

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA UNITARIA CIVIL - FAMILIA – LABORAL

PROCESO:	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
DEMANDANTES:	ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS:	NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN:	20001 31 03 003 2012 00492 02
DECISION:	CONFIRMA AUTO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Valledupar, dieciocho (18) julio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Corporación en Sala Unitaria, a decidir el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, contra el auto dictado en curso de la audiencia celebrada el cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar – Cesar, mediante el cual decidió dejar sin valor probatorio el dictamen pericial aportado junto con la demanda, dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES PROCESALES.

ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS, NURYS ESTHER HERNÁNDEZ GUARDIAS, GREGORIA GUARDIAS MIER, ALVARO ENRIQUE GUARDIAS MIER, SORAYA DEL ROSARIO TORRES GUARDIAS, ALVARO LUÍS TORRES GUARDIAS, CELMIRA GUARDIAS ROJAS, LUISA MATILDE DAZA ROJAS, ORFELINA DAZA ROJAS, EVER EDGARDO ARTEAGA HERNÁNDEZ y los menores de edad ANDRÉS DANIEL TORRES ARAUJO, ANDREA CAROLINA TORRES ARAUJO, DAISY JANETH TORRES LEAL, ALVARO JOSE TORRES LEAL y MARIA ANDREA TORRES LEAL, quienes actúan por conducto de su representante legal, a través de apoderado judicial debidamente constituido, presentaron demanda contra la NUEVA EPS S.A., y la CLINICA DEL CESAR S.A., para que se declare la responsabilidad civil conjunta y solidaria de esas sociedades, con ocasión de las fallas en la prestación de los servicios médicos asistenciales prestados a la señora CARMEN GUARDIAS ROJAS, y

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS: NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN: 20001 31 03 003 2012 00492 02

que le causaron la muerte el 25 de junio de 2010. En consecuencia, se le condene al pago de los perjuicios de orden inmaterial descritos en la demanda.

Mediante auto del 30 de enero de 2013, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar, procedió a admitir la demanda, ordenando a su vez la notificación de la parte demandada.

Luego de notificada y contestada la demanda en término por la NUEVA EPS S.A. y la CLINICA DEL CESAR S.A., se procedió a dar trámite a la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, llevada a cabo el 29 de octubre de 2020, reanudada y continuada el 27 de noviembre siguiente, el 12 agosto y 4 de octubre de 2021.

En la diligencia celebrada el 12 de agosto de 2021, la juzgadora procedió a decretar las pruebas solicitadas por la parte demandante, entre ellas las documentales aportadas junto con la demanda, que, para el caso de autos interesa resaltar el dictamen pericial elaborado por el galeno Raúl Bermúdez Cuello. De otra parte, se decretó como prueba pericial la asistencia del périto a la audiencia, a cargo de la parte demandante.

2. AUTO APELADO

Mediante auto dictado en la audiencia celebrada el 4 de octubre de 2021, la *A-Quo* decidió dejar sin valor alguno la experticia aportada por la parte demandante, en aplicación a lo estipulado en el artículo 228 del Código General del Proceso, por la inasistencia del perito a la audiencia, sin que exista excusa por fuerza mayor o caso fortuito, antes de su intervención a dicha diligencia.

3. RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO DE APELACIÓN

Inconforme con esa decisión, la apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, manifestando que se encuentra probado dentro del proceso, que la no comparecencia del perito a la audiencia se debe a motivos de fuerza mayor que no le son a él atribuibles, sino al sistema y a la red de Wifi.

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS: NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN: 20001 31 03 003 2012 00492 02

Seguidamente, la jueza mantuvo incólume la decisión adoptada en el auto dictado, al considerar que la inasistencia del experto no constituye una causal de fuerza mayor o caso fortuito, como quiera que la audiencia ya estaba programada con antelación, debiendo ser previsible en el entendido que tanto el perito como la abogada tienen conocimiento de que ese tipo de diligencias se realiza por medios tecnológicos.

Añade que el pantallazo allegado no informa si existía algún problema para ingresar a la audiencia por el link respectivo y, que a la togada se le manifestó que el citado podría hacer una llamada telefónica siguiendo las indicaciones señaladas para su ingreso, no obstante, no fue tomado como una posibilidad por parte de esta.

Por último, resalta que no se cumplirían los requisitos para una reprogramación de la exposición del perito, en tanto la norma es clara en indicar que esté debe excusarse antes de la diligencia y solo por motivos de fuerza mayor o caso fortuito.

En esos términos, la jueza de primer grado no repuso la providencia censurada y, en consecuencia, al ser procedente el recurso de apelación, lo concedió en el efecto devolutivo.

