El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto - 2ª instancia - 16 de noviembre de 2017

Proceso: Ordinario – Revoca decisión del a quo y declara falta de jurisdicción

Radicación Nro. : 66001-31-03-005-2014-00178-01

Demandante: SECUNDINO TORRES Y OTROS

Demandado: EPS COOMEVA Y OTROS

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: FALTA DE JURISDICCIÓN.** [C]uando el llamamiento en garantía cumple con los requisitos de forma exigidos en la ley y, además, se acreditó la existencia de la relación contractual que fundamenta tal figura, se debe tener en cuenta que precisamente allí se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento de los tribunales de arbitramento las diferencias que se llegaren a presentar con relación a dicho contrato de prestación de servicios médicos en la especialidad de neurocirugía, por lo que hay lugar a la aplicación de una restricción para acudir a la justicia ordinaria en aras de determinar los alcances de la responsabilidad del médico llamada frente a la Clínica Los Rosales, -reclamar la indemnización o el pago de la suma a la que eventualmente resulte condenada-.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado: **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dieciséis (16) de noviembre de 2017

Expediente: 66001-31-03-005-2014-00178-01

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

**I. ASUNTO**

Se decide la alzada propuesta contra el auto proferido el 26 de junio de 2015 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, dentro del presente proceso de responsabilidad médica que interpuso SECUNDINO TORRES Y OTROS, frente a la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS COOMEVA, la CLÍNICA LOS ROSALES y CRUZ VERDE.

**II. ANTECEDENTES**

1. A través del auto memorado, el estrado de primer grado admitió el llamamiento en garantía formulado por la clínica Los Rosales S.A. al doctor Armando Alfredo Yaruro Astudillo; concedió el término de cinco (5) días para comparecer al pleito y suspendió el proceso hasta cuando el llamado en garantía se notifique, el que no excederá de 90 días.

2. Con proveído del 18 de agosto de 2016, se tuvo al llamado en garantía notificado por conducta concluyente (fl. 106).

3. Mediante apoderado judicial formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación contra su vinculación al litigio, invocando la revocatoria, con fundamento en dos supuestos (Fls. 100-105 cd No. 4):

* Improcedencia del llamamiento en garantía por existir cláusula compromisoria. Dice, el contrato que da origen al presente llamamiento, expresamente en su estipulación décima tercera se pactó “CLAUSULA COMPROMISORIA” por ende los conflictos que surjan entre las partes, como el presente, no son de competencia de la jurisdicción ordinaria, deben ser resueltos por un Tribunal de Arbitramento.

* Extemporaneidad de la notificación del llamamiento en garantía. Señala que la notificación personal a su representado, lo fue después de haber vencido el término de suspensión de 90, incluso superando el de seis meses de que habla el CGP, pues la admisión de la vinculación tuvo lugar el 26 de junio de 2015 y notificado por estado el 1 de julio del mismo año.

4. El despacho se mantuvo en su decisión y concedió la alzada ante esta sede, que previa admisión fue debidamente sustentado (fls. 109-111 íd).

Frente a la primera controversia, dijo la falladora, que la cláusula compromisoria se pactó sobre aspectos relacionados con la ejecución del contrato, para dilucidar cuestiones relativas al cumplimiento de su objeto, y en este asunto lo perseguido es obtener la indemnización de un posible perjuicio que tuviere que efectuar la clínica como resultado de la sentencia; aunado a que en la cláusula décima se previó la eventual existencia de responsabilidad administrativa, civil o penal en cabeza del galeno llamado en garantía.

En cuanto a la extemporaneidad de la notificación, sostuvo que la doctrina no ha sido pacífica sobre su ineficacia por fuera del plazo de 90 días de suspensión de proceso y dado que el objetivo de dicha suspensión es procurar la comparecencia del llamado en garantía a fin de vincularse como litisconsorte del llamante y siempre que no se haya ordenado la reanudación del proceso, la vinculación se torna perfectamente válida.

**CONSIDERACIONES**

1. La resolución de este recurso se rige por las reglas del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el presente proceso, iniciado en el año 2014, no ha hecho tránsito de legislación, conforme a las reglas de que trata el artículo 625 del Código General del Proceso.

Esto significa que todo lo atinente al llamamiento, se orienta por esa normativa. Por ello mismo, el auto es apelable, pues así lo dispone la parte final del inciso primero del artículo 56, al que remite luego el artículo 57 y esta Corporación tiene competencia para conocer del recurso vertical, ya que es el superior funcional del juzgado que dictó la providencia confutada, además, ha sido debidamente sustentado por quien se considera afectado.

2. El análisis del presente asunto se circunscribe a dos planteamientos, que en concepto de la Sala deben atenderse en el siguiente orden, pues de resultar próspero el primero, no habría lugar al análisis de la queja sucesiva.

De tal manera, se establecerá primariamente si la notificación al llamado en garantía goza de eficacia, no obstante haberse llevado a cabo una vez concluido el término de suspensión de 90 días, de tener validez la misma, corresponde el estudio a la improcedencia de dicho llamamiento en virtud de la existencia de una cláusula compromisoria.

3. Con tal fin, se traerá a colación la normativa referente al llamamiento en garantía; y se adoptará la decisión que corresponda, que desde ya se anuncia será de revocatoria, por las razones que a espacio se explicarán.

4. El artículo 57 del Estatuto Procesal Civil, consagra el instituto del llamamiento en garantía, que faculta a quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

Está figura se sujeta a los cánones jurídicos que disciplinan *“la denuncia del pleito”,* remite a los artículos 55 – requisitos de la denuncia y 56 -trámites y efecto de la denuncia.

Así, teniendo en cuenta que los mismos requisitos de la denuncia del pleito (art. 55), lo son para el llamamiento en garantía (artículo 57), ha de verificarse entonces al momento de resolver sobre la admisión de su intervención: **(i)** que la citación proceda respecto de un “tercero”, es decir, alguien ajeno al proceso hasta ese momento; **ii)** que con esa persona exista una relación legal o contractual, producto de la cual deba salir al pago de una indemnización o al resarcimiento de la que quien lo cita debe cubrir: y **(iii)** que basta la presentación de un escrito (aunque con el nuevo estatuto procesal se debe formular una demanda) por parte del demandante o demandado, que indique el nombre del llamado, domicilio, hechos en que en se basa el llamamiento y lugar de notificación.

De otro lado *“La citación se hará mediante la notificación del auto que acepte la denuncia, en la forma establecida para el admisorio de la demanda, y el proceso se suspenderá desde la admisión de la denuncia hasta cuando se cite al denunciado y haya vencido el término para que éste comparezca; la suspensión no podrá exceder de noventa días. El denunciado podrá presentar en un solo escrito contestación a la demanda y a la denuncia, y en el mismo solicitar las pruebas que pretenda hacer valer (…)”.*

5. El asunto planteado, en cuanto a la eficacia de la notificación del llamado en garantía por fuera del término de 90 días de suspensión del proceso, ya ha sido examinado por la Sala Unitaria en la cual indicó.

*9.6. Esta agencia judicial entiende que la norma simplemente indica los extremos temporales de la suspensión del proceso, que no puede exceder de 90 días, sin que allí se deduzca fatalmente que transcurrido dicho lapso decae la oportunidad para hacer el llamamiento; la intención del legislador con tal disposición, no puede ser otra que la de evitar que el proceso se paralice indefinidamente con la excusa de tener que citar al llamado en garantía, pero no conlleva la imposibilidad para que el tercero se vincule efectivamente al proceso por fuera del término respectivo. Esta consecuencia, por tanto, no proviene del texto mismo de la disposición, es ajena a él, y no puede colegirse que si la citación al llamado en garantía y su comparecencia se produce por fuera de aquel plazo, precluye la oportunidad para vincularlo al proceso o se torne ineficaz. Claro está, insistimos, el proceso no debe permanecer estancado indefinidamente.*

*9.7 Ahora, en criterio de esta Sala Unitaria, si la citación y comparecencia del llamado se hizo por fuera de este plazo, empero el proceso no ha tenido ninguna actuación posterior a la suspensión, como en este caso concreto ocurre, nada obsta para que el llamado pueda atender la convocatoria y llegue al debate, sin mengua en el ejercicio de su derecho al debido proceso y de defensa (contestación de la demanda, proponer excepciones de todo tipo, pedir pruebas, etc.). Se cumplirían entre otros objetivos del llamamiento, el de proteger el interés legítimo de quien desea trasladar los efectos del fallo y economizar tiempo y recursos, evitando un posterior litigio. Inclusive como lo adujo la juzgadora de primera instancia, en el proceso no se había retomado actuación alguna, por lo que la llamada en garantía puede participar en todas las etapas subsiguientes.*

*10. Finalmente, si consideramos la ineficacia de los actos procesales como una forma de sanción (privación de sus efectos), su interpretación debe ser restrictiva; el juez sólo puede declararla, si la norma expresamente lo señala.”[[1]](#footnote-1)*  Subrayas propias.

De tal manera, se comparte la decisión adoptada por la  *a quo,*  puesto que si bien en este caso la comparecencia del profesional en medicina llamado en garantía tuvo lugar una vez superado el término de 90 días de que habla el artículo 556 del C.P.C., de acuerdo a la postura sostenida por esta Magistratura, como hasta entonces no se había reanudado el proceso, su participación goza de validez.

6. Precisado lo anterior, subsigue el pronunciamiento respecto de la procedencia del mentado llamamiento en garantía en virtud de la existencia de una cláusula compromisoria entre la clínica Los Rosales y el médico Armando Alfredo Yaruro Astudillo.

6.1. Es importante recordar que en principio la administración de justicia en el derecho patrio está encomendada a la rama jurisdiccional; sin embargo los otros órganos también ejercen funciones judiciales y aún los particulares pueden, de manera transitoria decidir en derecho de manera vinculante, de acuerdo con la previsión contemplada en el artículo 116 de la Constitución Política[[2]](#footnote-2).

La memorada potestad jurisdiccional, se le ha asignado, entre otros sujetos a los árbitros, a quienes se puede acudir previa observación de los requisitos contemplados en la – Ley 1563 de 2012-, dentro de los que se destacan la necesidad de la existencia de un pacto arbitral, llámese cláusula compromisoria o compromiso, en virtud del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de particulares, pacto que trae como consecuencia fundamental, desde la perspectiva procesal, la de excluir para el porvenir la actividad jurisdiccional como mecanismo de solución del conflicto, respecto de las cuestiones litigiosas comprendidas en el acuerdo.

Sin embargo, si uno de los contratantes inicia acción ante el Juez ordinario, permite que el otro pueda hacer valer la cláusula, intermediando como defensa la excepción previa, (artículo 97, núm. 3). Adicionalmente y para ajustarnos al caso, también se abre la posibilidad de atacar, por vía de recursos, el auto que ordenó citarlo al proceso como llamado en garantía (inciso 1º art. 56 C.P.C.), y por este medio, sería viable, entre otras cosas, discutir aspectos como la existencia de una cláusula compromisoria.

7. En el presente asunto según contrato de prestación de servicios de salud, suscrito entre la Clínica Los Rosales S.A. y el señor Armando Alfredo Yaruro Astudillo, cuyo objeto fue la prestación de servicios médicos asistenciales en la especialidad de neurocirugía, en el clausulado décimo tercero se dijo:

*“CLAUSULA COMPROMISORIA: Las partes convienen que en el caso e surgir alguna diferencia entre las mismas por razón o con ocasión del presente contrato, en relación con el pago de los servicios prestados, oportunidad de los mismos, calidad de los servicios ofrecidos, ello será resuelto por un tribunal de arbitramento cuyo domicilio será la ciudad de Pereira.”*

De la lectura de la estipulación transcrita, se puede colegir que, cualquier controversia relacionada con el mentado contrato que se suscite entre las partes que lo suscriben, se debe solucionar a través de Tribunal de Arbitramento.

Suerte diferente corren las pretensiones que involucran terceras personas; es decir, aquellas que no fueron parte del contrato en el que se acordó la cláusula compromisoria, que a entender de esta Magistratura, es el sentido de la cláusula “DECIMA”, que trata de la responsabilidad del contratista ante su contratante y ante sus usuarios por la calidad del servicio. Pero aquí ocurre que el profesional en medicina no es demandado directo por parte del usuario que reclama a la entidad de salud por indebida prestación de un servicio.

En este sentido, aun cuando el llamamiento en garantía cumple con los requisitos de forma exigidos en la ley y, además, se acreditó la existencia de la relación contractual que fundamenta tal figura, se debe tener en cuenta que precisamente allí se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento de los tribunales de arbitramento las diferencias que se llegaren a presentar con relación a dicho contrato de prestación de servicios médicos en la especialidad de neurocirugía, por lo que hay lugar a la aplicación de una restricción para acudir a la justicia ordinaria en aras de determinar los alcances de la responsabilidad del médico llamada frente a la Clínica Los Rosales, -reclamar la indemnización o el pago de la suma a la que eventualmente resulte condenada-.

Sobre situación idéntica ya existe pronunciamiento de un homólogo de esta Sala.

*“Si ello es así, como evidentemente lo es, no queda duda de que la voluntad expresa y deliberada de las partes fue sustraer del conocimiento de los jueces ordinarios el trámite y decisión de un eventual litigio que entre ellas pudiera suscitarse, entre otras cosas, por el cumplimiento del contrato, para asignárselo a unos árbitros. Allí está, precisamente la relación sustancial entre las partes, que, eventualmente, tendría que definirse en la sentencia, pues para imputar cargas económicas al llamado en garantía, tendrían que analizarse los términos del convenio, concretamente las obligaciones contraídas, en procura de establecer si se acataron o no.*

*En ese orden de ideas, poco favor se le haría al proceso si se admitiera el llamamiento, para que al final, en el caso de una sentencia desfavorable a la entidad convocante, se tenga que concluir que por existir una cláusula compromisoria, puesta de presente por el médico llamado en garantía, el juez carece de jurisdicción para adoptar una decisión de fondo.” [[3]](#footnote-3) Subrayas propias.*

8. De esta manera, sin entrar en más disquisiciones, el auto recurrido será revocado y en su lugar, rechazar por falta de jurisdicción el llamamiento en garantía formulado por la clínica Los Rosales S.A. al médico Armando Alfredo Yaruro Astudillo, por existir cláusula compromisoria entre ellos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Pereira en Sala Civil-Familia Unitaria,

**RESUELVE:**

**Primero:** **REVOCAR** el proveído del 26 de junio de 2015, proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito.

**Segundo:** Se declara la falta de jurisdicción del llamamiento en garantía formulado por la clínica Los Rosales S.A. al médico Armando Alfredo Yaruro Astudillo.

**Tercero:** Sin condena en costas.

En su oportunidad regresen las diligencias al juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase,

El Magistrado,

**Edder Jimmy Sánchez Calambás**

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICA POR ESTADO DEL DÍA

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

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. TRIBUNAL SUPERIOR – SALA CIVIL FAMILIA, Expediente: 66001-31-03-004-2014-00151-01, 24 de octubre de 2017, M.S. SANCHEZ CALAMBÁS Edder Jimmy. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” [↑](#footnote-ref-2)
3. TRIBUNAL SUPERIOR, SALA CIVIL FAMILIA, Expediente 66001-31-03-004-2015-00299-01, 5 de mayo de 2017; Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo.

 [↑](#footnote-ref-3)