SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

PROCESO	VERBAL
DEMANDANTES	AMANDA GARCÍA GIRALDO Y OTROS.
DEMANDADOS	COLSANITAS MEDICINA PREPAGADA Y OTROS.
ASUNTO	NIEGA PRÁCTICA DE SUSTENTACIÓN DE DICTAMEN PERICIAL
RADICADO	05001-31-03-005-2018-00393-03

Medellín, seis de octubre de dos mil veintidós

1. Durante el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de alzada interpuesto en contra de la decisión de primera instancia, la parte demandante, con fundamento en los artículos 228 y 327 del Código General del Proceso, en consonancia con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, solicitó se ordene *"la práctica de la diligencia de sustentación del dictamen pericial rendido por el CENDES a través del cirujano Dr. Andrés Felipe Acevedo".*

El apoderado de la parte demandante indicó que en esta instancia es procedente la práctica de dicha prueba -en síntesis- porque el juez de primer grado, de conformidad con el artículo 228 del Código General del Proceso, ante la inasistencia justificada del perito a la audiencia de 20 de enero de 2020, al no haberse proferido la sentencia cuando el perito presentó la excusa, debió reprogramar la audiencia para tener en cuenta, en la sentencia, la sustentación del dictamen. También dijo que el numeral 2 del artículo 327 ibídem permite que en segunda instancia se practique el dictamen pericial del Dr. Acevedo por tratarse de una prueba decretada en primera instancia, que se dejó de practicar "*sin culpa*" de la parte demandante, en tanto el perito fue debida y oportunamente citado con más de un mes de antelación, máxime que compareció al juzgado, pero por cuestiones laborales lo hizo unos minutos después de que la audiencia fue iniciada y cerrada, por lo que no puede responsabilizarse a una parte por la

inasistencia del perito cuando no tiene sobre él ningún contacto, ni relación de control o vigilancia, como el CENDES impone para preservar la imparcialidad.

2. El artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, "*por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones",* enseña que:

> *"El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia se tramitará así:*
>
> *Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.*
>
> *Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes (…)".*

Por su parte, el artículo 327 del Código General del Proceso, preceptúa que:

> *"Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.*
> *2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.*
> *3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.*

4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.
5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior (…)"

En cuanto a las justificaciones presentadas por los peritos por la inasistencia a la audiencia para la práctica del dictamen pericial, el artículo 228 del estatuto procesal, dispone lo siguiente:

"(…) Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

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 (…)"

3. Analizada la situación expuesta por la parte demandante, este despacho encuentra improcedente la práctica de la prueba pericial en segunda instancia, en tanto dicha situación, ya fue zanjada en primera instancia por el juez *a quo,* lo que impide en esta sede analizar si la práctica de dicha prueba es viable por ajustarse al supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 327 del Código General del Proceso. En efecto, en audiencia practicada el 20 de enero de 2020, el juez de primer nivel señaló que el peritaje aportado por la parte demandante, elaborado por el CENDES por medio del dr. Andrés Felipe Acevedo, no tendría ningún valor, por cuanto este no asistió a la audiencia fijada para la contradicción de dicho estudio. Ahora, si bien la parte demandante y el CENDES, dentro de los tres días siguientes a la audiencia allegaron la justificación que daba cuenta del motivo por el cual el médico

cirujano no asistió puntualmente a la diligencia y solicitaron la reprogramación de la misma, lo cierto es que tal solicitud fue denegada por el funcionario judicial en la audiencia de 28 de enero de 2020, bajo el argumento de que la excusa no reunía los requisitos de la fuerza mayor o el caso fortuito, en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso.

Frente a dicha decisión, la parte demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, por considerar que con tal determinación se negaba la práctica de la prueba; no obstante, el juzgado consideró que en ese evento no se negó el decreto o práctica de una prueba, sino que en aplicación de la sanción prevista en el artículo 228 del Código General del Proceso, ante la inasistencia del perito a la audiencia programada para la contradicción del peritaje, dejó sin valor el respectivo dictamen, situación que además no es apelable por no enmarcarse en el supuesto numeral 3 del artículo 321 ibidem. Frente a la negativa de la apelación, la parte demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de queja. El juez negó el de reposición y concedió el de queja, el cual fue resuelto por este Tribunal en auto de 11 de mayo de 2020, mediante el cual se declaró bien denegado el recurso de alzada, en síntesis, bajo el argumento de que la providencia que niega la reprogramación de nueva fecha para la contradicción de la prueba pericial y deja sin valor el dictamen por cuanto el perito no compareció al interrogatorio, no denegaba la práctica de la prueba, ya que el conflicto real versaba sobre la calificación de la justificación que se trajo al expediente para saber si era dable o no reprogramar la diligencia decretada.

El anterior recuento, basta para señalar que ahora, no es viable entrar a analizar si la solicitud de la prueba se enmarca en el supuesto descrito en el numeral 2 del artículo 327 del Código General del Proceso o si hay lugar a hacer un análisis extensivo del artículo 228 ibidem y dar prevalencia al derecho sustancial como la parte demandante sugiere, en tanto, cualquier estudio sobre esa misma situación, iría en contravía de los principios de preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica y, además, desbordaría la competencia de este despacho, en tanto la controversia relativa a la práctica del dictamen pericial elaborado por el Dr. Andrés Felipe Acevedo, quedó consolidada en el proceso, sumado a que el motivo por el cual no se practicó

la prueba pericial ya mencionada, no es objeto de estudio en esta ocasión. En efecto, el despacho encuentra que un nuevo estudio sobre el asunto, para verificar si la prueba pericial se dejó de practicar sin culpa de la parte que las pidió, desnaturalizaría la aplicación del artículo 327 del CGP, en tanto ello, en contravía del derecho al debido proceso, involucra un nuevo debate sobre los motivos por los cuales la prueba no fue practicada en primera instancia, asunto definido en providencia debidamente ejecutoriada, en este caso en concreto, frente a la inasistencia del perito y las razones por las que el juez determinó que la justificación expuesta por el experto para que se fijara nueva fecha para oírlo en el proceso no reunía los requisitos del artículo 228 del Código General del Proceso.

4. En mérito de lo expuesto, el despacho RESUELVE:

4.1. Negar la práctica de la prueba pericial solicitada por la parte demandante en esta instancia, por las razones expuestas.

4.2. Una vez ejecutoriada la presente providencia, la parte apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. A continuación de ese término correrá el traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Después de lo cual proferirá sentencia escrita que se notificará por estado.

NOTIFÍQUESE

MARTHA CECILIA LEMA VILLADA
Magistrada sustanciadora