4. CONSIDERACIONES.

Sea lo primero en mencionar que, esta Sala Unitaria procederá a resolver el recurso de apelación contra el auto proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar, el 4 de octubre de 2021, en el cual se abstuvo de tener en cuenta la experticia aportada, al ser el mismo procedente conforme al numeral 3 del artículo 321 del Código General del Proceso; es decir, ser dicho auto recurrible en apelación.

De acuerdo con los términos del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, el problema jurídico sometido a consideración de este Tribunal se contrae en determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión de la *A-QUO* de dejar sin valor probatorio el dictamen pericial aportado junto con la demanda, debido a la incomparecencia del perito a la audiencia.

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS: NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN: 20001 31 03 003 2012 00492 02

Ese problema jurídico será resuelto declarando acertada esa decisión, al encontrarse claramente probado en el caso de autos, que el perito requerido no asistió a la audiencia y no presentó excusa antes de su intervención, por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, situación que trae como consecuencia jurídica la de no otorgarle valor alguno al dictamen allegado, según lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso.

Para resolver el asunto puesto en consideración, de antemano es necesario recordar que las normas procedimentales, incluyendo aquellas que regulan lo referente al procedimiento para decretar, solicitar y aportar pruebas, son de obligatorio cumplimiento tanto para las partes dentro del proceso como para el funcionario judicial, pues las mismas tienen la naturaleza de ser normas de orden público. Al respecto la doctrina ha indicado que:

Cuando de los procesos regidos por el CGP concierne, la legislación se ocupa de regular de manera precisa las oportunidades para solicitar y aportar pruebas, de ahí que solo dentro de ellas es posible hacerlo, lo que constituye un primer paso en orden al acatamiento del principio del debido proceso en el campo probatorio y el respeto a los términos.¹

Así entonces, tenemos que el Código General del Proceso regula los medios de prueba susceptibles de ser utilizados por las partes dentro de un proceso para hacer valer su derecho ante el juez que lo instruye, enlistando de forma particular la prueba pericial, que se encuentra desarrollada en los artículos 226 a 235 *ibidem*, y es procedente en aquellos casos en que se pretenda verificar aspectos facticos que interesen al proceso y requieran de especiales conocimientos *científicos, técnicos o artísticos*² de personas denominadas “peritos”, de donde deviene su nombre.

En ese orden de ideas, las citadas disposiciones normativas se han encargado de fijar la procedencia de ese medio de prueba, así como el contenido mínimo, los requisitos, las condiciones y demás formalidades que debe cumplir toda experticia arrimada al trámite judicial, para que sea válidamente solicitada, decretada y practicada como prueba.

¹ Hernán Fabio López Blanco, Código General del Proceso Pruebas, página 36

² Artículo 226 del CGP.

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS: NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN: 20001 31 03 003 2012 00492 02

Para el caso que nos interesa, el artículo 228 de la misma codificación en cita, prevé el derecho y las reglas para la contradicción del dictamen pericial, de la siguiente manera:

*“La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. **En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia,** en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. **Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.** -negrilla fuera de texto-.*

Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.” (...)

De la lectura de ese precepto normativo, es dable concluir que el derecho a la contradicción del dictamen se limita a las siguientes posibilidades: i) solicitar la asistencia del perito a la audiencia, ii) aportar un nuevo dictamen, o iii) presentar ambas peticiones.

Frente a la comparecencia del perito a la audiencia para surtir contradicción del dictamen, tenemos que puede solicitarlo la parte, dentro de las oportunidades procesales señaladas, o bien puede ordenarlo el juez de oficio, de considerarlo pertinente, cuya finalidad es garantizar la idoneidad e imparcialidad en la elaboración de la experticia por parte del perito, a fin de ser tenido en cuenta al momento de proferir sentencia.

En esa misma línea el canon señalado, dispone que, la consecuencia de la no asistencia del perito es no tener en cuenta o dejar sin valor el dictamen, salvo en aquellos casos en que se justifica la ausencia del experto antes de su intervención a la audiencia, por motivos de fuerza mayor o caso

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS: NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN: 20001 31 03 003 2012 00492 02

fortuito, para lo cual, el Juez deberá fijar una nueva fecha para que se efectúe la declaración requerida.

Igualmente, el perito podrá excusar su inasistencia a la audiencia dentro de los 3 días siguientes a la misma, por las mismas razones mencionadas en el acápite anterior *-fuerza mayor o caso fortuito-*, autorizando dicha justificación, el decreto de la prueba pericial en segunda instancia.

En el *sub examine*, se advierte que Andrés Rafael Torres Guardias, Nurys Esther Hernández Guardias, Gregoria Guardias Mier, Álvaro Enrique Guardias Mier, Soraya Del Rosario Torres Guardias, Álvaro Luís Torres Guardias, Celmira Guardias Rojas, Luisa Matilde Daza Rojas, Orfelina Daza Rojas, Ever Edgardo Arteaga Hernández, y los menores de edad Andrés Daniel Torres Araujo, Andrea Carolina Torres Araujo, Daisy Janeth Torres Leal, Álvaro José Torres Leal y María Andrea Torres Leal, quienes actúan por conducto de su representante legal, presentaron demanda de responsabilidad civil extracontractual contra la NUEVA EPS S.A. y la CLINICA DEL CESAR S.A., en la que solicitaron se decrete como prueba el dictamen pericial que elaboró el médico Raúl Bermúdez Cuello.

En auto dictado en cuso de la audiencia celebrada el 12 de agosto de 2021, la juzgadora decretó como prueba los documentos aportados con la presentación de la demanda y, como prueba pericial, requirió la asistencia del perito para la contradicción del dictamen, a cargo de la parte demandante, programando fecha para llevar a cabo la continuación de la audiencia, para el 4 de octubre de 2021.

Mediante la providencia que aquí se recurre, la *A-Quo* dispuso dejar sin valor alguno la pericia allegada por la parte activa, ante la incomparecencia del perito citado a la diligencia. Decisión que es objeto de inconformidad en esta instancia, al aducir el extremo apelante que, la no asistencia del perito se debe a un motivo de fuerza mayor o caso fortuito, debido a problemas de conectividad.

De entrada, advierte esta sede judicial que al auto combatido se mantendrá incólume, puesto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del CGP, en el presente asunto se hacía necesaria y obligatoria la presencia del perito citado a la audiencia, máxime cuando de manera previa

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS: NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN: 20001 31 03 003 2012 00492 02

a la requerida intervención no se presentó excusa alguna, y no se comparten las apreciaciones de la recurrente, frente a que los problemas de conectividad presentados para ingresar a la misma, constituyan un evento de fuerza mayor o caso fortuito.

Nótese que, para que se configuren las instituciones jurídicas de fuerza mayor o caso fortuito, el hecho debe cumplir con los requisitos de irresistibilidad e imprevisibilidad. Al respecto, es necesario memorar, así sea sucintamente, que la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal establecida en el artículo 64 del Código Civil, es “*el imprevisto o que no es posible resistir...*”.

Expuesto lo anterior, con miramiento en las circunstancias concretas que rodean el hecho a calificar, resulta evidente que tales problemas de conectividad, ya sea derivados de la plataforma o de la red Wifi, como lo describe la censura, no reúnen los mencionados aspectos legales para ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, teniendo en cuenta que la citación del perito se realizó con suma antelación, y además se tenía pleno conocimiento de que la diligencia se llevaría a cabo de manera virtual, a través de los medios tecnológicos asignados, por lo que ese acontecimiento acaecido, claramente fue posible de evitar, por muy sorpresivo o dificultoso que resulte.

Por el contrario, se denota que la parte demandante fue poco diligente en cumplir con la carga procesal que le correspondía de hacer comparecer al perito a la audiencia calendada para el 4 de octubre de 2021, en la que inclusive, la jueza y las partes se dieron a la espera de su presencia, y se manifestó una fórmula de solución para lograr la conectividad de la persona, no obstante, fue desconocida.

Así las cosas, partiendo del hecho de la inasistencia del perito requerido y la ausencia de una justificación por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, resulta acertada la decisión reprochada, toda vez que la consecuencia jurídica de esa omisión, es la de no tener en cuenta o dejar sin valor el dictamen pericial, al tenor de lo establecido en el artículo 228 del Estatuto procesal, pues no se puede obviar ni aplicar causal distinta a la estipulada en la normatividad que regula la materia objeto de estudio.

PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTES: ANDRES RAFAEL TORRES GUARDIAS Y OTROS
DEMANDADOS: NUEVA EPS S.A – CLINICA DEL CESAR S.A
RADICACIÓN: 20001 31 03 003 2012 00492 02

Por tales motivos, al no existir razón legal que motive la modificación o revocatoria de la decisión que dejó sin valor el dictamen pericial aportado junto con la demanda, se confirmará el auto dictado en la audiencia llevada a cabo el cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Al despacharse desfavorablemente el recurso interpuesto, se condenará en costas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA - LABORAL,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido dentro de la audiencia celebrada el cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar – Cesar, mediante el cual se abstuvo de tener en cuenta el dictamen pericial aportado junto con la demanda, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho en su contra la suma de un (1) SMLV, la liquidación de costas se efectuará de manera concentrada por el juzgado de primera instancia en atención a lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Comuníquese lo aquí dispuesto al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado