TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA CIVIL

Medellín, seis (6) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)
Radicado: 05088 31 03 001 2020 00106 02

Proceso:	Declarativo.
Auto:	081
Demandante:	LUZ ANGELICA SALAZAR GALEANO en nombre propio y en representación de su menor hijo JUAN SEBASTÍAN RODRÍGUEZ SALAZAR.
Demandada:	TRANSPORTE DE MATERIALES HECLA S.A.S. y otro.
Extracto:	1) Se constató la omisión en la práctica de una prueba decretada en primera instancia, y como la misma es útil, pertinente y conducente de cara a lo debatido, debe practicarse. 2) Cuando se omite la oportunidad para la práctica de pruebas solicitadas oportunamente en primera instancia, sin que la situación se convalidara, y vulnerándose el derecho de defensa, la actuación procesal está viciada de nulidad. Anula.

ASUNTO A TRATAR

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto proferido en audiencia celebrada el dos (2) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021) por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BELLO, pero se estudia el proferir una medida de saneamiento procesal.

ANTECEDENTES

En la vista pública adelantada el 21 de septiembre de 2.021 y que corresponde a lo previsto en el artículo 372 del C. G. del P., además de recepcionar interrogatorios a las partes, el proceso se abrió a

pruebas, decretándose la documental deprecada en su contestación por la demandada, así:

> *"Se dispone librar oficio a la Alcaldía de Santo Domingo Antioquia, al hospital de san Rafael de santo domingo Antioquia, a fin de que den respuesta a las peticiones de que habla el numeral cuarto solicitado por la parte demandada.".* Minutos 7:05 a 7:40 *"0021invitacinmeetingRecording"* (Sic), ídem. Ver también acta de audiencia, archivo 22.[1]

Dentro del trámite correspondiente se tiene que las comunicaciones para cumplir con lo anterior fueron elaboradas, tal como obran en los archivos 23 y 24 de la foliatura electrónica; sin embargo, no existe prueba de su envío y diligenciamiento.

Ya en la audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2.021 que corresponde a la de instrucción y juzgamiento, previo a iniciar los alegatos, la demandada solicitó la suspensión de la actuación hasta tanto se obtuviera respuesta a los oficios, lo que fue negado por el *a quo* aduciendo que ello no era necesario para resolver el fondo (minutos 5:22 a 10:12 *"0027AudienciameetingRecording"*).

Frente a lo anterior la parte demandada presentó recursos de reposición y apelación argumentando que tal probanza sí es necesaria ya que influye en la decisión final, explicando que con la respuesta puede generarse un eximente de responsabilidad (minutos 10:26 a 11:44 ídem, ver también archivo 28 que corresponde al acta de la audiencia).

---

[1] Para ello se había argumentado que; "*Establece el Artículo 78 N. 10 del Código General del Proceso, que las partes y sus apoderados deben abstenerse de solicitarle al Juez(a) la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir, por lo tanto y en aras a que se envió derecho de petición a la Alcaldía de Santo Domingo –Antioquia y al Hospital San Rafael de Santo Domingo – Antioquia, sin tener respuesta aún por dichas entidades; le Solicito Señor (a) Juez (a) se sirva oficiar a estas entidades para que den respuesta a la información solicitada, en los términos solicitados en el derecho de petición*.". Ver folio 9 del archivo "0007contestacindemanda.pdf" (Sic). Expediente digital.

El juzgado de primera instancia decidió no reponer considerando que existe *"suficiente prueba"* para decidir, y subsidiariamente concedió la alzada, la que debería resolverse, si no fuera porque la Sala considera procedente proferir una medida de saneamiento procesal, previas:

CONSIDERACIONES

En cuanto a las medidas de saneamiento, el juzgador tiene el deber de adoptar las necesarias para sanear o precaver vicios de procedimiento, tal como se desprende del artículo 42.5 del C. G. del P., visto en armonía con el artículo 132 ibidem.

Así, el asunto se aborda desde lo relacionado con la negación de la suspensión pedida por la demandada; y la omisión en la práctica de una prueba debida y oportunamente solicitada y decretada en primera instancia. Del último punto, devendrá el estudio de la medida de saneamiento.

En relación a la suspensión negada, esa decisión no es apelable, pues el ordenamiento no consagra expresamente tal gracia (artículos 161-162 y 321 del C. G. del P.), por lo que no es del caso ahondar sobre el particular; sin embargo, ese punto entrañó la negación de la práctica de una prueba punto que tiene el beneficio de la alzada, tal como lo prevé el artículo 321.3 del mismo código procesal.

Por lo anterior la Sala profirió el auto de saneamiento del 18 de agosto pasado que en su momento indicó:

> "*Encontrándose el expediente a Despacho para el respectivo fallo, se observa que en la audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 2 de noviembre de 2021, a más de la alzada frente a la sentencia, se interpuso y concedió recurso de*

> *apelación frente a la negativa de aplazar la diligencia por encontrarse pendiente la práctica de unas pruebas; temática que deberá abordarse de forma previa a la decisión que finiquite esta instancia.*
>
> *"Por lo anterior, antes de proseguir con la elaboración de proyecto frente a la decisión de fondo, con fundamento en el deber de dirección procesal dispuesto en el artículo 42 numerales 1º y 5º, ellos del C. G. del P., se ordena la devolución del expediente a la Secretaría para que se realice la radicación y anotación en el sistema de ambos recursos, pero de forma independiente*.". Ver actuación 2ª instancia digital.

Entonces y como se indicó en los albores de esta providencia, el *a quo* accedió a la solicitud de oficios deprecados en la contestación a la demanda, dirigidos a la ALCALDÍA y al HOSPITAL SAN RAFAEL, ambos de DE SANTO DOMINGO – ANTIOQUIA, para que informaran:

> *"… si la ambulancia de ustedes transportó al señor YORLLY DARLEY YENSIT RODRIGUEZ AVENDAÑO, identificado con C.C. 1038358937 el día 5 de octubre de 2019 a las 8:15 A.M. en la vía Hatillo- Cisneros KM. 31 + 200 mts. de la localidad de Botero, jurisdicción del municipio de Santo Domingo Antioquia para que indique a que horas recogió al señor RODRÍGUEZ AVENDAÑO en el sitio del accidente y a que horas lo dejó en el hospital y si dicha ambulancia en el camino tuvo alguna falla mecánica.".* (sic).

Se constata que hubo omisión en la práctica de dicha prueba, ya que aunque los respectivos oficios se elaboraron, no fueron enviados a sus destinatarios, lo que cobra relevancia en la medida que el apoderado de la parte interesada explicó que se acercó con esos fines al Juzgado, donde le informaron que los oficios serían remitidos por este (minutos 6:50 y siguientes *"0027AudienciameetingRecording"*).

Así, considerando que la prueba dejada de recolectar tiene que ver con el hecho 4° de la acción, así como con el 4° y 5° de la contestación y la excepción denominada *"ELEMENTO EXTRAÑO –HECHO DE UN TERCERO.",* se tiene que la práctica probatoria resulta útil, pertinente y conducente de cara a demostrar lo alegado por ambas partes, sobre todo cuando paradigmática norma deja en claro que *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."* (artículo 164 procesal civil), máxime cuando la

prueba es la verificación de las afirmaciones expresadas por las partes, y en las que en últimas se soportará la estimación de las pretensiones o la prosperidad de las excepciones.

Pero surge un interrogante; ¿el mencionado medio probatorio debe recaudarse en primera o segunda instancia?

Para iniciar a responder lo anterior, es claro que el artículo 327 del C. G. del P., entre otras, indica: "*Ejecutoriado el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código*.", y como en las presentes el 2 de noviembre de 2.021 se profirió sentencia de primera instancia, en principio debería ser ante el Tribunal que se evacuaran las pruebas echadas de menos.

No obstante, esa no es la solución adecuada, sino, que resulta necesario garantizar el debido proceso de las partes, tal como se seguirá exponiendo.

En audiencia del 21 de septiembre de 2021 se abrió el proceso a pruebas, accediéndose, entre otras, a la documental aludida y echada de menos, por lo que incluso posteriormente se solicitó la suspensión procesal, sin que ello hubiera tenido eco en el Director del proceso, para luego 2 de noviembre del mismo año proferirse sentencia de primera instancia, cuya alzada fue admitida y corrido el correspondiente traslado para alegar por esta Corporación.

No obstante, pese a decretarse una prueba, fundamento de la defensa del caso, la misma no fue recaudada, lo que necesariamente incide en los alegatos que se hubieran podido presentar sobre el particular.

De todo lo anterior se concluye que la decisión atacada resultó anticipada, pues no se dilucidó sobre un elemento alegado, como es la prueba de la responsabilidad misma, pese a que la recepción de los medios probatorios se solicitaron por la demandada, los que se dejaron de practicar sin que aparezca que hubiera desistimiento de la probanza, con lo que de paso se cercenan los derechos al debido proceso, defensa y contradicción; en últimas, el mismo acceso a la administración de justicia.

Tal falencia lleva a declarar como medida de saneamiento, la nulidad prevista en el artículo 133 numeral 5º del C. G. del P., lo que esta ligado con la causal 6ª siguiente, pues ¿cómo se va alegar o sustentar un recurso con base en una prueba oportunamente pedida, pero no recepcionada, y en la que se basó la defensa?, sobre todo en este caso cuando el interesado intentó cumplir con lo previsto en el artículo 167 del mismo ordenamiento, lo que aún no lo ha logrado pero donde lo correspondiente no le es imputable a título de incuria o negligencia.

Se precisa que la anunciada nulidad se configura en la omisión de la práctica de pruebas, por lo que deberán recaudarse los medios probatorios ya ordenados, así como dentro de los poderes de ordenación e instrucción del juez se obtenga la información solicitada (artículo 43.4 C. G. del P.).

Respecto a la nulidad observada, la misma no resulta sanable a la luz del artículo 136 del ordenamiento procesal civil, pues: la ausencia de prueba fue alegada mediante el recurso al que nos referimos; no hubo convalidación expresa; y, se vulneró el derecho de defensa.

Finalmente, en cumplimiento de los incisos 2º y 3º del artículo 138 del C. G. del P., la nulidad advertida solo comprende la actuación posterior

al motivo que la produjo, siendo este la totalidad de la audiencia de instrucción y juzgamiento, por lo que es esta la que se afectada, donde las demás pruebas recabadas en el trámite conservarán su validez y eficacia, siempre se hubiera respetado el derecho de contradicción. Así mismo, lo a renovar es desde e inclusive la audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2021.

Sin costas.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín;

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad de lo actuado dentro de las diligencias de la referencia, desde y a partir de la audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el día dos (2) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021), para que se proceda en materia probatoria conforme se expuso en la parte considerativa de este auto, y prosiguiéndose con el trámite procesal como en derecho corresponda.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, vuelva la actuación al Despacho de origen para lo de su cargo. Sin costas.

Notifíquese;

JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO