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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: NULIDAD PROCESAL / PRINCIPIOS QUE LA RIGEN / ESPECIFIDAD, PROTECCION Y CONVALIDACIÓN / OMISIÓN EN EL DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS / TESTIMONIO POR COMISIONADO / NO CONFIGURA LA CAUSAL ALEGADA.**

Por sabido se tiene que el régimen de las nulidades procesales gira en torno a los principios de la especificidad, protección y convalidación.

Así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia…:

“Las nulidades procesales no responden a un concepto netamente formalista, sino que revestidas como están de un carácter preponderantemente preventivo para evitar trámites inocuos, son gobernadas por principios básicos, como el de especificidad o taxatividad, trascendencia, protección y convalidación. Por ello, siguiendo la orientación de restringir en lo posible los motivos de invalidez procesal, el Código de Procedimiento Civil consagró todo un sistema a dicho propósito, en cuanto consignó reglas en relación con la legitimación y la oportunidad para alegarlos, dejando al juez la potestad de rechazarlas de plano cuando la solicitud de nulidad se funde en causal distinta de las determinadas en ese capítulo, en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de la misma índole, o cuando se propone después de allanada…”

En el caso concreto pretende el apoderado de la parte demandante se declare la nulidad de lo actuado en el proceso, desde el auto proferido el 31 de mayo de 2017, en razón a que se comisionó a un juzgado en la ciudad de Bogotá, para escuchar dos testimonios, lo que no resultaba procedente porque el proceso ya había hecho tránsito de legislación y por ende, debía practicarla el juez de conocimiento de conformidad con los artículos 37 y 171 del Código General del Proceso… Así, estima, se configuró la causal de nulidad prevista en el numeral 5o del artículo 133 del Código General del Proceso…

Dice ese último precepto que el proceso es nulo, en todo o en parte, cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

Sin embargo, en el asunto bajo estudio, ninguna de esas circunstancias acaeció, pues la prueba fue solicitada por la parte demandada al dar respuesta al libelo; el juzgado de primera sede la decretó y luego se practicó a través de comisionado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

 **SALA UNITARIA CIVIL FAMILIA**

Magistrada: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, junio siete (7) de dos mil veinte (2020)

Expediente 66001310300220140007301

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los demandantes, señores Claudia Patricia Castaño Orozco, Daniela Muñoz Castaño, Gabriel Arcángel Muñoz Henao, Nubia Orozco Galvis y Mario Castaño Castañeda, frente al auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apia, el pasado 7 de febrero, en el proceso verbal sobre responsabilidad médica que instauraron los impugnantes contra Salud Total EPS S.A, en el que intervienen como llamados en garantía Liberty Seguros S.A. y Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

**ANTECEDENTES**

1. Con la acción instaurada pretenden los actores se declare la responsabilidad en que incurrió la EPS demandada, con ocasión de la inadecuada atención médica que se prestó al señor Luis Nolberto Muñoz Barrera, la que produjo su deceso, y en consecuencia, se le condene a pagarles los perjuicios materiales e inmateriales que sufrieron.

2. Por auto del 31 de mayo de 2017 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y otras de manera oficiosa. En la misma providencia se señaló fecha y hora para realizar la audiencia de instrucción y juzgamiento, prevista en el artículo 373 del Código General del Proceso.

A instancias de la EPS demandada, entre otras, se ordenó escuchar en declaración a los señores Hamlet Fernando Díaz Luquet, cirujano cardiovascular y Guillermo Alfonso Dimas, auditor médico de la misma parte. Para la práctica de esa prueba se comisionó al Juez Civil del Circuito (Reparto) de Bogotá, por ser esa ciudad donde los citados médicos tienen su domicilio[[1]](#footnote-1).

3. El 22 de febrero de 2018, ante el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de esa ciudad, rindió declaración el último; el primero no compareció a la respectiva audiencia[[2]](#footnote-2).

4. Por auto del 8 de marzo de 2019 se ordenó agregar al proceso el despacho comisorio diligenciado, para los efectos establecidos en el inciso 2º del artículo 40 del Código General del Proceso[[3]](#footnote-3).

5. El 7 de febrero de 2020 se dio inicio a la audiencia prevista por el artículo 373 de la última obra citada, acto en el cual, el apoderado de la parte actora pidió la nulidad de lo actuado a partir del auto que decretó las pruebas, al considerar configurada la causal 5ª de nulidad prevista en el artículo 133 del Código General del Proceso.

En síntesis, porque se ordenó practicar por comisionado los testimonios referidos, lo que a su juicio resulta improcedente en razón a que el proceso ya había hecho tránsito legislativo y por ende, debía practicarla el juez de conocimiento de conformidad con el artículo 171 del referido código; agregó que excepcionalmente se podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y solo cuando no sea posible emplear los medios técnicos de comunicación allí establecidos; considera que la prueba en cuestión, no satisface los presupuestos de concentración, inmediación y contradicción, y vulnera los derechos de la parte que representa al debido proceso.

6. De esa solicitud, se dio traslado a los apoderados judiciales de la parte demandada y llamados en garantía, quienes se pronunciaron para oponerse a la declaración de la nulidad.

7. En la misma audiencia, decidió la funcionaria de primera sede negarla. Expresó que no se configuró la causal de nulidad invocada porque no se omitió el decreto ni la práctica de ninguna prueba. Además, las nulidades deben ser alegadas dentro de los términos previstos en la ley, so pena de quedar saneadas y lo mismo ocurre cuando se actúa en el proceso sin alegarlas, lo que acaeció en este caso.

8. Contra lo así decidido, la misma parte interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los que fundamentó prácticamente con los mismos argumentos que utilizó al plantear la nulidad.

9. El juzgado se mantuvo en su decisión y concedió el recurso interpuesto como subsidiario, de cuyo estudio se ocupa ahora esta Sala.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. Es del caso determinar si se configuró o no la nulidad alegada por el apoderado de la parte demandante, para en últimas determinar si la providencia impugnada debe ser confirmada o revocada.

2. Por sabido se tiene que el régimen de las nulidades procesales gira en torno a los principios de la especificidad, protección y convalidación.

Así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, aunque en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en jurisprudencia que se considera aplicable al caso, en que está vigente el Código General del Proceso, en razón a que ambos se inspiran en esos mismos principios:

*“Las nulidades procesales no responden a un concepto netamente formalista, sino que revestidas como están de un carácter preponderantemente preventivo para evitar trámites inocuos, son gobernadas por principios básicos, como el de especificidad o taxatividad, trascendencia, protección y convalidación. Por ello, siguiendo la orientación de restringir en lo posible los motivos de invalidez procesal, el Código de Procedimiento Civil consagró todo un sistema a dicho propósito, en cuanto consignó reglas en relación con la legitimación y la oportunidad para alegarlos, dejando al juez la potestad de rechazarlas de plano cuando la solicitud de nulidad se funde en causal distinta de las determinadas en ese capítulo, en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de la misma índole, o cuando se propone después de allanada (art. 143). Esto significa, entonces, que las causales de nulidad procesal no pueden ser formuladas por cualquier persona, ni en el momento que discrecionalmente quiera (CSJ SC 017-1997 del 22 de may. de 1997, rad. 4653. En el mismo sentido: SC 018 2002, del 20 de feb. de 2002, Cas Civ. del 29 de feb. de 2012, rad. 5000131030012003-03026-01)…*”*[[4]](#footnote-4)*

También la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con el tema:

*“… Es entonces al legislador a quien le compete, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, determinar “las formas propias de cada juicio” y, en desarrollo de esta función, determinar las irregularidades que generan nulidad para garantizar la vigencia de las garantías del debido proceso. Es sólo por excepción que la Constitución Política toma directamente una decisión en la materia, cuando el inciso final del artículo 29 dispone que: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En este sentido, esta Corte ha reconocido que “corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto. En tal virtud, la regulación del régimen de las nulidades, es un asunto que atañe en principio al legislador, el cual puede señalar, con arreglo a dichos criterios y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que generan nulidad, a efecto de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso”[[5]](#footnote-5). Así, en ejercicio de esta competencia normativa, tanto el CPC (artículo 140), derogado, como el CGP (artículo 133), vigente, determinan las causales de nulidad procesal, cuyo carácter taxativo fue declarado constitucional por esta Corte[[6]](#footnote-6). En este mismo sentido, también hace parte del margen de configuración normativa del legislador en la materia, la determinación de las hipótesis en las que el vicio puede ser subsanado o convalidado y las que no[[7]](#footnote-7), así como la precisión de las consecuencias que la nulidad procesal acarrea. Esto quiere decir que el legislador establece, por esta vía, una gradación de la importancia concreta de las formas procesales para determinar (i) los defectos procesales que generan nulidad y los que no; (ii) el carácter saneable o insaneable de determinado vicio procesal[[8]](#footnote-8); y (iii) las consecuencias de la declaratoria de nulidad procesal. Se trata de decisiones que hacen parte de la competencia del Congreso de la República para diseñar los procesos judiciales[[9]](#footnote-9) y, de esta manera, establecer el proceso como uno de los instrumentos esenciales para la eficacia del derecho fundamental de acceso a la justicia[[10]](#footnote-10) y para la realización de la justicia[[11]](#footnote-11) y la igualdad materiales[[12]](#footnote-12)…*”*[[13]](#footnote-13)*

3. Es entonces el propio legislador el que regula las formalidades de los actos procesales y establece las sanciones que su inobservancia impone, entre ellas la nulidad de los procesos cuando se produce alguna de las circunstancias que taxativamente enlista el artículo 133 del Código General del Proceso; también se ocupa la ley de señalar la oportunidad en que tales defectos deben alegarse y la forma como pueden sanearse. Se busca en tal forma garantizar la seguridad jurídica y evitar la proliferación de incidentes de nulidad.

4. En el caso concreto pretende el apoderado de la parte demandante se declare la nulidad de lo actuado en el proceso, desde el auto proferido el 31 de mayo de 2017, en razón a que se comisionó a un juzgado en la ciudad de Bogotá, para escuchar dos testimonios, lo que no resultaba procedente porque el proceso ya había hecho tránsito de legislación y por ende, debía practicarla el juez de conocimiento de conformidad con los artículos 37 y 171 del Código General del Proceso. Así, estima, se configuró la causal de nulidad prevista en el numeral 5o del artículo 133 del Código General del Proceso. También aduce que la providencia referida es ilegal y que desconoció el derecho a un debido proceso.

5. Dice ese último precepto que el proceso es nulo, en todo o en parte, cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

Sin embargo, en el asunto bajo estudio, ninguna de esas circunstancias acaeció, pues la prueba fue solicitada por la parte demandada al dar respuesta al libelo; el juzgado de primera sede la decretó y luego se practicó a través de comisionado.

El artículo 37 referido enseña que la comisión solo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que autoriza el artículo 171 y este ordena al juez practicar personalmente todas las pruebas; además por videoconferencia, teleconferencia o cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción cuando no pudiere hacerlo en aquella forma por razón del territorio o por otras causas, y excepcionalmente lo autoriza comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos señalados.

En este caso, aunque las pruebas tantas veces referidas han debido ser practicadas personalmente por la funcionaria que conocía del proceso, pues no se daban las condiciones para comisionar, o al menos eso no se plasmó en el auto respectivo, la circunstancia de haber procedido en tal forma no configura el vicio previsto en el numeral 5o del artículo 133 ya citado, pues no se omitieron las oportunidades para solicitar, decretar o practicar los testimonios de que se trata.

Se incurrió sí en una irregularidad, la que, de acuerdo con el parágrafo del último artículo citado, se subsanó porque frente al auto que decretó la prueba y ordenó su práctica por comisionado, no se interpuso ningún recurso.

A pesar de tal irregularidad, no se desconoció el derecho a un debido proceso toda vez que se garantizaron a la parte que alega la nulidad las garantías necesarias para controvertirla, sin que pueda decirse lo contrario por la circunstancia de haberse comisionado para su práctica a un juzgado en la ciudad de Bogotá, pues a la audiencia allí realizada ha podido acudir o sustituir el poder a otro abogado para que lo hiciera.

En consecuencia, como los hechos en que se sustentó la nulidad propuesta no están previstos por la ley como vicios capaces de afectar la actuación, ha debido rechazarse de plano el trámite para su declaración de conformidad con el último inciso del artículo 135 del Código General del Proceso que ordena proceder así cuando la solicitud de nulidad se funde en causal distinta de las señaladas en el capítulo de que hace parte esa norma.

Sin embargo, como así no procedió el juzgado, pues le dio trámite de nulidad a lo que no era tal, no queda otro camino que confirmar la providencia impugnada, que se negó a declararla.

Se condenará en costas a la parte apelante a favor de la demandada y de los llamados en garantía.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Civil-Familia,

**R E S U E L V E :**

1º CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apia, el 7 de febrero del presente año, en el proceso verbal sobre responsabilidad médica que instauraron los señores Claudia Patricia Castaño Orozco, Daniela Muñoz Castaño, Gabriel Arcangel Muñoz Henao, Nubia Orozco Galvis y Mario Castaño Castañeda, contra Salud Total EPS S.A, en el que se llamó en garantía a Liberty Seguros S.A. y Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

2º Costas a cargo de la parte recurrente y a favor de la demandada y de los llamados en garantía. Para efectos de su liquidación, por el juzgado de primer grado, las agencias en derecho se fijan en la suma de $877.803.

Notifíquese,

La Magistrada,

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Folios 210 a 211, cuaderno de copias. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 239, cuaderno de copias [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 237, cuaderno de copias. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de junio de 2015, MP. Dr. Jesús Vall de Rutén Ruiz, expediente11001-31-03-006-2008-00353 01  [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia C-491-95. [↑](#footnote-ref-5)
6. “Es el legislador, como se advirtió antes, quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador”: Corte Constitucional, sentencia C-491/95. [↑](#footnote-ref-6)
7. “(…) es precisamente el legislador el llamado a definir los hechos y circunstancias que dan lugar a las nulidades y también el encargado de estatuir lo relativo a las posibilidades de saneamiento o convalidación de actos o etapas procesales, la manera y términos en que pueden obtenerse”: Corte Constitucional, sentencia C-217/96. [↑](#footnote-ref-7)
8. “El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el **principio de que no toda irregularidad constituye nulidad**, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos”: Corte Constitucional, sentencia C-491/95. [↑](#footnote-ref-8)
9. Entre otras sentencias puede consultarse las sentencias C-227/09 y C-144/10. [↑](#footnote-ref-9)
10. El acceso al a justicia implica, entre otros, la previsión de elementos orgánicos tales como la existencia de cobertura del aparato judicial y procesales que faciliten y no limiten de manera desproporcionada el derecho fundamental. C-426 de 2002 C-227/09 [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional, sentencia C-086 de 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. “(…) la Constitución confió en el legislador la competencia para diseñar, de manera discrecional, las estructuras procesales en las distintas materias, siempre y cuando respetara, con dichos procedimientos, garantías fundamentales del debido proceso (artículo 29 de la Constitución), el acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución) y el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución) y velara porque dicho proceso propenda por la realización de los fines esenciales del Estado, en concreto la justicia y la igualdad material de todos (artículo 2 de la Constitución), a través de formas [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia C-537 de octubre 5 de 2016 [↑](#footnote-ref-13)