Barranquilla, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021).

1. Por el presente proveído, procede la suscrita sustanciadora a pronunciarse sobre la solicitud probatoria que el apoderado de los demandantes ha elevado en el trámite del recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha febrero 26 de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito en este asunto.

Así mismo, se abordará la petición elevada por los apoderados de la parte pasiva, referente a la declaración de deserción del recurso de apelación por la falta de sustentación del embatiente.

2. En relación al primer punto, se acota que el representante judicial de los actores, solicitó en este estadio, se decretara un nuevo dictamen pericial, a fin que por médico neurólogo adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se contestaran las preguntas Nos. 6, 7, 9, 10 y 16 del cuestionario realizado por el primigenio vocero judicial de sus prohijados.

Ello, por cuanto el ortopedista nombrado en primera instancia a título de experto, consideró que los citados interrogantes debían ser resueltos por un galeno de la especialidad de neurología.

2.1. Como quiera que aquel pedido fue elevado en tiempo y está llamado a ser resuelto de fondo, procede pues una remisión obligatoria al artículo 327 del C.G.P., a fin de examinar si los medios de prueba pedidos, encajan en los presupuestos que taxativamente ha instituido el Legislador.

En efecto, la norma en cita, contempla 5 situaciones en que resulta viable un decreto probatorio ante el juez de segunda instancia, siendo estas i) que las partes la pidan de común acuerdo, ii) que decretadas en primera instancia, se hayan dejado de practicar sin culpa de la parte que las pidió, iii) que versen sobre hecho ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos, iv) que se trate de documentos que no pudieron aducirse en primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o v) que con ella se persiga desvirtuar los documentos descritos en numeral anterior.

2.2. Pues bien, una vez enfrentada la solicitud de parte con la norma, se advierte que no encaja en ninguno de los presupuestos por esta descritos.

Se recuerda para desarrollar esta tesis, que en primera instancia fueron decretados por el juez A quo dos dictámenes periciales, a solicitud, se resalta, de los demandados, en tanto la parte demandante no solicitó ni allegó con la demanda, un experticio que tendiera a demostrar los hechos en ella contenidos.

Se precisa además, que uno de los dictámenes debía ser rendido por médico con especialidad en otorrinonaringología y el otro por médico anestesiólogo. Sin embargo, en el momento en que la parte demandante renunció a la acción en contra del anestesiólogo Jaime Sotter Amin, el despacho de origen prescindió de la prueba que debía ser rendida por un homólogo de este último.

Fue así como después de múltiples intentos fallidos por el director del proceso, pues luego de requerimientos a varias instituciones no le fue brindada una lista de otorrinonaringólogos que pudieran resolver las inquietudes de los apoderados, se recibió el experticio del doctor Álvaro García Montalvo, quien en efecto, no pudo resolver alguno de los interrogantes planteados por quien era apoderado de los demandantes, en razón que desbordaban su especialidad.

Sin embargo, ello no quiere decir que la prueba no hubiere cumplido su finalidad, toda vez que se entendía agotada una vez que el especialista en otorrinonaringología nombrado a petición de los demandados, expusiera los conocimientos que estaban al alcance de sus estudios.

Es decir, que el hecho de que los interrogantes del otrora vocero de la parte demandante, hubieran ido más allá de la especialidad del experto designado, no le daba derecho ni a aquel ni a su sucesor, de solicitar el decreto de una nueva prueba consistente en el nombramiento de un neurólogo, so pretexto de "completar" una que no había rogado y que además, se había agotado.

En otras palabras, con las inquietudes que el doctor Álvaro García Montalvo absolvió con sus conocimientos sobre otorrinonaringología, culminaba la participación del apoderado de los demandantes en una prueba que no había pedido.

Lo anterior lleva a afirmar, que el dictamen de un neurólogo solicitado en esta segunda instancia, se constituye entonces en una prueba nueva que no cumple bajo ninguna óptica, con los criterios que el Legislador plasmó en el artículo 327 del C.G.P. motivo por el cual su decreto debe ser denegado.

En ese orden de ideas, esta Corporación debe resolver la alzada con los elementos de juicio que obren en el informativo, a menos que de manera oficiosa considere la necesidad de un decreto adicional.

3. De otra parte, pasa la suscrita sustanciadora a abordar la solicitud de declaración de deserción del recurso presentada por los apoderados de la parte pasiva.

Para ello debe invocar de manera obligatoria el numeral 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, norma aplicada en el auto admisorio, que de manera diáfana le permitiría al embatiente, sustentar su recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso **o al que niega la solicitud de pruebas.**

Ello da lugar a afirmar, sin necesidad de realizar elucubración adicional, que el recurrente está en tiempo de sustentar la alzada, conforme la norma cuya aplicación se le impuso en el auto admisorio, pues aún el auto que le deniega la prueba, no ha alcanzado firmeza.

Pero además de ello, es importante traer a colación a estas alturas, que la oportunidad para sustentar se encontraría vigente bajo los dos regímenes procesales, ora el Decreto Legislativo 806 de 2020, que permite hacerlo luego de la ejecutoria del auto que niega la prueba, o ya el Código General del Proceso, que demanda la sustentación en la audiencia de que habla su artículo 327. Es decir, que bajo la aplicación de cualquier de las dos normativas, la parte activa está en tiempo de sustentar su herramienta vertical.

La anterior aclaración se realiza porque resulta obligatorio que en esta etapa procesal y bajo el control de legalidad que demanda el compendio de normas adjetivas en su artículo 132, se rectifique la decisión del 30 de septiembre de 2020 en relación a la norma procesal aplicable a este trámite de segunda instancia, en cumplimiento de las directrices dadas por el superior funcional.

Ello por cuanto, la Corte Suprema de Justicia, en recientes y reiterados pronunciamientos[1], ha concluido que resulta contrario al debido proceso, adoptar los lineamientos del citado Decreto 806 de 2020, entratándose de

[1] Véanse las decisiones STC6687-2020, STC-7665-2020 y STC7783-2020.

recursos interpuestos antes de su entrada en vigencia, en tanto se contraría el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Así dispuso, por ejemplo, en decisión STC6687-2020 adiada septiembre 3 de 2020, sobre un caso en que se corrió traslado para sustentación escritural, en trámite de apelación formulada antes de la entrada en vigencia del Decreto 806 de 2020:

*"2. Para la Sala, se conculcaron derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia porque el remedio vertical que la tutelante propuso, respecto a la sentencia de 14 de febrero de 2020, lo incoó en el momento en el cual regía el procedimiento señalado en la Ley 1564 de 2012, en especial, el mandato previsto en el precepto 327 de esa codificación. Por tanto, como el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, nada indicó sobre la transición entre una y otra reglamentación, el colegiado enjuiciado debió atender a la directiva general establecida en el artículo 625 de la Ley 1564 de 2012, para los eventos en donde se introducen modificaciones a los procedimientos.*

*Bajo ese horizonte, si el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 modificó la manera para sustentar la apelación, así como la forma de resolver un mecanismo defensivo de ese talante y, además, nada esbozó en torno a los remedios verticales propuestos en vigencia del artículo 327 del Código General del Proceso, el recurso debía finiquitarse con la Ley anterior y no con la nueva.*
*(…)*
*Así, de manera general, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el canon 625 del Código General del Proceso, consignan el principio retrospectividad como regla general y, de forma excepcional, el de ultraactividad en materia de recursos, de modo que, según el último, es del caso conceder el amparo invocado.*

*Así, el ad quem confutado debió proceder de la manera exigida por ese precepto y no como lo dispone, ahora, el canon 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio 20203, según el cual, en firme el proveído que admite la apelación y define lo pertinente sobre el decreto de pruebas, dará cinco (5) días de traslado al recurrente para que lo sustente por escrito, so pena de declararlo desierto.*
*A pesar de la directriz sobre el tránsito de legislación en materia de recursos, el colegiado demandado la desconoció y dio aplicación inmediata a la aludida normatividad para reanudar el trámite de los procesos, ante la pandemia generada por la "COVID19".*

*El respeto por el paso de una Ley procesal a otra no podía soslayarse porque, amen de conculcar el debido proceso de la promotora, ello en manera alguna se opone a la práctica de las audiencias orales virtuales."*

Bajo esa línea de pensamiento y considerando que la presente herramienta vertical fue utilizada el día 26 de febrero de 2020, es decir, antes de la expedición del Decreto 806 de 2020, y en plena vigencia de las reglas procesales contenidas en el Código General del Proceso, resulta imperativo imprimir el trámite de alzada conforme lo indican los artículos 322 y 327 de este compendio ritual, a fin de garantizara los derechos supralegales de las partes.

En ese orden de ideas, no queda más que citar a la audiencia de alegaciones y fallo propia de los procesos verbales, sin perjuicio de las alegaciones escritas que ya presentaron los apoderados judiciales de las partes en el traslado corrido.

En mérito de lo expuesto, se

**RESUELVE:**

1º) Denegar la solicitud de prueba elevada en esta segunda instancia por el apoderado judicial de los demandantes.

2º) Dejar sin efecto los numerales 3ro, 4to y 5to del auto de septiembre 30 de 2020.

3º) En consecuencia, ejecutoriado este proveído, suba el asunto al despacho a fin de citar a la audiencia de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO**

Magistrada Sustanciadora

**Guiomar Elena Porras Del Vecchio**
Magistrado(a)
Tribunal Superior Sala Civil-Familia

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: **1a0779c539d71aca8e41c09b3f1ddad0ec5f09f282693c1867a076e1995004b6**
Documento firmado electrónicamente en 22-01-2021

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx**