

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:
CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

Agosto veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 66001310300320170000901
Asunto: Proceso verbal. RCE. Recurso de súplica
Demandante: Deicy Daniela Vargas Hernández
Demandado: Arles de Jesús Gómez y otro.
Acta N°: 401 de 26-08-2021
Auto: TSP. AC-0111-2021

1

Al Despacho se encuentra el proceso de la referencia para pronunciarse sobre el recurso de súplica formulado contra el auto dictado en esta Corporación el día 15 de junio del año en curso, por el Magistrado Dr. Jaime Alberto Saraza Naranjo.

ANTECEDENTES

En el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira se adelantaron los procesos de radicación número 66001310300320170000900¹ y 66001310300320170014500², ambos por los mismos hechos y con los mismos integrantes en los extremos de la litis; siendo acumulados a la primera radicación.

En ambos, el demandado Arles de Jesús Gómez presentó como prueba, experticia elaborada por los peritos Diego Manuel López Morales y Alejandro Rico León³, adscritos a la compañía IRS VIAL S.A.S.; ítem probatorio que no fue controvertido por la contraparte en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso; no obstante, la jueza de primera instancia

¹ Buscando indemnización por haber sufrido perjuicios propios en hecho antijurídico.

² Buscando indemnización por perjuicios sufridos, en calidad de compañera permanente, de quien fue víctima en hecho antijurídico.

³ (i) F. digital 27 y ss., parte 2 del cuaderno principal de primera instancia, rad. 2017-00009-00. (ii) F. digital 19 y ss. parte 2 cuaderno principal de primera instancia, y archivo "DICTAMEN PERICIAL. FOLIO 264", rad. 2017-00145-00.

consideró necesario citar a los expertos a audiencia (minuto 1:09:20 y ss., archivo audiovisual “AUDIENCIA INICIAL. VERBAL 00145 Y 00009 DE 2017 de primera instancia”).

En etapa oral de instrucción y juzgamiento se avisó que en el itinerario del experto Diego Manuel López Morales estaba comparecer a audiencia, por lo que se desconocía en ese momento los motivos por los cuales no había asistido, ante lo cual, de conformidad al artículo precitado, la *a quo* se remitió a su inciso 3º, indicando que debe solicitarse en segunda instancia la declaración del profesional, siempre que se presente excusa por fuerza mayor o caso fortuito (minuto 17:30 y ss. archivo audiovisual “AUDIENCIA ART. 313 VERBAL 00145 Y 00009 de 2017” de primera instancia). Allí mismo se profirió sentencia que fue apelada.

A folios digitales 8 y 11 del cuaderno “2017-00145. CUADERNO PRINCIPAL. PARTE3” se observa prueba sumaria en el sentido indicado (tiquete electrónico y reporte de estado de vuelo), aportada por el perito Diego Manuel López Morales. Donde además se expresa: *“El físico forense Alejandro Rico León quien firmó también el informe pericial se encontraba adelantando unas actividades programadas con anterioridad, las cuales no eran posible cancelarlas, motivo por el cual no fue asignado a esta actividad.”*

Una vez admitida la alzada en segunda instancia (archivo 4), los apoderados judiciales de los demandados (archivos 06 y 13), presentaron solicitud de pruebas ante esta Corporación (art. 327-2 del C.G.P), consistente en convocar a audiencia para escuchar al perito.

2

La solicitud fue negada por diversos motivos (archivo 23):

- Aunque la parte contraria no pidió la citación de los peritos, la jueza lo ordenó, y no citó a uno sino a los dos, luego ellos debieron comparecer a la audiencia.
- Ninguno de los peritos citados acudió, y solo se trató de justificar la situación respecto del segundo de ellos, pero nada se dijo con relación al otro.
- No procede entonces el decreto de la prueba con base en el artículo 327 del C.G.P., porque era carga de la parte lograr que los peritos acudieran a la audiencia y ninguno lo hizo.
- Tampoco procede en aplicación del artículo 228 lb., porque la justificación estuvo limitada a uno de los peritos, no a los dos que fueron convocados.

- Además, la única excusa que se trajo no demuestra la existencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. Desde la fecha que se requirió la asistencia de los peritos hasta la de la audiencia de instrucción y juzgamiento, hubo suficiente tiempo para prever y atender tales acontecimientos, y arribar a tiempo a esta ciudad. Incluso pudo solicitarse la comparecencia por medios virtuales.

En término, se propuso recurso de súplica contra esa decisión (archivo 25). Sostuvo el recurrente:

- *“El hecho de que el Magistrado entienda que el dictamen pericial fue expedido de manera colegiada y que, por tanto, debía sustentarse en iguales condiciones, no es un aspecto definido expresamente así en la norma procesal y mucho menos puede conllevar, por no tener norma explícita que lo imponga, a la sanción de negar la valoración de la prueba por la no concurrencia de todos sus firmantes.”* A su juicio, se trata de una sanción (restar eficacia al dictamen pericial) y su aplicación debe estar precedida de la estricta aplicación del principio de legalidad, luego no se puede aplicar la sanción de negar la valoración de la prueba por la no concurrencia de todos sus firmantes, porque no existe disposición que la contenga.
- Refiere que los hechos narrados como justificantes por el perito, sí son constitutivos de fuerza mayor. Dijo éste que programó viaje desde la ciudad de Bogotá a Pereira un día antes de la diligencia (23 de octubre de 2019); no obstante, ese día no pudo viajar porque se encontraba en otra diligencia judicial que se extendió y perdió el viaje desde Bucaramanga a Bogotá. Entonces, se vio obligado a viajar desde Bogotá el mismo día de la diligencia a las 5: 55 am; con el infortunio que, por mal tiempo climático, el avión no pudo aterrizar en Pereira.
- Agrega que para la fecha de la diligencia no había reglamentación que permitiera de forma rápida la realización de audiencia o comparecencia a ellas de manera virtual. Para la época, existía el protocolo denominado *“PROCEDIMIENTO PARA LA REALIZACION DE AUDIENCIAS VIRTUALES, VIDEOCONFERENCIAS Y STREAMING EN LA RAMA JUDICIAL”*, requiriéndose una programación previa de varios días.

Finalmente, señala que, como quiera que el dictamen pericial no fue atacado por la contraparte en los términos definidos en el artículo 228 del C.G.P., y el control del probatorio en segunda instancia lo tiene el Tribunal, el dictamen debe ser valorado.

Luego de su traslado, la codemandada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a través de su apoderado intercedió para la prosperidad del recurso (archivo 28); de otro lado, la parte demandante expresó que era evidente que la no comparecencia del experto era previsible (archivo 30).

CONSIDERACIONES

1- Los recursos son las herramientas adjetivas con que cuentan las partes para controvertir las decisiones de los jueces; para su trámite y estudio de fondo, deben cumplirse ciertos requisitos; la doctrina los ha establecido en: legitimación, oportunidad, sustentación, cumplimiento de cargas procesales y procedencia⁴.

El recurso de súplica se contiene en los artículos 331 y 332 del C.G.P., debe ser interpuesto dentro de los tres (03) días siguientes a la notificación de la providencia que se confuta, que debe ser de aquellas que se consideran apelables. Luego de traslado por tres (03) días, por secretaría pasa al magistrado que sigue en turno quien actúa como ponente. Corresponde a los demás magistrados de la Sala, decidirlo.

En el caso concreto se censura auto del 15 de junio de 2021, proferido por el Magistrado Sustanciador, donde se negó una solicitud de práctica de pruebas en segunda instancia presentada por el apoderado judicial de la parte demandada. Como quiera que esa providencia es susceptible de apelación (art. 321, numeral 3º, Ib.), el recurso fue propuesto en término por persona legitimada, y está debidamente sustentado según se extractó en el acápite de hechos de esta providencia, procede examinar el fondo de los argumentos expuestos.

2- La prueba pericial en el marco fáctico descrito encuentra una regulación peculiar en el inciso 3º del artículo 228 del C.G.P. Señala la norma que, ante la inasistencia del experto a la audiencia se autoriza el decreto de esa prueba en segunda instancia, siempre y cuando se justifique aquella por fuerza mayor o caso fortuito, dentro de los tres días siguientes.

⁴ Cfr. FORERO Silva, Jorge. El Recurso de Apelación y la Pretensión impugnativa. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal No. 43.

Entonces, al tenor de la normatividad pertinente, hay lugar a convocar al perito en segunda instancia para surtir la contradicción del dictamen cuando, dentro de los tres días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, la inasistencia del perito fue justificada por la ocurrencia de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, que debe ser demostrado con prueba siquiera sumaria.

Siendo eso lo que acá se debe verificar, queda al margen de la discusión y de la competencia de esta Sala dual determinar si, con abstracción del resultado del recurso, se debe valorar o no en esta instancia el dictamen pericial presentado en la primera. Mírese que el objeto de esta providencia es resolver un recurso, en la fase de ordenación y práctica de la prueba, más no en la de su asunción y valoración⁵, no siendo entonces momento para pronunciarse sobre las argumentaciones contenidas en el punto 2.3. del escrito de súplica.

4.- Se lee en el artículo 226 del C.G.P que “[T]odo dictamen se rendirá por un perito”.

Desde la Ley 794 de 2003 así se reguló al modificar el texto original del Código de Procedimiento Civil, con el fin de agilizar el trámite. Empero si alguna de las partes por su voluntad, designa dos, aunque es innecesario no resulta ser irregular, ni se aprecia que afecte la existencia o la validez de la prueba.

5

En este caso, el presentado fue suscrito por dos peritos, Diego Manuel López Morales y Alejandro Rico León, “Físicos Forenses adscritos a la Compañía IRS VIAL S.A.S.” según literalmente se señaló al momento de su aporte al proceso. Allí mismo se indicó que “[L]os peritos responsables del dictamen, pueden ser ubicados en la sede principal de IRS VIAL S.A.S.”.

La anterior circunstancia valió la siguiente consideración en la providencia que negó el decreto de la prueba:

“Por el primer aspecto, es llamativo, cuando menos, que se pretenda la citación de los peritos a una audiencia en segunda instancia, cuando es bastante evidente que el dictamen fue rendido por dos expertos, Alejandro Rico León y Diego M. López Morales, y a ambos se les conminó para que estuvieran presentes en la audiencia. Pero, como se ve del recuento que se hizo, ninguno acudió y solo se trató de justificar la situación respecto del segundo de ellos, pero nada se dijo con respecto al otro.”

⁵ Cfr. DEVIS Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Sexta edición. Ed. Temis. Bogotá 2017. Capítulo XII. Págs. 263 a 272.

Así las cosas, como era una carga de la parte demandada que introdujo el dictamen lograr que los peritos asistieran y ninguno lo hizo, sería inapropiado decir ahora que la falta de concreción de la prueba en primera instancia se debió a causas que no le fueran imputables, con lo que, por la regla del artículo 327 se torna inviable el decreto de la misma.”

Sostiene el recurrente que la normatividad adjetiva no ordena que una pericia que se rinda por más de una persona sea sustentada en audiencia con la asistencia de todos ellos, luego discrepa de los argumentos del auto recurrido, en cuanto se concluye que es necesaria la asistencia de los dos peritos para sustentar el trabajo.

4.1. La última conclusión no se condensa de manera exacta en ningún aparte de la providencia recurrida; tal aseveración del magistrado ponente no fue expresa ni se infiere palmariamente tras su lectura; luego, este punto del recurso parte de una tergiversación de las razones que se ofrecieron en el auto atacado. Lo que se resalta en esa providencia es que, pese a que fueron dos personas las que elaboraron el dictamen, y las dos fueron convocadas a la audiencia, únicamente se trató de justificar la inasistencia de uno de ellos, sin que nada se dijera de la del otro, lo que demerita aún más los intentos de justificar la inasistencia para efectos del inciso 3º del artículo 228.

6

4.2. Pero, al margen de lo anterior y de que un solo experto pudiera sustentar la pericia, como lo plantea el recurrente, o tuvieran que hacerlo los dos en forma conjunta, lo cierto es que para el caso de autos ambos expertos fueron convocados a la audiencia, precisamente porque los dos fueron presentados como “responsables” de la prueba pericial. En efecto, revisado el audio de la diligencia, expresamente la juzgadora de primer grado señaló: “*Deberán presentarse Diego Manuel López Morales y Alejandro Rico León, de IRS VIAL, a la audiencia*”, para luego reiterar: “*los peritos de IRS VIAL deben venir a la audiencia*”

Frente a la anterior determinación, cree la Sala que no es este el momento oportuno para controvertirla. De no estar de acuerdo con ello porque, por ejemplo, la citación debió limitarse a un solo perito, la inconformidad tuvo que canalizarse en su momento, en contra del auto que ordenó la práctica de la prueba, o cuando menos acreditarse a más tardar en la audiencia las razones por las cuales solo uno de los peritos iba a comparecer, pero no luego, a fin de lograr el recaudo de la prueba ante el juez de segundo grado.

4.3 Al no haber concurrido ninguno de los expertos, habiendo sido ambos objeto de convocatoria judicial, es natural exigir de ellos, para los efectos del inciso 3º del artículo 228 lb.,

que se acredite una justificante de fuerza mayor o caso fortuito⁶, lo cual en el presente caso no sucedió.

4.4. En efecto, revisado el memorial de justificación de la inasistencia del perito a la audiencia, que reposa a folios digitales 8 y 9 del tomo III de la actuación de primera instancia en el expediente de radicación 2017-00145-00, lo cierto es que, si bien aparece suscrito únicamente por Diego Manuel López Morales, éste también intentó explicar la razón por la cual el otro autor (Alejandro Rico León), no compareció a la audiencia, en los siguientes términos:

- a) En primer lugar, por ser López Morales el Físico Forense “asignado por la Dirección Forense para rendir testimonio del informe técnico pericial No. 171020770 en audiencia de instrucción y juzgamiento (...) programada para el 24 de octubre de 2019”. (se subraya)
- b) En el mismo escrito indicó que el otro autor del dictamen no asistió porque *“...se encontraba adelantando unas actividades programadas con anterioridad, las cuales no eran posible cancelarlas, motivo por el cual no fue asignado a esta actividad”*.

7

Luego, en realidad, la inasistencia del otro perito sí se intentó justificar. Distinto es que no se hayan acreditado las razones esgrimidas (no existe prueba sumaria de la designación aludida; tampoco de la imposibilidad de asistencia del otro perito), o que ellas no puedan admitirse como fuerza mayor o caso fortuito, dado que se trata de circunstancias todas anteriores a la audiencia, ajenas por completo a los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad de la fuerza mayor o el caso fortuito.

4.5 Entonces, aunque se concluyera por esta Sala que la imposibilidad de aterrizar en Pereira esgrimida por el perito Diego López cumple los requisitos exigidos para ser tratado como fuerza mayor, pues es evidente que se embarcó en un avión con el tiempo suficiente para arribar al recinto judicial donde la audiencia se realizaría, tal circunstancia sería insuficiente para detonar los efectos del artículo de la regla adjetiva pluricitada que persigue el recurrente, teniendo en cuenta que Alejandro Rico León también fue convocado por la a quo para sustentar el dictamen, siendo exigible de su parte el mismo actuar: asistir a la audiencia o justificar su inasistencia.

⁶ Cfr. (i) Art. 64 del Código Civil: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. (ii) Sentencia T-195 de 2019 de la Corte Constitucional:

“...[E]ste Tribunal Constitucional se pronunció respecto del concepto de fuerza mayor y caso fortuito indicando que esos eventos se encuentran acreditados si se configuran tres requisitos: i) que se trate de un hecho irresistible, es decir, que no se puedan superar sus consecuencias; ii) que se trate de un hecho imprevisible, esto es, que no pueda ser contemplado de manera previa y iii) que se trate de un hecho externo. En esa oportunidad sostuvo esta Corporación, apoyada en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que ese concepto no alude de manera exclusiva a hechos de la naturaleza frente a los cuales el ser humano no puede actuar sino que comprende otro tipo de casos en los que también concurren los elementos propios de la fuerza mayor o el caso fortuito.”

Es que, si a su favor la parte presenta dictamen elaborado por dos peritos, sustentar a través de uno solo es una hipótesis que debe ventilarse y autorizarse por el juzgador, siempre y cuando no comprometa el derecho de contradicción de los demás intervinientes del proceso. Mientras así no se haga, de la misma manera se acrece la obligación de justificar las inasistencias, pues la de uno de ellos no cobija a los demás.

5. Siendo esta la conclusión a la que se llega para decidir el recurso de súplica, es innecesario estudiar los otros puntos del mismo, pues resulta suficiente para sostener la decisión opugnada.

Por lo anteriormente expuesto, esta Sala Dual Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

RESUELVE:

PRIMERO. Confirmar el auto del 15 de junio de 2021, dictado dentro del asunto por el magistrado Dr. Jaime Alberto Saraza Naranjo, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

8

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al despacho del Magistrado sustanciador.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS
Magistrado Sustanciador

DUBERNEY GRIASALES HERRERA
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b5ba8e3f3e35cfb2c4f9b2a0e18d7d1d73990d4c0fef563449d3d87fdf87a051

Documento generado en 26/08/2021 09:36:38 a. m.