decreto 2304 de 1989, según el cual la sentencia “...debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones”.*

En esa misma óptica, el Alto Tribunal Administrativo puntualizó²¹:

*“La jurisprudencia de esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha señalado que para que el juez de segunda instancia pueda ejercer la facultad jurisdiccional que la ley le ha conferido **se hace necesario confrontar el fallo impugnado con los fundamentos de la apelación***

¹⁹ Sentencia de 26 de mayo de 2010, radicación 25000-23-26-000-1995-01405-01(18950), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ Sentencia de 14 de marzo de 2000, radicación S-571, Actor Ecopetrol, Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora.

²¹ Sentencia del 23 de agosto de 2007, radicación 19001-23-31-000-2001-00255-01(1977-05), Sección Segunda, Subsección B. C. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

incoada en su contra. En el caso sub examine resulta imposible cotejar una sentencia frente a un recurso de apelación que no controvierte el fondo de la misma, lo cual impide desatar el recurso de alzada, es decir, que en el presente caso este resultó fallido”.

En ese orden de ideas, se vislumbra, que en el recurso de apelación contra decisión judicial – llámese auto o sentencia -, debe haber una efectiva coherencia o congruencia entre el objeto de la decisión de primera instancia y los argumentos que aduce el recurrente, para apelar, sumado a una concreta sustentación de la parte de la decisión, con la que muestra su inconformidad.

2. Reglamentación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinario del litisconsorcio necesario.

La figura jurídico procesal denominada litisconsorcio necesario, se encuentra consagrada y regulada en el artículo 51 del C. de P. C., disposición que aún se encuentra vigente, como quiera, que si bien la Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso, derogó el mencionado estatuto de procedimiento civil, ésta no ha entrado a regir en lo que respecta a la referida herramienta adjetiva, sino hasta el 1º de enero de 2014, en los términos del numeral 6º del artículo 627 de la nueva regulación procesal civil .

En ese sentido, el citado artículo 51 dispone:

“ARTÍCULO 51. LITISCONSORTES NECESARIOS. Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos”.

A su turno, el artículo 83 del C. de P. C., contempla la noción y naturaleza jurídica del litisconsorcio necesario, norma que se encuentra en igual condición de vigencia, del artículo citado en líneas atrás, el cual dispone:

“ARTÍCULO 83. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO: Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso”.
(Subrayas fuera de texto)

Del canon se desprende, que aquellos asuntos, que por mandato legal o por su misma naturaleza requieran la integración del litisconsorcio, no es posible dictar sentencia de fondo, sin la intervención obligatoria de las personas que participaron en el acto, es decir, necesariamente, debe integrarse por todos los que tienen interés directo en las resultas del proceso, esto es, que la demanda debe promoverse por todos o interponerse contra todos, a la falta de uno de éstos, no podría resolverse de mérito el litigio.

Si el asunto puesto a consideración del juez natural, se enmarca en el caso reseñado en el párrafo que antecede, y no se formuló o no se dirigió contra todos los que obligatoriamente deben comparecer, **el**

operador jurídico, ostenta la facultad para que de oficio o a petición de parte, en diferentes etapas procesales, de traslado a la o las personas que deben intervenir en el proceso, siempre que sea antes de dictar sentencia de primera instancia, de no hacerlo debe declararse la nulidad de una parte del proceso o a partir de la sentencia de primera instancia (numeral 9 artículo 140 *ibídem*), con el fin de lograr su vinculación y tengan la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses, dado que la sentencia los puede afectar.

Sin embargo, esta herramienta puede ser usada por el demandado como medio exceptivo, toda vez que la norma procesal civil, en su artículo 97 numeral 9º, enlista la excepción previa denominada “no comprender la demanda a todos los litisconsorte necesario”, que se propone bajo los supuestos de que la demanda no fue formulada por todas las personas que son sujetos de las relaciones o que intervinieron en el acto (activa), o porque no fue interpuesta contra estos mismos (pasiva).

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional, ha dicho que: *“Efectivamente, el ordenamiento procesal civil regula lo relacionado con la integración necesaria de la litis, antes de decidir, en aquellos casos en que la relación jurídica indica que en el asunto se ventilan intereses o derechos que correrán la misma suerte, cualquiera fuere la decisión”*²².

En esa misma dirección, el Alto Tribunal Constitucional sostuvo²³:

*“(...) el litis consorcio necesario se manifiesta cuando la relación de **derecho sustancial** sobre la cual ha de pronunciarse el juez está **integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos**, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible, respecto al conjunto de tales sujetos. En consecuencia, **un pronunciamiento del juez con alcance***

²² Sentencia T – 511 de 2006, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Auto 182 de 2009, M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sobre la totalidad de la relación no puede producirse con la intervención única de alguno o algunos de los unidos por aquella, sino, necesariamente, con la de todos y, sólo así, queda correcta e íntegramente constituida, desde el punto de vista subjetivo, la relación jurídico procesal, pudiendo el juez, en tal momento, hacer el pronunciamiento de fondo solicitado. (Negritas y subrayas fuera de texto) (...)"

Similar postura tiene el H. Consejo de Estado, en el cual se ha encargado de esbozar y desarrollar el litisconsorcio necesario, en el plano del contencioso administrativo, en los siguientes términos:

"(...) 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 todos²⁴ (...)"

De otro lado, la connotada doctrina jurídica colombiana, ha planteado y desarrollado la temática del litisconsorcio necesario, en el siguiente sentido:

"(...) Es decir, para saber si procede el litisconsorcio necesario es preciso atenderse no sólo a las normas procesales, donde expresamente le consagra, sino especialmente a las del derecho material, en las que se concreta la relación jurídica que se lleva a juicio y que imponen una decisión para todos los afectados por ella.

*(...) En estricto sentido todo litisconsorcio necesario **existe atendiendo la naturaleza del asunto, de la relación sustancial que impide un pronunciamiento de fondo sin la obligada comparecencia de un número plural de personas**, de ahí que la diferenciación que se realiza es tan solo porque en los casos en los cuales la ley es quien señala la obligada comparecencia de diversas personas como litisconsortes necesarios...²⁵"* (Negritas del Despacho)

²⁴ Sentencia del 23 de febrero de 2012, radicado 05001-23-26-000-1994-00558-01 (20810), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C. P. Dra. Ruth Stella Palacio Correa

²⁵ Libro Procedimiento Civil, Tomo I, autor: Dr. Hernán Fabio López Blanco, Novena edición, Dupré editores, paginas 306 y 307.

Así entonces, de lo reseñado se concluye, que el litisconsorcio necesario, es la **forma de integrar todo el contradictorio**, en aquellos casos que por **mandato de la ley o por la naturaleza de la controversia**, ameritan la comparecencia obligatoria y absoluta de todos, que por su injerencia en la producción del acto o en la relación jurídica sustancial, deben soportar las consecuencias de la sentencia, tanto es así, que si no comparecen todos – bien como demandante o demandado -, no es posible fallar de fondo.

Nótese la importancia de este fenómeno procesal en los litigios señalados, puesto que no es posible su solución de fondo, sin que en éste se integren la totalidad de los intervinientes, que tuvieron injerencia en la expedición de los actos o ser sujetos de una relación jurídica sustancial, de modo que, si se fallara con ausencia de uno de éstos, bien como activo o pasivo, se estaría eventualmente en causal de nulidad.

3. Concepción legal y doctrinario de la excepción denominada inexistencia del demandado – extinción de persona jurídica – sociedad comercial y empresas unipersonales.

El estatuto de procedimiento civil, contempla herramientas de defensa judicial para el demandado, entre ellas, las excepciones previas y de mérito. El legislador previó dentro de las previas, la denominada "*inexistencia del demandante o demandada*", como lo dispone el numeral 4º del artículo 97 de la mencionada preceptiva adjetiva.

Si bien, esta figura no fue conceptualizada a través de normas, la doctrina mas destacada, se ha encargado de estudiarla y desarrollar.

En efecto, el doctrinante PEDRO PABLO CARDONA GALEANO²⁶, ha sostenido:

“Se relaciona con el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en los casos en que el demandante o demandado no tienen la calidad propiamente dicha de sujeto de derecho, porque no existe o porque no tiene vida. Se presenta en los casos en que se demanda o es demandada una persona natural que ha fallecido o se demanda a una persona jurídica que no existe o en nombre de ella se presenta una demanda. En el evento, por ejemplo, de haberse demandado a una persona natural que ha fallecido, lógicamente sus herederos pueden proponer la citada excepción previa, así como también debería proponerse en el caso de demandarse a una persona jurídica inexistente, que no tiene personería jurídica, o a una sociedad que está totalmente liquidada”.

Este Despacho, tomando la mencionada doctrina como criterio auxiliar o supletorio de derecho, estima, que para el caso que sea demandada una sociedad comercial, y ésta alega como medio exceptivo su inexistencia, por cuando se ha sido total e íntegramente liquidada, deberá demostrar tal supuesto a través de los medios probatorios para ello, verbi gracia, adjuntando el auto de la Superintendencia de Sociedades, que aprueba la respectiva liquidación, o en su defecto, el certificado de existencia y representación, donde indique la finalización de dicho proceso (Artículo 28 C. de Co.).

En ese escenario, se advierte que una persona jurídica –sociedad comercial o empresa unipersonal-, se extingue o desaparece, cuando se ha cumplido a cabalidad, tanto el proceso de disolución –afectación al objeto social de la empresa-, como el proceso de liquidación –afectación al patrimonio -, luego entonces, es necesario agotarse, íntegramente, esos dos supuestos, para que una persona jurídica se entienda extinguida.

²⁶ Obra MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL, tomo I, Parte general, editorial LEYER, quinta edición, pagina 448.

Ahora bien, la mera disolución de la persona jurídica, no extingue su capacidad jurídica, en razón a que la disolución, solo afecta el objeto social de aquélla, es decir, incumbe o tiene injerencia en el giro normal de los negocios que efectuaba y para la cual fue constituida. Lo que si altera jurídicamente la capacidad de la persona jurídica, es la terminación efectiva de su proceso de liquidación, entendida por el ordenamiento comercial, como un efecto posterior a la disolución, que dicho sea de paso, en ese proceso aún conserva su capacidad jurídica, para cierto tipo de actos que tenga relación con su liquidación, pues, así lo dispone el artículo 222 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 222. EFECTOS POSTERIORES A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD. *Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto”.*

Asimismo, en ese proceso de liquidación es designado un liquidador de la persona jurídica, quien funge la administración y representación legal de esa persona, precisamente para atender las actuaciones propias que en ese procedimiento prevé, cuyas funciones están consagradas en el artículo 238 del estatuto comercial.

Para el caso de empresas unipersonales, una de las causales de disolución, es la iniciación obligatoria del trámite de liquidación, procedimiento que se sujetará bajo los lineamientos previstos para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud del numeral 7 e inciso final del artículo 79 de la Ley 222 de 1995.

Conforme lo expuesto, se colige, que para la efectiva extinción de la capacidad jurídica de las sociedades comerciales o empresas unipersonales, se requiere dos supuestos *sine qua non*, a saber,

disolución y su consecuente liquidación, por lo que ha falta de agotarse este último, no puede entenderse que se ha extinguido, pues, precisamente, como ya se acotó, aún esta etapa tiene capacidad para actuar en ciertos casos.

4. Caso concreto.

Descendiendo al caso de autos, el Despacho procede a resolver el primero de los planteamientos jurídicos propuestos.

Observa este Despacho, que los argumentos que expuso el apoderado de la NUEVA E. P. S., en su intervención de interponer y sustentar el recurso de apelación, contra la determinación del A quo, de negar la excepción denominada *“no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario”*, no guarda congruencia con el objeto de la decisión judicial, por las siguientes razones:

Para la NUEVA E. P. S., el argumento central para proponer y sustentar la alzada, apunta a que ésta no debió ser llamada a este proceso, es decir, no era factible su comparecencia como entidad demandada, en razón a que no tuvo injerencia o relación alguna, con la producción del presunto daño, esto es, con la muerte de la señora KARIN DAVID PACHECHO, pues, de conformidad con las premisas previstas en la Ley 100 de 1993, solo tiene como función la administración del registro de sus afiliados, por lo que mal puede llamarse a una entidad que no prestó los servicios de salud.

Asimismo, se percata el Despacho, que en la parte final de su intervención, aduce de manera general, que debe ser llamada a este asunto, la Policlínica La Medalla Milagrosa, en atención a que esta fue la entidad que atendió a la difunta. En ese sentido, se infiere que la apelante, no adujo la causa o el motivo por el cual, debe comparecer la mencionada institución de salud, de la cual, se pueda extraer con certeza, la probable injerencia sustancial que tuvo la misma, con la

producción del acto o hecho que se demanda, ni la relación jurídica que tiene con aquélla.

Como advirtió este Despacho, es deber del apelante, confrontar la decisión tomada por el A quo, con las disquisiciones que considere no estar de acuerdo, siempre y cuando, entre ellas exista coherencia y congruencia, pues, ello va a determinar el marco conceptual y argumentativo que debe estudiar, desarrollar y desatar el juez de segunda instancia, en el sentido, de que éste no puede enmendar la parte de la providencia, que no fue objeto de recurso.

En esa dirección, al confrontar la naturaleza del medio exceptivo negado, decisión que fue objeto de apelación y los argumentos del recurrente, se advierte una incongruencia entre éstos, habida cuenta, a que el recurrente advirtió las causas de por qué, no debió ser demandado, denotándose, que lo que pretende el apelante, es que sea excluido del proceso, es decir, que no tiene legitimación en la causa por pasiva, para comparecer a esta controversia, racionamiento que dista del marco conceptual y jurídico de la excepción negada en primera instancia.

Dicho en otras palabras, el recurrente expuso argumentos propios del medio exceptivo denominado falta de legitimación en la causa por pasiva, cuando la determinación de primera instancia, se refiere a negar la excepción referida a *“no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario”*.

Así las cosas, al no acatar el recurrente, el deber de confrontar debidamente los argumentos que fundan la impugnación y lo decidido por el juez de primer grado, bajo el principio de congruencia, el Despacho, se abstiene de estudiar de fondo la providencia en alzada, y en tal sentido, confirmará el proveído impugnado, toda vez que, finalmente, no existe inconformidad alguna.

De otro lado, y respecto del segundo problema jurídico propuesto, se estima que no tiene vocación de prosperar la excepción denominada “*inexistencia de la demandada*”, formulada por la I. P. S. SERVICIOS ESPECIALIZADOS NISSI, en atención al siguiente razonamiento:

Obra en el plenario certificado de existencia y representación legal, expedida por la Cámara de Comercio de Sincelejo, en donde se extrae²⁷: (i) que la I. P. S. SERVICIOS ESPECIALIZADOS NISSI fue constituida bajo persona jurídica denominada EMPRESA UNIPERSONAL E. U.; (ii) que la misma fue objeto de disolución; (iii) que se encuentra en proceso de liquidación.

La referida prueba documental, señala con claridad que si bien es cierto, es una persona jurídica que fue objeto de disolución, no lo es menos, que se encuentra en proceso de liquidación, lo cual quiere decir, que aún conserva capacidad jurídica, por tanto, no se ha extinguido jurídicamente.

Ahora bien, la disolución de empresa unipersonal, afecta únicamente el objeto social de la misma, esto es, que se encuentra en la imposibilidad de realizar las tareas o labores comerciales para la cual fue constituida, sin que ello quiera decir, que ha fenecido su capacidad jurídica, pues, ésta solo acontece cuando ha finalizado el proceso de liquidación.

En ese sentido, como quiera que existe un liquidador a cargo de la representación legal y administración de la I. P. S. SERVICIOS ESPECIALIZADOS NISSI E. U. EN LIQUIDACIÓN, éste ostenta la obligación de sortear, todos las contingencias y actos que surja con ocasión a su liquidación, encontrándose, entre ellas, asumir las controversias judiciales, máxime, se si tiene en cuenta que si tiene capacidad jurídica, también ostenta capacidad para comparecer como parte en procesos jurisdiccionales.

²⁷ Folios 358-362

Por consiguiente, al no estar inscrito el acto de liquidación total e íntegro de la I. P. S. SERVICIOS ESPECIALIZADOS NISSI E. U., en el certificado de existencia y representación legal – numeral 9º artículo 28 C. de Co.- y no haber otra prueba que indique tal situación – acto administrativo de la Superintendencia de Sociedades que apruebe la liquidación -, el Despacho estima, que la capacidad jurídica de la recurrente no se ha extinguido, por tanto, no es factible considerarla como persona inexistente.

Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR las decisiones adoptadas por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 4 de septiembre de 2013, en donde fueron declaradas no probadas las excepciones de *“no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario”* e *“inexistencia de la demandada”*, propuestas por NUEVA E. P. S. y la I. P. S. SERVICIOS ESPECIALIZADOS NISSI E. U., respectivamente, según lo expuesto.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, regrésese el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente. Déjese las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado