

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, lunes nueve (09) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicado : 05-001-33-33-007-**2012-00194**-00
Medio de control : Reparación Directa
Demandante : Diego Alejandro Muñoz Giraldo y Otros
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Interlocutorio :

Asunto : Resuelve Incidente de Nulidad

Procede el Despacho en esta oportunidad a resolver la solicitud de Nulidad procesal impetrada por la Doctora **CATALINA MARÍA CARDONA VALENCIA**, apoderada de la parte demandada en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. El pasado 08 de octubre de 2012 fue admitida la demanda presentada en ejercicio del medio de control de reparación directa incoado por DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ GIRALDO y OTROS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, surtiéndose debidamente la diligencia de notificación personal por correo electrónico a la entidad demandada el 04 de diciembre de 2012 (fl 39).
2. Una vez vencido el término de traslado de la demanda, se celebró la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 del CPACA el 15 de mayo de 2013 (fl 91 y 92), en la cual se decretó la práctica de una prueba pericial con el fin de establecer las lesiones sufridas por el joven Diego Alejandro Muñoz Giraldo durante la prestación de su servicio militar obligatorio, así como la merma de la capacidad laboral que le sobrevino, la incapacidad definitiva y las secuelas con ocasión de dichas lesiones.
3. El día 04 de julio del presente año se allegó el expediente el dictamen pericial decretado, del cual se surtió su contradicción durante la celebración de la audiencia de pruebas realizada el día 18 del mismo mes y año, en la cual la apoderada sustituta del ente accionado solicitó al Despacho la ampliación del término de traslado del dictamen de diez (10) días contemplado en el artículo 222 CPACA, la cual fue negada por considerar que el dictamen se encontraba a disposición de las partes desde el 04 de julio y al no evidenciar que el grado de complejidad de dicho dictamen ameritara la ampliación del término para su contradicción.
4. Con fundamento en lo anterior, mediante escrito presentado el pasado 01 de agosto de 2013 (fl 193 a 208), la apoderada de la parte demandada promueve incidente de nulidad procesal de conformidad con lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política, por considerar que a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, se le ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso por parte del Despacho, al no haberse dado traslado en debida forma del dictamen pericial, en los términos previstos en el artículo 238 del CPC, cercenando así su derecho a la contradicción.

5. Considera la incidentista que la Ley 1437 de 2011 solo establece la forma de tramitar la contradicción del dictamen pericial aportado por la parte bien sea en la demanda o en su contestación, pero no consagró expresamente la manera en que deben controvertirse los dictámenes periciales solicitados por las partes y decretados por el Juez, razón por la cual en virtud de la remisión del art. 306 del CPACA se deben aplicar las normas consagradas en el Código de Procedimiento Civil que regulan la materia, específicamente lo establecido en el artículo 238 numeral 1, debiendo así haberse dado traslado escrito del dictamen presentado por el CENDES dentro de los tres (03) días siguientes a su incorporación, para que las partes tengan oportunidad de complementarlo, aclararlo u objetarlo por error grave.

6. De la solicitud de nulidad se corrió traslado a las demás partes mediante auto del 26 de agosto de 2013 (fl 219), sin que se observe pronunciamiento alguno dentro del término legal.

Previo a decidir el incidente planteado, se deben tener en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. De la causal invocada por la incidentista –Violación al debido proceso (Art. 29 Constitución Política de Colombia).

La Constitución de Colombia en los dos primeros incisos del **artículo 29** establece el principio conocido como de legalidad del proceso al disponer que *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"* y agrega en el segundo que *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*.

Para garantizar el cumplimiento de la norma que consagra el derecho fundamental al debido proceso, en los diversos ordenamientos procesales se tipifican como causales de nulidad de las actuaciones judiciales las circunstancias que en consideración del legislador se erigen en vicios tales que impiden que exista aquel.

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 taxatividad, trascendencia, protección y convalidación.

Dada la importancia del tema, ha sido constante el sistema procesal civil colombiano en no dejar al intérprete el determinar cuándo se da la violación del debido proceso, sino enunciar con características taxativas las irregularidades que pueden generar la nulidad del mismo por violación de aquél.

La consagración del principio de que se trata, fluye nítidamente de disposiciones como el **artículo 140 del Estatuto Procesal Civil**, al establecer que *"El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos"*, y que *"Las demás irregularidades se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este código establece"*.

Es por lo anterior, que la Corte Suprema de Justicia expuso:

"... Nuestro Código de Procedimiento Civil, siguiendo el principio que informa el sistema francés, establece que ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley. Las

causales de nulidad, pues son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades o irregularidades diversas. Es posible que en el juicio se presenten situaciones que originen desviaciones más o menos importantes de normas que regulen las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador...¹".

La doctrina no es unánime en torno a un sistema taxativo de causales de nulidad del proceso, ya que algunos ven en la Carta Política argumentos suficientes para considerar que hoy no es dable que la ley se erija en óbice del derecho de los mandatos constitucionales, al restringir las causales por medio de una determinación taxativa y bajo la limitación casuística exagerada de las situaciones de nulidad a las meras hipótesis que el legislador haya establecido.

Es así como la Corte Constitucional, en sentencia C-491 de noviembre 2 de 1995, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, afirmó *"...en consecuencia, además de dichas causales, es viable y puede invocarse la prevista en el artículo 29 de la Constitución, según el cual, "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".* (Subrayas del Despacho).

De manera que el artículo 29 de la Constitución modificó el texto de las normas legales que consagra causales de nulidad en los distintos procesos, añadiendo a ellas la de haberse obtenido una prueba con violación del debido proceso y las que resulten de este derecho fundamental, que es la causal invocada por la incidentista para fundamentar su solicitud de nulidad procesal.

2. De la contradicción del dictamen pericial en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011-.

Al respecto es necesario remitirse a lo establecido en la Ley 1437 de 2011 en relación con el tema a resolver en esta providencia.

"Artículo 220. *Contradicción del dictamen aportado por las partes. Para la contradicción del dictamen se procederá así:*

1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.

*2. Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones **y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales.***

Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de agosto de 1959, que aún permanece vigente bajo la Constitución de 1991.

3. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código". (Negrita fuera de texto).

Si bien la norma transcrita alude específicamente a la contradicción del dictamen pericial cuando es allegado por las partes bien sea por medio de la demanda o su contestación, en el numeral tercero **si se hace referencia expresa** a la prueba pericial cuando por el contrario es decretada por el Juez en la audiencia inicial de oficio o a solicitud de parte, razón por la cual no se hace necesario dar aplicación a la remisión que hace el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 306.

"Artículo 306. Aspectos no regulados. *En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".*

Nótese como el artículo citado claramente se refiere a los aspectos que no se encuentren regulados en dicho Código, por lo que para el Despacho el fundamento que esgrime la apoderada incidentista no tiene justificación ni asidero alguno, pues la integración normativa aludida solo es un mecanismo subsidiario en caso de que en un asunto determinado no exista regulación expresa de la Ley 1437 de 2011, lo que en la materia que esta providencia ocupa la atención del Juzgado no ocurre, por cuanto en el numeral 3° del artículo 220 ibídem, **expresamente se señala que la contradicción del dictamen decretado por el Juez se cumplirá en la audiencia de pruebas.**

Entonces se itera, la verdadera materialización de la contradicción del dictamen decretado sin importar la forma en que la pericia haya sido allegada al proceso se surte íntegramente en la audiencia de pruebas, en la cual además las partes tienen la oportunidad de solicitar adiciones, aclaraciones e incluso formular objeción por error grave si así lo consideran. Se debe tener en cuenta que uno de los grandes cambios que se presentan con la transición del sistema escrito al sistema oral, es que la contradicción del dictamen se debe realizar de manera verbal en el transcurso de la celebración de una audiencia pública (en este caso la de pruebas), sin que haya necesidad de adelantar el trámite incidental que se debía surtir anteriormente cuando se formulaba una objeción por error grave, pasándose así de una contradicción documental regida por el Código de Procedimiento Civil a una predominantemente oral.

Y es que *"Si bien nuestro Código consagra las dos modalidades para la prueba pericial (que la parte lo solicite ante el órgano judicial – que la parte aporte directamente su dictamen pericial), se reguló un solo trámite a efectos de su contradicción; lo que significa que no procede acudir por vía de integración normativo, a las normas del Estatuto Procesal Civil (mientras estén en vigencia), para tramitar la contradicción del dictamen solicitado y decretado por el órgano judicial"*².

En el presente caso, no es de recibo los argumentos esgrimidos por la incidentista al manifestar que una vez se allegara al expediente el dictamen decretado a cargo del CENDES se debía dar el traslado establecido en el artículo 238 del CPC, para que así se garantizara el derecho de defensa de la parte demandada y se pudiera controvertir

² Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". EL juicio por audiencias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Segunda parte. Tomo II. Diciembre de 2012.

el mismo debidamente dentro de los tres (3) días concedidos para el efecto, puesto que además de que el Despacho considera y tiene la posición que **la contradicción del dictamen se debe hacer en la audiencia de pruebas sin importar como se allegue el mismo al proceso**, tal y como se hizo en la audiencia celebrada el 18 de julio de 2013, la misma apoderada de la parte demandada manifestó claramente no tener la oportunidad de conocer la pericia aportada porque le habían acabado de sustituir el poder a pesar de que la misma había sido anexada desde el 04 de julio del presente año, es decir con 14 días de antelación a la fecha para llevar a cabo la mencionada audiencia, circunstancia que bien se puede comprobar con la sustitución de poder hecha por la abogada aquí incidentista CATALINA MARÍA CARDONA VALENCIA a MILENA LLANOS OBANDO, el mismo día de celebración de la audiencia de pruebas, documento visible a folios 167 del expediente.

Es que para el Despacho no se encuentra la diferencia sustancial que permita afirmar y sostener que la contradicción en uno y otro caso (dictamen aportado por las partes o decretado por el Juez) se debe hacer de distinta manera, pues si el sistema implementado a partir del 02 de julio de 2013 con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, lo que pretende es dar mucha más preponderancia a la oralidad, no se encuentra sentido a tener que entablar una contradicción de un dictamen pericial de forma escrita, simplemente porque el mismo no fue aportado por las partes sino que fue decretado por el Juez. En este sentido vale la preguntarse si existe la necesidad de dar el traslado establecido en el artículo 238 del CPC, pues además de que para el Despacho si existe regulación expresa en la materia y no hay obligación de recurrir al mismo, en ninguna parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se exige que el dictamen pericial deba ser presentado por escrito y en un tiempo determinado, siendo perfectamente posible que el mismo sea allegado al proceso el mismo día de la audiencia de pruebas o en vísperas de ésta, o incluso que sea rendido de manera oral en la audiencia, sin que se tenga que aplazar la diligencia para así proceder a dar el traslado del artículo 238 que reclama la incidentista, circunstancia que entre otras cosas entorpecería de manera grave el transcurso normal del proceso, por lo que en la consideración del Despacho la audiencia se debe celebrar y en la misma cumplir la contradicción de la prueba pericial decretada desde la audiencia inicial de manera oral.

Sumado a lo anterior, debe la apoderada asumir las consecuencias de las conductas por ella adelantadas en la vigilancia de los procesos judiciales contra la entidad que representa, pues además de encontrarse incorporado al expediente el dictamen pericial rendido desde el 04 de julio de 2013 (fl 159 y ss), de la sola consulta tanto en el Sistema de Gestión Judicial como en la página web de la rama judicial, se evidencia claramente la recepción de memorial en dicha fecha con la respectiva anotación de tratarse de un dictamen constante de 7 folios, razón por la cual no se puede argumentar que no tuvo oportunidad de conocer el dictamen con anticipación, pues de la mera consulta del proceso por los distintos medios electrónicos destinados para ello, sin necesidad de tener que acercarse al Despacho contantemente, perfectamente se pudo haber dado cuenta de la incorporación de la pericia al expediente y así poder llegar a la audiencia de pruebas debidamente preparada para surtir su contradicción, sin importar si se trate de la apoderada sustituta o principal.

Ahora bien, dentro del transcurso de la audiencia, dicha letrada solicitó al Despacho la ampliación del término de traslado del dictamen con fundamento en el artículo 222 del CPACA el cual prevé lo siguiente:

"Artículo 222. Ampliación de términos para la contradicción del dictamen. De oficio o a petición de parte, **el juez podrá**, previa ponderación de la complejidad del dictamen, ampliar el término del traslado del mismo o de las

aclaraciones o complementaciones, sin que en ningún caso el término para la contradicción sea superior a diez (10) días". (Negrita del Despacho).

Nótese como la ampliación de dicho término de traslado hasta 10 días, se condiciona exclusivamente a la ponderación que haga el Juez de la complejidad del dictamen controvertido, razón por la cual se encuentra plenamente justificada la negativa a la solicitud presentada, pues en su momento este juzgador consideró que el grado de complejidad de dicha pericia no ameritaba la ampliación del término de traslado concedido en la audiencia.

No obstante lo anterior, la apoderada que en esa audiencia se encontraba representando los intereses de la entidad demandada, después de haberse suspendido la misma para que tuviera oportunidad de apreciar el dictamen se le concedió el uso de la palabra para que ejerciera su derecho de contradicción, procediendo a interrogar al perito, quien le resolvió lo indagado e incluso le dio respuesta a las aclaraciones pedidas y sin que hubiese promovido objeción al mismo.

Argumenta finalmente la incidentista que existe jurisprudencia reciente del H. Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, en la cual se remiten al artículo 238 del CPC en materia del traslado de los dictámenes periciales decretados por el Juez, situación que según ella obliga al acatamiento de este Despacho por ser un Juez de menor jerarquía. Para tal fin anexa copia del acta levantada en constancia de celebración de una audiencia inicial en dicha corporación.

Al respecto es pertinente advertir, que si bien este Despacho respeta profundamente la posición adoptada por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia en el tema que nos ocupa, en este caso en particular se apartará de la misma por tener una posición diametralmente opuesta a la planteada por esa corporación en el caso examinado por las razones antes expuestas, decisión que contrario a lo manifestado por la apoderada incidentista, si puede optar por acoger el Despacho, pues en primer lugar no se trata de jurisprudencia emanada del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción, en este caso el Consejo de Estado, y en segundo lugar lo decidido en dicha audiencia inicial por el Tribunal no constituye una orden directa para este Despacho que deba acatar este o no de acuerdo, sino que por el contrario la misma se adoptó dentro de un proceso tramitado íntegramente en esa corporación y que en nada condiciona al aquí adelantado, señalándose adicionalmente que una decisión emitida por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia, no constituye precedente obligatorio para el Juez.

Con relación a dicho aspecto se debe reseñar *"que la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, **únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre**, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores"*³ (Negrita del Despacho).

Con fundamento en lo anterior, se negará la nulidad propuesta por la apoderada de la entidad demandada, al no encontrar el Despacho justificadas las razones esgrimidas para ello.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN,**

³ Corte Constitucional. Sentencia C-816/2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

RESUELVE

Primero. No decretar la nulidad invocada por la apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en escrito visible a folios 193 a 208 del expediente, por las consideraciones expuestas anteriormente.

Segundo. En firme la presente decisión, se seguirá con el trámite normal del proceso en la correspondiente etapa procesal donde se encontraba el mismo al momento de presentación del incidente.

NOTIFÍQUESE

BEATRÍZ STELLA GAVIRIA CARDONA
Juez.

JSG