REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL FAMILIA

NOTIFICACION POR ESTADOS

Art .295 C.G.P

Nro .de Estado **035** **Fecha Estado:** 02-03-2023 **Página:** 1

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
05376318400120220025601	Verbal	NEISA GISELA CESPEDES MENESES	ANTONIO ABAD MENDIVIL BUELVAS	Auto confirmado CONFIRMA AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 02 DE MARZO DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	01/03/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
05376318400120220025602	Verbal	NEISA GISELA CESPEDES MENESES	ANTONIO ABAD MENDIVIL BUELVAS	Auto revocado REVOCA AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 02 DE MARZO DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	01/03/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
05440318400120170064001	Ordinario	RAUL DE JESUS GARCIA ARISMENDY	ERIKA NATALIA GARCIA MONSALVE	Sentencia confirmada CONFIRMA SENTENCIA APELADA. COSTAS A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE.NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 02 DE MARZO DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	01/03/2023			CLAUDIA BERMUDEZ CARVAJAL
05440318400120170064001	Ordinario	RAUL DE JESUS GARCIA ARISMENDY	ERIKA NATALIA GARCIA MONSALVE	Auto señala agencias en derecho FIJA EN UN (1) S.M.M.L.V AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTES. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 02 DE MARZO DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	01/03/2023			CLAUDIA BERMUDEZ CARVAJAL
05615310300220090025901	Ordinario	DIEGO LEON RESTREPO ZAPATA	CLINICA SOMER S.A	Sentencia confirmada CONFIRMA SENTENCIA APELADA. COSTAS A CARGO DE LA DEMANDANTE. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 02 DE MARZO DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	01/03/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

FABIO ANDRÉS CIFUENTES MARTÍNEZ

SECRETARIO (A)

SE FIJA EL PRESENTE ESTADO POR EL TERMINO LEGAL DE UN DIA A LAS 8 A.M. Y SE DESFIJA EN LA MISMA FECHA A LAS 5:00 P.M.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Medellín, primero de marzo de dos mil veintitrés

AUTO DE SUSTANCIACIÓN Nº 018 de 2023
RADICADO N° 05 440 31 84 001 2017 00640 01

Conforme a las tarifas establecidas en el artículo 5° numeral 1° del Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho en sede de segunda instancia a cargo de los demandantes y a favor del extremo pasivo, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (1 SMMLV).

La suma establecida atiende a la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión realizada por el apoderado de los demandados; asimismo, se tuvo en consideración las tarifas mínimas y máximas establecidas por el artículo 366-4 CGP.

La liquidación de costas y agencias en derecho habrá de efectuarse de manera concentrada por el Juzgado de origen conforme a las reglas establecidas en el artículo 361 y siguientes del Código General del Proceso.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(CON FIRMA ELECTRÓNICA)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL
MAGISTRADA

Firmado Por:

Claudia Bermudez Carvajal

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Civil Familia

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **72d98d0ef228b82f7b624d0ecab6e11403407c631c02b3688e484cd104c8f44a**

Documento generado en 01/03/2023 04:10:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Medellín, primero de marzo de dos mil veintitrés

Sentencia Nº:	P-009
Magistrada Ponente:	Claudia Bermúdez Carvajal.
Proceso:	Verbal – Lesión enorme
Demandantes:	Raúl de Jesús García Arismendy y otros
Demandados:	Ramiro de Jesús García Arismendy y otros
Juzgado de origen:	Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla
Radicado1ª instancia:	05440-31-84-001-2017-00640-01
Radicado interno:	2021-00090
Decisión:	Confirma sentencia impugnada.
Tema:	Elementos axiológicos de la lesión enorme - valoración del acervo probatorio efectuado conforme a las reglas de la sana crítica. – De los requisitos de la prueba pericial al tenor de lo dispuesto en el artículo 226 del CGP y normas concordantes.

Discutido y aprobado por acta Nº 081 de 2023

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante dentro del presente proceso verbal de rescisión de partición por lesión enorme instaurado por los señores RAÚL DE JESÚS, MARTA LILIAM y ELCY OMAIRA GARCÍA ARISMENDY en contra de los señores RAMIRO DE JESÚS GARCÍA ARISMENDY, ERIKA NATALIA, GERARDO ALBERTO y DOLLY ALEXANDRA GARCÍA MONSALVE frente a la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla.

1.- ANTECEDENTES

1.1. DE LA DEMANDA

El día 16 de agosto de 2017, los señores RAÚL DE JESÚS, MARTA LILIAM y ELCY OMAIRA GARCÍA ARISMENDY, a través de apoderado judicial idóneo, presentaron la demanda que dio origen a proceso verbal contra los señores RAMIRO DE JESÚS GARCÍA ARISMENDY, ERIKA NATALIA, GERARDO ALBERTO y DOLLY ALEXANDRA GARCÍA MONSALVE, cuya causa factual se compendia así:

En el Juzgado Promiscuo Municipal de El Peñol se tramitó la sucesión testada del padre de los accionantes, señor Gerardo Antonio García Gutiérrez, la cual

se protocolizó mediante la escritura N°472 del 18 de julio de 2015 de la Notaría Única de El Peñol.

En la citada sucesión fueron reconocidos como herederos del causante sus hijos, además de los aquí demandantes, los señores RAMIRO DE JESÚS, ANA DEL CARMEN, AMPARO DEL SOCORRO, MARÍA CONSUELO, ELVIA DE JESÚS, MARÍA HELDA, LUZ MARINA, FABIÁN DE JESÚS, JOSÉ JAIME y ELEAZAR GARCÍA ARISMENY; igualmente, ERIKA NATALIA, GERARDO ALBERTO y DOLLY ALEXANDRA GARCÍA MONSALVE.

El causante, antes de su fallecimiento otorgó testamento mediante la escritura pública N° 088 del 02 de marzo de 2000 de la Notaría Única de El Peñol y por cuya virtud dejó a sus hijos ERIKA NATALIA, GERARDO ALBERTO y DOLLY ALEXANDRA GARCÍA MONSALVE la cuarta parte de mejoras y de libre disposición *"en la proporción que fuere necesario para que a ellos se les adjudique el derecho de dominio y posesión plenos sobre el inmueble inventariado en la primera partida, o sea una casa de habitación en la zona urbana del municipio de El peñol".*

Los herederos ANA DEL CARMEN, AMPARO DEL SOCORRO, MARÍA CONSUELO, ELVIA DE JESÚS, MARÍA HELDA, LUZ MARINA y FABIÁN DE JESÚS GARCÍA ARISMENDY, mediante escritura pública N° 281 del 17 de mayo de 2012 de la Notaría Única de El Peñol, le cedieron todos los derechos y acciones que les pudieran corresponder en dicha sucesión al también heredero RAMIRO DE JESÚS GARCÍA ARISMENDY.

La diligencia de Inventarios y Avalúos de dicho trámite sucesoral, quedó conformado como sigue:

ACTIVOS:

PARTIDA PRIMERA: Lote de terreno, con demás mejoras y anexidades y dependencias, con una cabida de 78 m^2 y la casa en él edificada, situado en la transversal 6, lote 12, manzana 2° de la Urbanización Nuevo Peñol del municipio del mismo nombre. Matrícula Inmobiliaria 018-12228 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla.
Valor asignado a tal activo en dicha diligencia …….. $60’000.000

PARTIDA SEGUNDA: Lote de terreno, sin mejoras, desmembrado de otro de mayor extensión, ubicado en la vereda El Salto del municipio de El Peñol. Matrícula Inmobiliaria 018-27531 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla. *"Para efectos de inventarios y avalúos, en razón de la ubicación del inmueble, que está retirado del área urbana del Municipio de El Peñol, que no tiene acceso de carretera, sino simplemente de servidumbre de a pie, desde la carretera a la vereda El Salto, debiéndose caminar aproximadamente 15 minutos desde la carretera hasta el lote, es decir, con difícil acceso, y sin mejoras, se determina un valor de este inmueble en la suma de (…) $19.100.000".*
Valor asignado a tal activo en dicha diligencia …….. $19'100.000

TOTAL ACTIVOS: ……. $79.100.000

PASIVOS:

a) *"IMPUESTO PREDIAL DEBIDO, que asciende a la suma de quinientos treinta y ocho mil pesos ($538.000). Este valor ha sido pagado por el señor RAMIRO GARCIA ARISMENDY, y de una vez solicita se le reconozca en la hijuela de Gastos que para el efecto habrá de conformarse".*

b) *"Los gastos de NOTARÍA, RENTAS Y REGISTRO, que para el valor asignado en inventarios y avalúos"*, se calculó $1.700.000.

c) *"GASTOS DE PUBLICACIÓN Y EMPLAZAMIENTO EN PRENSA Y RADIO. Suman éstos, la cantidad de $70.000, que fueron sufragados por el heredero y cesionario RAMIRO GARCIA ARISMENDY, y de una vez solicitamos se le reconozca en la hijuela de Gastos que para tal efecto habrá de conformarse".*

d) *"GASTOS DE PARTIDOR. Son actualmente indeterminados. Se calcula su valor en $700.000 para ser pagados por todos los herederos. Si el heredero y cesionario Ramiro García Arismendy pagare dicho partidor, se le reconocerá su valor en la correspondiente hijuela de gastos, y de una vez se solicita el reconocimiento a su favor".*

TOTAL PASIVOS: ……. $3.008.000

Los anteriores Inventarios y Avalúos fueron aprobados mediante auto del 3 de diciembre de 2013, proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Peñol.

Al hacer referencia al trabajo de partición y adjudicación *"en sus partes básicas, quedó de la siguiente manera:"*

"LIQUIDACION

Total Activo Bruto:	*$79.100.000*
Total Pasivo:	*$ 3.008.000*
Total Activo Líquido Partible:	*$76.092.000*

½ Legítima:	*$38.046.000*
Libre y Mejoras:	*$38.046.000*

Para cada heredero, en mitad legítima por ser 16, corresponde a cada uno la suma de $2.377.875.

Corresponde a cada heredero, lo siguiente, <u>POR SUS LEGITIMAS</u>:

Para RAMIRO DE JESUS GARCIA ARISMENDY, por su legítima y por las legítimas de sus 7 hermanos: ANA DEL CARMEN, AMPARO DEL SOCORRO, MARIA CONSUELO, ELVIA DE JESUS, MARIA HELDA, LUZ MARINA, FABIAN DE JESUS GARCIA ARISMENY, quienes cedieron todos sus derechos por escritura pública 281 de 2012 de la Notaría de El Peñol; y por la responsabilidad en el pago del pasivo, le corresponde la suma de $22'031.000 y para completarle su derecho, por su legítima, sus 7 derechos cedidos y la responsabilidad del pasivo, se le adjudica una cuota de $2.931.000.

JOSE JAIME GARCIA ARISMENDY	*$2.377.875*
ELEAZAR GARCIA ARISMENDY	*$2.377.875*
RAUL DE JESUS GARCIA ARISMENDY	*$2.377.875*
MARTA LILIAM GARCIA ARISMENDY	*$2.377.875*
ELCY OMAIRA GARCIA ARISMENDY	*$2.377.875*
GERARDO ALBERTO GARCIA MONSALVE	*$2.377.875*
ERIKA NATALIA GARCIA MONSALVE	*$2.377.875*
DOLL Y ALEXANDRA GARCIA MONSALVE	*$2.377.875*

Para cada heredero en las CUARTAS DE MEJORAS Y LIBRE DISPOSICIÓN, por ser 3, les corresponden a cada uno, la suma de $12.682.000, y la asignación sería:

GERARDO ALBERTO GARCIA MONSALVE	*$12.682.000.*
ERIKA NATALIA GARCIA MONSALVE	*$12.682.000.*
DOLL Y ALEXANDRA GARCIA MONSALVE	*$12.682.000".*

Para el pago de las anteriores partidas, se adjudicaron los bienes inventariados como sigue:

"HIJUELA UNO: Para RAMIRO DE JESUS GARCIA ARISMENDY, (…) por su legítima, por las 7 legítimas cedidas por sus hermanos ANA DEL CARMEN, AMPARO DEL SOCORRO, MARIA CONSUELO, ELVIA DE JESUS, MARIA HELDA, LUZ MARINA, FABIAN DE JESUS GARCIA ARISMENY, y de la responsabilidad en el pago del pasivo, le corresponde la suma de $22.031.000. - Se paga, adjudicándole EL CIENTO POR CIENTO (100%), del derecho de propiedad y dominio y la posesión material sobre el lote de terreno de la PARTIDA SEGUNDA (…) Con MATRICULA INMOBILIARIA Nro. 018-27531 de la Oficina de Registro de Marinilla. Código Catastral 10100301650022500000000 Catastro El Peñol".

"HIJUELA DOS: Se establece como HIJUELA EN COMUN Y PROINDIVISO con el heredero RAMIRO DE JESUS GARCIA ARISMENDY, (…) - A este heredero se le adjudicó la suma de $2.931.000, en relación a un avalúo de $60.000.000, equivalente al 4,885%.

Para los herederos JOSE JAIME GARCIA ARISMENDY, (…) ELEAZAR GARCIA ARISMENDY, (…) RAUL DE JESUS GARCIA ARISMENDY, (…) MARTA LILLIAM GARCIA ARISMENDY, (…) y ELCY OMAIRA GARCIA ARISMENDY, (…) le corresponde a cada uno, la suma de $2.377.875, equivalente al 3,963125% con relación a un avalúo de $60.000.000. - Valen los derechos o legítimas la suma de $11.889.375, y por tal valor se les adjudica en la proporción que a cada uno corresponde.

Y para los herederos GERARDO ALBERTO GARCIA MONSALVE, (…) ERIKA NATALIA GARCIA MONSALVE, (…) y DOLLY ALEXANDRA GARCIA MONSALVE,

(…) corresponde a cada uno, por sus respectivas legítimas y por su participación por terceras partes en las cuartas de mejoras y libre disposición, la suma de $15.059.875, equivalente al 25,09979% con relación a un avalúo de $60.000.000. - Para pagárseles, se les adjudica los valores y cuotas porcentuales establecidas para cada uno de los herederos en común y proindiviso sobre el siguiente bien inmueble, relacionado en la PARTIDA PRIMERA de los inventarios y avalúos, (…) Matrícula inmobiliaria N° 018-12228 de la Oficina de Registro de Marinilla. Código Catastral: 10100301600012000000000".

Señalaron los pretensores que los anteriores datos *"fueron tomados de los Trabajos de partición presentados en septiembre 25 de 2014, febrero de 2015 y abril 13 de 2015, los cuales fueron aprobados y aclarados por providencias del 12 de noviembre de 2014, 24 de febrero de 2015 y 15 de abril de 2015 proferidas por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Peñol, quedando ejecutoriados y debidamente registrados".*

De lo anterior se predicó que, *"el heredero y cesionario RAMIRO GARCIA, manipuló el avalúo del predio rural para que se le adjudicara en su totalidad, únicamente a él; y no contento con lo anterior, también se hizo adjudicar un pasivo en el inmueble urbano, el cual debió ser distribuido a prorrata entre todos los herederos de acuerdo a sus derechos, conforme lo ordena la ley; pero, como dicho pasivo no fue demostrado, no puede tenerse en cuenta (Arts. 1390 y 1411 del C.C.). - Infortunadamente, mis mandantes no tuvieron un apoderado que los representara en la sucesión y la pasividad del resto de herederos, facilitó lo antes mencionado. - T*anto es así, que el señor RAMIRO GARCIA, además se le adjudicó un pasivo mayor que el valor de la cuota que a sus hermanos les correspondió por sus legítimas; vale decir, $2.931.000 por el pasivo y apenas $2.377.875 como cuota por legítimas a los hermanos".

Los demandantes *"contrataron un perito quien avaluó el predio rural en la suma de $130.003.153,65 para 2014, año en el cual comenzaron los respectivos trabajos de partición. En cambio, dicho bien fue avaluado en la suma de $19.100.000 en la sucesión. Lo anterior equivale en una desproporción de más del 600%". -También dicho perito avaluó el inmueble urbano en $122.107.146,11 para 2014, fecha en la cual empezaron los respectivos trabajos de partición, y el citado bien fue avaluado en $60.000.000 en la sucesión, lo cual equivale una desproporción de más del 100%".*

"Por lo antes expuesto y por lo que veremos a continuación, mis mandantes pueden iniciar esta acción de rescisión en la partición por causa de lesión enorme al haber sido perjudicados en más de la mitad de su cuota".

Fundado en lo anterior, el apoderado de la parte actora en su escrito demandatorio expuso como consideraba que debió haber sido la partición en debida forma, para derivar, conforme a sus planteamientos, que el perjuicio irrogado a sus representados, ascendió a casi un 500% *"cual constituye una lesión enorme en sus cuotas".*

Con base en la narrativa fundante atrás compilada, el extremo activo pretendió lo siguiente:

> *"**a.** Que existió Lesión Enorme en la adjudicación de las cuotas hereditarias a mis mandantes en el Trabajo de Partición de la Sucesión por Causa de muerte del señor GERARDO ANTONIO GARCIA GUTIERREZ.*
>
> ***b.** Que como consecuencia de lo anterior, se decrete la rescisión de dicho trabajo de partición.*
>
> ***c.** Que se ordene inscribir la adjudicación realizada en los folios de matrícula inmobiliaria N° 018-12228 y 018-27531 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla, al igual que las hijuelas por dicho trabajo formada, en copia que se anexará luego al expediente.*
>
> ***d.** Que, registrado el anterior trabajo adjudicativo, dispóngase la protocolización del Proceso en la Notaría que elijan los interesados o en las de este Círculo Notarial.*
>
> ***e.** Que se condene en costas a los demandados".*

La demanda fue admitida por auto del 17 de enero de 2018, en el que se dispuso darle el trámite del proceso verbal, se ordenó notificar a los llamados a resistir y correrles traslado por el término de veinte (20) días, así como integrar el contradictorio con los señores José Jaime y Eleazar García Arismendy, también herederos del señor García Gutiérrez y quienes actuaron como tal, en el proceso sucesorio ya referido.

Los resistentes fueron notificados personalmente así:

i) Los señores **Gerardo Albeiro García Monsalve, Dolly Alexandra García Monsalve y Erika Natalia García Monsalve**, el día 30 de abril de 2018.

ii) El señor **Eleazar García Arismendy**, por intermedio de su apoderada judicial, el día 17 de agosto de 2018.

iii) El señor **Ramiro de Jesús García Arismendy**, el día 07 de septiembre de 2018.

iv) La parte actora reformó la demanda para incluir como parte pasiva a los señores **Lina y Diego García Valencia**, en su calidad de herederos del señor José Jaime García Arismendy, de quien se había ordenado su vinculación y se demostró su deceso con el correspondiente Certificado de Defunción, dichos ciudadanos se entendieron debidamente notificados por aviso los días 06 y 07 de junio de 2019, respectivamente, sin que hayan hecho manifestación alguna en el proceso.

v) Finalmente, el **curador ad litem** designado para representar los intereses de los herederos indeterminados del fallecido señor José Jaime García Arismendy, se notificó personalmente del libelo genitor el 02 de diciembre de 2019.

1.2. DE LA OPOSICIÓN

Los codemandados **Gerardo Albeiro García Monsalve, Dolly Alexandra García Monsalve, Erika Natalia García Monsalve y Eleazar García Arismendy**, a través de su mandataria judicial, respondieron la demanda incoada en su contra, señalando no oponerse a la declaración de la lesión enorme en la adjudicación, en el entendido que esta no solo existió frente a los demandantes, sino también frente a los señores García Monsalve. Tampoco se encontró resistencia frente a la pretensión de rescisión respecto de dicho trabajo partitivo, para que se procediera nuevamente a rehacer el mismo, y se opuso a la eventual condena en costas reclamada en el escrito incoativo.

En síntesis, el referido extremo litigioso adujo que las personas que lo conforman también se *sienten "defraudados por el señor RAMIRO GARCÍA, pues estos tuvieron que recurrir a un préstamo bancario para pagarle el derecho herencial equivalente al 4.8 del inmueble que en su sentir les pertenecía, que se le vendió al mismo señor; manifiestan de igual manera sentirse defraudados con la adjudicación, pues la voluntad de su padre era que el bien donde siempre vivieron sus tres hijos se le adjudicara a ellos".*

Adicionalmente, que los señores García Monsalve *"son más lesionados que cualquiera en el trabajo de partición, pues a ellos les tocó asumir el pago de uno de los Derechos al señor Ramiro García por valor de $3.000.000. - Cabe también informar al despacho que los herederos JOSÉ JAIME GARCIA ARISMENDY y ELEAZAR GARCIA ARISMENDY, sintiendo la defraudación en la adjudicación de la sucesión, bajo la figura de una simulación de venta les cedieron a mis poderdantes los Derechos que le fueron adjudicados en el bien inmueble".*

Por su parte el señor **Ramiro de Jesús García Arismendy**, a través de apoderado judicial, dio respuesta al libelo genitor indicando que es cierto que *"la voluntad del testador efectivamente fue que, a Erika Natalia, Gerardo Alberto y Alexandra García Monsalve, con su favorecimiento en las cuartas de mejoras y libre disposición, se tuviera prelación para que el inmueble urbano (Casa de habitación) en lo posible quedara de propiedad plena de los hijos extramatrimoniales citados, y fue lo que hizo el partidor designado por el juzgado, al realizar el trabajo de partición y adjudicación, teniendo en cuenta además, que estos beneficiarios por testamento, en el proceso tramitado en el Juzgado promiscuo Municipal de El Peñol, estuvieron debidamente representados por abogado, el Dr. Félix Chávez Centeno (QEPD), quien intervino en el proceso, y en especial, en las diligencias de inventarios y avalúos. - Y, es más, en respeto de la voluntad del testador, el demandado RAMIRO GARCIA ARISMENDY cedió, por escritura pública, la cuota proindiviso que le había sido adjudicada en la partición en el mismo inmueble, a los hermanos GARCIA MONSALVE, sus hermanos medios. - También, bajo principio de buena fe, reconoció y entregó con dineros de su propio peculio, a sus hermanos (ELEAZAR Y OMAIRA), $ 800.000.oo a cada uno, por los gastos de entierro que habían sufragado por el fallecimiento de su padre GERARDO ANTONIO GARCIA GUTIERREZ y no habían sido incluidos por ellos en los inventarios y avalúos".*

Adicionalmente expuso que: *"el trabajo de partición y adjudicación fue realizado por perito partidor abogado, nombrado por el juzgado, que actuó con plena independencia en el ejercicio de su función, sin ninguna injerencia de las partes, y entre otras cosas: - Cumpliendo la voluntad del testador, en cuanto a la prelación para que se adjudicara a la estirpe: GARCIA MONSALVE, en el inmueble urbano, sus derechos por legítimas rigurosas, y por la aplicación de las cuartas de mejoras y libre disposición. - Cumpliendo con la lógica jurídica de evitar división de inmuebles o adjudicación en proindiviso en inmuebles que no fuere procedente a su leal saber y entender, la adjudicación total a un beneficiario, vale decir, al señor Ramiro García Arismendy, por su legítima, y los demás derechos de legítimas adquiridas por cesión de derechos herenciales, en el inmueble rural. - Respetando la diligencia en firme de inventarios y avalúos, con los pasivos aprobados por el Juzgado competente".*

"los demandantes fueron debidamente citados al proceso de sucesión y liquidación de herencia, aceptándola, mediante los escritos correspondientes, con beneficio de inventario, PERO NUNCA SE PREOCUPARON POR INTERVENIR EN EL PROCESO, bien de manera directa, o bien mediante apoderado que gestionara en favor de sus intereses; existió en los demandantes una ABSOLUTA NEGLIGENCIA, DESCUIDO Y CONTUMACIA PARA LA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO SUCESORAL. Nunca, se preocuparon, ni manifestaron interés por asumir costos del proceso como emplazamientos, impuestos, costos de registro y anotación (Impuesto de rentas departamentales) y de registro (Oficina de registro de Instrumentos Públicos de Marinilla), ni de pago al partidor, ni gastos de copias procesales, ni gastos para protocolización del proceso en notaría. Le decían al demandado que no tenían dinero para pagar abogado o asumir gastos de la sucesión, para que ahora vengan de modo supremamente tardío, y años después de haber concluido el proceso, y muchos años después de haber sido reconocidos en el proceso, a reclamar sobre los gastos o reconocimiento de gastos reconocidos al demandado Ramiro García. Por ello, en el proceso, el demandado Ramiro García solicitó que se le tuvieran en cuenta los gastos realizados, y los proyectados, en hijuela de gastos. Por esta petición NUNCA EXISTIÓ OPOSICIÓN POR PARTE DE NINGÚN INTERESADO EN LA SUCESIÓN. Y, el partidor, estando en firme los inventarios y avalúos, AVALÓ esta situación, que posteriormente se ratificó en los hechos y en el derecho

por el juez competente, al aprobar el trabajo de partición y adjudicación, que puesto en traslado, nunca fue objetado, por ningún interesado".

Añadió que no pudo haber existido la manipulación del aquí demandado en las diligencias de inventarios y avalúos, pues *"entre otras cosas, el Dr. Félix Chávez Centeno, apoderado de los hermanos GARCIA MONSALVE, después de la objeción a los inventarios y avalúos, que habían sido presentados por el activo en la suma de $110'000.000.oo, PROPUSO que se disminuyeran los avalúos totales, así: Sobre el inmueble urbano, manifestó que valía $50.000.000.oo y sobre el inmueble rural, manifestó que no valía más de $10'000.000.oo, para un avalúo total del activo de $60'000.000.oo; y se llegó al acuerdo que de $110.000.000.oo denunciado como valor de activo por el apoderado de RAMIRO GARCÍA, se disminuyera a $79'100.000.oo, esto es que el avalúo del inmueble urbano, se disminuyó su valor de $ 85'000.000.oo, a $ 60'000.000.oo; y el inmueble rural, de $25'000.000.oo a $ 19.100.000.oo., más ajustado a la realidad (…) de los inmuebles para la época, lo que conllevó a una disminución del pasivo proyectado en cuanto a los gastos de notaría, rentas, registro, y partidor, terminándose por mutuo acuerdo el incidente, ante lo cual, el juzgado, por auto de Diciembre 3 de 2013, procedió a impartir aprobación a los inventarios y avalúos, incluido el pasivo";* y más adelante sobre este último ítem, predicó que *"lo cierto del caso, es que el demandado RAMIRO GARCIA asumió los costos en que se debía incurrir por todos los herederos , e interesados para el trámite de la sucesión, y de su INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO y PROTOCOLIZACIÓN".*

Frente a los avalúos de los bienes inventariados, el precitado convocado arguyó: *"Predios vecinos, que pertenecían a la antigua sucesión en que fue beneficiario Gerardo Antonio García Gutiérrez, por la época se vendían con precios similares al establecido en la sucesión. De esto conoció por ejemplo, el señor GILBERTO GARCÍA GUTIÉRREZ, tío de los demandantes y demandado, quien manifestaba que el avalúo del predio, estaba acorde con la realidad de la época, y más aún porque le indicó a Ramiro García (demandado), que aproximadamente quince (15) años antes, había vendido su inmueble, adjudicado en la misma sucesión de que fue beneficiario Gerardo García Gutiérrez, en la suma de CINCO MILLONES DE PESOS M.L. ($5'000.000.oo), y con la circunstancia adicional de ser un predio MEJOR UBICADO, y de mejores condiciones económicas en general. En razón de esto, el avalúo indicado en los inventarios y avalúos aprobados, SE ENCONTRABA*

AJUSTADO A LA REALIDAD DE PRECIO DE VENTA POR LEY DE OFERTA Y DEMANDA DE INMUEBLES, EN LA MISMA ZONA, Y DE SIMILARES CONDICIONES. - Además, el predio de la sucesión de Gerardo García Gutiérrez estaba abandonado, enmalezado, y fue el demandado RAMIRO GARCÍA ARISMENDY, quien para la época del avalúo que realizó el perito JHON JAIRO RIVERA, era quien lo había guadañado, MEJORADO, CERCADO, etc".

"Ahora bien, con relación a la adjudicación del pasivo, se reitera, la NEGLIGENCIA de los demandantes para hacerse presentes en el proceso, y manifestar su voluntad de participar efectivamente en los gastos. Y en razón de ello, se itera, el partidor RODRIGO BUITRAGO, cumpliendo la normatividad, realizó el trabajo asignado".

En general sobre las pretensiones de la demanda, señaló*: "No puede la parte demandante, BAJO SU PROPIA CULPA, venir a pretender la modificación de unos inventarios y avalúos y una PARTICIÓN EN FIRME, que nunca fueron atacados por ninguno de los demandantes, de forma legítima dentro del proceso, y pretender ahora, cuando ha pasado largo tiempo, y las condiciones de avalúo de bienes han cambiado, pretender MODIFICAR A PLENO AMAÑO, una partición y adjudicación válidas, y en que no puede alegarse lesión enorme".*

Basado en lo anteriormente referido, el togado que representa al señor Ramiro García se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito:

a) Indebida formulación de pretensión principal y consecuenciales: *"Se explica, en que lo procedente, no es declarar LA LESIÓN ENORME, y consecuentemente ordenar rehacer partición, y demás peticiones consecuenciales".*

b) Culpa grave de los demandantes en su obligación de participar activamente en el proceso de sucesión tramitado en el Juzgado Promiscuo Municipal de El Peñol: *"Consistente en que por no haber ejercido la defensa, con actuaciones como OBJETAR los inventarios y avalúos en su oportunidad legal, u OBJETAR el trabajo de partición y adjudicación, u OBJETAR la sentencia aprobatoria de partición inicial, o cualquiera de las aclaraciones a la partición, NO PUEDEN SER OIDOS EN ESTE PROCESO, lo que conlleva la*

IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR A CABO EL TRÁMITE DE ESTE PROCESO ORDINARIO, para los demandantes".

c) Genérica: *"en especial referida a todo acto o hecho que se pruebe dentro del proceso, con carácter de enervatorio de las pretensiones, por ejemplo, que la sentencia debe regirse por el PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, teniendo en cuenta que, si existió indebida petición, la sentencia no puede ser EXTRAPETITA, O DICTARSE POR FUERA DE LO PEDIDO, y más si lo pedido, no está en consonancia con lo que se debió solicitar debidamente como pretensión principal y subsidiaria".*

d) Invalidez de peritaje o avalúo presentado por el señor John Jairo Rivera: *"Se fundamenta en que no obstante que el señor JHON JAIRO RIVERA, está inscrito en el Registro Nacional de Avaluadores de la Superintendencia de Industria y Comercio, POR UNA PARTE, a la fecha del avalúo (mayo de 2017), ni de la presentación de la demanda, no llenaba otros requisitos legales para el asunto especial y pertinente de PERITO AVALUADOR DE INMUEBLES en procesos ante la justicia colombiana. - Igualmente, porque la normatividad del Código General del Proceso, determina que el perito auxiliar de la justicia, en los casos de avalúos de inmuebles, debe presentar una RELACIÓN DE EXPERIENCIA, EN PROCESOS EN QUE HAYA ACTUADO, y en el peritaje, no se presenta dicha relación".*

Por su parte, el **curador ad litem** designado para representar los intereses de los herederos indeterminados del fallecido señor José Jaime García Arismendy, el que resultó ser el mismo togado que representa al codemandado Ramiro de Jesús García Arismendy, se pronunció sobre el escrito demandatorio, en idénticos términos que los referidos precedentemente e interpuso los mismos medios exceptivos.

El *A quo* mediante actuación secretarial del 04 de febrero de 2020, dio traslado de las excepciones incoadas conforme a lo dispuesto en el artículo 110 del CGP; durante el término concedido al extremo activo para que hiciera referencia a los medios de defensa esbozados por los convocados y solicitara pruebas, respecto de lo cual dicha parte permaneció silente, razón por la cual el Juzgado procedió a fijar fecha para la audiencia de que trata el artículo 372 ibídem y dar continuidad al proceso.

La aludida audiencia tuvo lugar el día 1º de octubre de igual año, y en ella el

A quo adelantó las etapas concernientes a la conciliación, saneamiento del proceso, fijación del litigio y decreto de pruebas sin que esta última decisión haya sido objeto de recursos por las partes en contienda. Posteriormente, en calenda 13 de enero de 2021, se dio inicio a la etapa de instrucción y juzgamiento y en el transcurso de la misma el iudex decretó de oficio la elaboración de un nuevo dictamen pericial, con la finalidad de establecer los valores de los inmuebles para el año 2013, época en la cual se llevaron a cabo los inventarios y avalúos, debiéndose así suspender la diligencia para reanudarse ulteriormente.

Finalmente, el día 16 de marzo de 2021, se continuó con la audiencia de instrucción y juzgamiento, ocasión en la cual se evacuó el período confirmatorio en su totalidad y se concedió a las partes el uso de la palabra para presentar sus alegaciones finales antes del proferimiento de la sentencia, oportunidad procesal aprovechada por el extremo activo para ratificar su tesis inicial, es decir, la lesión enorme en las cuotas hereditarias de sus prohijados; mientras que, por su lado, el apoderado judicial de la parte demandada, en su intervención conclusiva, predicó que debía desestimarse la pretensión, ratificando en dicho momento los medios exceptivos propuestos inicialmente.

1.3. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez precluido el período probatorio y la etapa de alegaciones, en la misma audiencia del 16 de marzo de 2021, se profirió sentencia, en la que, luego de plantear como problema jurídico en *"determinar si en el proceso de sucesión de Gerardo Antonio García Gutiérrez, adelantado en el Juzgado Promiscuo Municipal de El Peñol y que terminó con sentencia aprobatoria de la partición el 12 de noviembre de 2014, se incurrió en lesión enorme de la partición"*, abordó dicho ítem, haciendo alusión en primer lugar a las figuras jurídicas de la lesión enorme y la rescisión por este motivo tratándose de particiones, conforme al artículo 1405 del C.C., y posteriormente refirió a algunas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil alusivas al tema propio de debate jurídico, en las que se indicó que "*para la declaratoria de lesión enorme en una partición lo constituye la demostración de que la cuota o porción que le correspondió al asignatario perjudicado, es, en términos monetarios y para la fecha de la partición, esto es, de la presentación del trabajo partitivo, inferior en más de la mitad de lo que le*

debió corresponder, siendo el dictamen pericial la prueba idónea para tasar el valor de la masa partible para la fecha del trabajo de partición".

Luego, el fallador pasó a referir que *"en el presente proceso se practicaron los interrogatorios de parte a los demandantes y demandados, los primeros aludieron en términos generales al desacuerdo con el avalúo asignado a las partidas que no se compaginaba con su valor real y se dolieron que prácticamente no les tocó nada y claman por una partición equitativa; el demandado Ramiro García Arismendy explicó lo relacionado con el proceso de sucesión y frente al valor de las partidas asignadas estableció que, tales valores se acordaron entre los abogados intervinientes, pero insistió en que el lote de terreno si tiene un avalúo catastral de $19.100.000, expresó que ni a la casa, ni al lote se le han hecho mejoras salvo el cerco que en el año 2015 se le hizo a este último, mientras que los restantes demandados que no se opusieron a las pretensiones se dolieron en el sentido que no se respetó el testamento del causante, pues quedaron varios medios hermanos con derecho en la casa cuando éste quería que solo ellos quedaran allí, expresa que la casa no está en las mismas condiciones que la dejó su padre porque se hubiera caído ésta".* Aunado a ello, al hacer referencia a los medios probatorios testimoniales, el judex señaló que Roberto Alirio Uribe Mira, María Rocío Rivera García y María del Carmen Rivera García, quienes son vecinos de los bienes inmuebles en disputa, solo aludieron al valor aproximado de las propiedades del sector.

Posteriormente, en relación con los dictámenes periciales obrantes en el plenario, indicó: *"con la demanda se aportó dictamen pericial rendido por perito avaluador y el cual se realizó con la asignación de valores retroactivos a la fecha en que se hizo la partición siendo así como el experto refirió inicialmente al inmueble con M.I 018-12228 ubicado en la transversal 6-Lote 12 y que según el dictamen se utilizó el método de comparación y técnica residual teniendo como valor para el año 2017 de $145.818.000 y para el año 2014 $122.107.146.11, en cuanto bien con M.I 018-27531 utilizó el método de comparación y costo o reposición teniendo como valor para el año 2017 de $155.247.260 y para el año 2014 $130.003.153.65".*

Sobre la anterior experticia, el *A quo* precisó que la misma *"fue puesta en contradicción en audiencia y al ser confrontado el perito John Jairo Rivera Giraldo, dio cuenta de sus conocimientos para realizar los avalúos, que ha*

sido nombrado en otros juzgados para tales efectos, pero no para rendir avalúos, enfatizó en que la única manera que conoce de llegar a un valor histórico anterior a los inmuebles es el método regresivo utilizado, pues los avalúos se suelen hacer a fecha actual, recuerda haberle realizado un avalúo al demandante, sostiene que la inspección que realizó a la casa urbana se hizo desde el exterior, y es un inmueble que tiene cerca de 40 años y por ello requiere de mantenimiento permanente, seguidamente explicó cada método para llegar a la conclusión, que ese inmueble valía $145.818.000 y para este caso se aplicó comparación y técnica residual, explicó seguidamente las fuentes que consultó para aplicar el método comparativo, pero señala que la fuente no se señala en el dictamen, frente al lote de terreno señaló que el método fue costo y reposición y se le asignó un valor para el año 2017 de $155.247.260 y no se hizo enunciación explícita de las fuentes, expresa que en estos valores no se incluyen ni plusvalías ni valorización que pudieren afectar el valor del bien".

De tal guisa, el juez de la causa discurrió que atendiendo a las anteriores falencias presentadas en la experticia inicial y *"para un mejor proveer se decretó una nueva experticia a costa de la parte demandada acudiendo al perito Jaime Waldo Giraldo Montes, quien determinó que para el mes de noviembre de 2013 al inmueble con M.I. 018-27531 correspondía la suma de $36.000.000 y del 018-12228 atinente a la casa urbana un valor de $78.000.000. El perito compareció a audiencia y señaló que no es factible aplicar un método regresivo para obtener un valor anterior de una propiedad porque incluso la construcción y la propiedad raíz incrementa su valor por una suma muy superior al IPC, que el método que le parece más razonable es el comparativo o de mercado y por ello realizó una investigación de mercadeo histórico con distintas fuentes del lugar"*.

Continuó el A quo discurriendo que al analizar ambos dictámenes, *"se observa que registran similares falencias y también hubo divergencia de criterios, por ejemplo, en el del perito John Jairo Rivera Giraldo se optó por realizar un avalúo actual y al valor arrojado realizó una regresión de precios basados en la inflación o IPC para llevarlo a un valor histórico anterior; mientras que el aportado en cumplimiento de la prueba de oficio decretada y cuya práctica se le ordenó al demandado asumirla, optó el experto por indagar con corredores empíricos de propiedad raíz sobre el costo del metro cuadrado de las*

propiedades en el municipio de El Peñol y otras fuentes como comisionistas igualmente empíricos para llegar a la conclusión respectiva, aplicando el método del mercado al considerarlo el más idóneo. - Como puede verse ciertamente, son dictámenes que difieren enormemente en valores y métodos aplicados, son dictámenes que presentan sus propios desatinos, pero que comparten uno en conjunto, no se allegó la certificación de la Corporación Colombiana Autorreguladora de Avaluadores ANAV, pues en cuanto al perito John Jairo Rivera Giraldo, se acercó fue una certificación de la Lonja Inmobiliaria Nacional que ni fecha tiene de expedición y de la respuesta ofrecida a la parte demandada por la autoridad Autorreguladora Nacional de Avaluadores informa que el profesional en mención se encuentra inscrito en la categoría N° 1 de avalúo de Inmuebles Urbanos, desde el 8 de septiembre de 2018, pero el dictamen se realizó fue el 20 de mayo de 2017 y del profesional Jaime Waldo Giraldo Montes, se allegó una certificación de RAA que no es útil para dilucidar si, para la fecha en que elaboró el dictamen tenía tales calidades, desconociéndose, para ambos, si al rendir el dictamen se hallaban inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores conforme al artículo 24 de la ley 1673 de 2013".

De tal guisa, el *iudex* refirió que *"continuando con las falencias, el dictamen aportado con la demanda aplicó la deflactación del valor actual acorde al índice de precios al consumidor, señaló el avaluador en sus avalúos que para el año 2017 el IPC consolidado era del 4.7% cuando lo cierto es que la variación anual consolidada era del 4.09%, lo que implica que el cálculo basado en este método regresivo sea inexacto, adicionalmente sostuvo que acudió al método de comparación, en ambos dictámenes (del predio rural y urbano) pero no enunció las fuentes, cuando el artículo 10 de la resolución 620 de 2008 señala que cuando se acuda a este método se debe hacer mención explícita del medio del cual se obtuvo la información y la fecha de publicación, además de otros factores que permitan su identificación posterior y la experticia adolece de ello, con el agravante que el perito pretendió remediar tal falencia en esta audiencia informando las fuentes, pero en el dictamen no se aportó tal información, incumpliendo en tal sentido con lo ordenado por la mencionada resolución y para rematar se asignó un valor para el año 2014 cuando si bien es cierto que es a través de la sentencia aprobatoria de la partición que se consolidaría la distribución herencial realizada, tal acto no debe ser considerado como un asunto aislado, sino*

complejo, en tanto que, el trabajo partitivo tiene sus bases es en la diligencia de inventarios y avalúos y especialmente en las partidas y los valores asignados, la cual vino a quedar en firme el 03 de diciembre de 2013, cuando los apoderados acordaron las mismas y allegaron ante el juzgado, el 20 de noviembre de 2013, los inventarios y avalúos, razón por la cual estas son las fechas para justipreciar las partidas".

Consecuente con lo atrás razonado, el Juez de conocimiento, señaló que *"ante la imposibilidad de realizarse avalúos con fechas anteriores como así lo reconoce el perito John Jairo Rivera Giraldo, pues los mismos se deben realizar a la fecha actual, conlleva a que pueda acudirse a cualquier fórmula o metodología para poder tener el justiprecio más cercano a la realidad inmobiliaria que se vivía para la época en que presumiblemente se realizó el acto que se ataca de lesión enorme, pero para el juzgado el método aplicado en dicho dictamen solo tendría cabida en caso de ser absolutamente imposible aplicar otro, habida cuenta que circunstancias tales como la inflación, que aunque repercutan directamente en la capacidad adquisitiva de las personas y es una variable que puede afectar el mercado inmobiliario, no es la única, ya que existen otras como el costo del suelo, la construcción de obras públicas cercanas que no existían con anterioridad que afectarían el valor actual que se le asignare a la propiedad, entre otros, siendo por tanto razonable que se acuda a métodos como los señalados por el perito Jaime Waldo Giraldo Montes, como el de mercadeo, que si bien puede ser especulativo, ciertamente puede ofrecer un justiprecio más cercano a la realidad por basarse en la oferta y demanda que existía para la época".*

Arguyó que si bien el último dictamen *"acudió a fuentes empíricas como personas del sector cuya labor era la de negociar propiedades en esa localidad, aunque sí se debe aceptar que conocían el sector según lo afirmó el perito y si bien quedó acreditado que su conocimiento era empírico, no por ello son descartables de plano, en la medida que la Resolución 620 de 2008 solamente ordena que se enuncien las fuentes cuando se acude al método comparativo o de mercado, no impone como requisito que la misma sea profesional a pesar que lo ideal sería esto último, lamentablemente, al igual que el dictamen aportado con la demanda registra la misma falencia de acreditación de la idoneidad del perito, lo que impide ser tenido en cuenta para efectos de determinar el valor real de las propiedades con M.I 018-27531 y M.I 018-12228 para la época de la sucesión del causante".*

Acorde a lo antes analizado, el *A quo* concluyó que *"en el presente caso, en verdad por las falencias señaladas con anterioridad con los dictámenes, es que a juicio de este juez existe total orfandad probatoria de la lesión enorme, pues si además se valora la prueba oral traída a este plenario, de los testigos traídos por la parte demandada no se infiere que el lote de terreno pueda tener un valor más allá del que se asignó en la diligencia de inventarios y avalúos de la sucesión, así por ejemplo el señor Roberto Alirio Uribe Mira, quien es propietario de un lote de terreno cercano al que se disputa acá, sostiene que esa zona no es apta para turismo e incluso menciona que hace cinco años compró un lote, en el año 2015, en $33.000.000, de una dimensión de una hectárea, valor que es similar al que le fue asignado en el año 2013 al lote de terreno con M.I 018-27531 y que coincide con lo que aparece probado con las promesas de compraventa aportadas con la contestación de la demanda del día 11 de diciembre de 2015 de dicho señor; las señoras María Rocío Rivera García y María del Carmen Rivera García, vecinas de la casa con M.I 018-12228, señalaron: la primera que compró unos derechos sobre su casa a sus hermanos en total por $50.000.000 compra que aparece acreditada con las copias de las escrituras 859 del 21 de diciembre de 2017 y 638 del 15 de septiembre 2017 de la Notaría Única de El Peñol y la segunda así lo ratificó. - De acuerdo a lo anterior, es claro que ni con la prueba testimonial puede determinarse un valor real para el año 2013 y 2014 de las propiedades que fueron objeto del proceso de sucesión del señor Gerardo Antonio García Gutiérrez, máxime cuando por predios vecinos a estos de similar extensión territorial y naturaleza se hicieron negociaciones que se asemejaban a los mismos valores que le fueron asignados a cada partida de $85.000.000 para la vivienda urbana y de $25.000.000 para el predio rural, lo que a la postre permite descartar de entrada la existencia de la lesión enorme invocada".*

Finalmente, el cognoscente discurrió que acorde a lo atrás analizado las pretensiones de la demanda deben fracasar, atendiendo a que no se probó que se hubiere incurrido en lesión enorme, pero tal circunstancia, no atendía a las excepciones planteadas por el demandado, las que consideró como desacertadas, declarando oficiosamente y conforme al artículo 282 del CGP para desestimar las pretensiones de la demanda, la que denominó "falta de causa para pedir".

En ese orden de ideas, el judex resolvió lo siguiente:

*"**PRIMERO:** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito "indebida formulación de pretensión principal y consecuenciales" por el análisis realizado previamente, la de "culpa grave de los demandantes en su obligación de participar activamente en proceso tramitado en el juzgado promiscuo municipal de El Peñol", y probada oficiosamente la excepción de falta de causa para pedir; en consecuencia, se desestiman las pretensiones de la demanda, con fundamento en la motivación.*

***SEGUNDO:** SE CONDENA en costas a los demandantes y a favor del demandado RAMIRO DE JESUS GARCÍA ARISMENDY. Por Secretaría se hará la correspondiente liquidación, en su momento oportuno. - Como agencias en derecho se fija la suma de $2.900.000, conforme al acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior De La Judicatura.*

***TERCERO:** ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares que se hallaren practicadas, ofíciese".*

1.4. DE LA IMPUGNACIÓN

La parte actora rebatió la sentencia por vía de alzada ante el judex, aduciendo en la misma audiencia, que el dictamen pericial rendido por el señor John Jairo Rivera Giraldo y adosado con la demanda, cumple a cabalidad con todos los requisitos propios para este tipo de trabajos valuativos, a más que el referido profesional resulta ser idóneo para realizar y suscribir el señalado avalúo pericial.

Aunado a ello, el sedicente alegó que el método utilizado por el citado profesional, *in casu* resulta ser el más apropiado, atendiendo la dificultad de establecer un precio para periodos pasados, por lo cual no debió descartarse como lo hizo el juez.

Conforme a ello, deprecó que en la segunda instancia se revoque la decisión adoptada y en su lugar se ordene rehacer el trabajo partitivo que se ataca, por adolecer de lesión enorme en detrimento de los actores (minuto 00:29:15 a 00:32:15 Audio de sentencia).

Adicionalmente, dentro del término previsto en el artículo 322 del CGP, el recurrente procedió a adicionar y precisar los reparos concretos, así:

a) Que los avalúos presentados con la demanda, debieron ser tenidos en cuenta para determinar la lesión enorme, pues el perito comenzó *"con una identificación física y legal de los bienes, direcciones y coordenadas, describe las localidades y entornos, con los tipos de núcleos, poblaciones y densidades, rasgos del entorno, usos: permitidos, prohibidos, restringidos, servicios públicos comunicaciones, vías, alcantarillados, alumbrados públicos, abastecimientos de aguas, suministros eléctricos, gas, servicios telefónicos, otros servicios, conservaciones de las infraestructuras: equipamientos: comerciales escolares, lúdicos, deportivos, religiosos, asistencias médicas, aparcamientos, zonas verdes y parques, bancos, comunicaciones: carreteras, aeropuerto. - Luego, hace un concepto de las calidades del sector, de las ubicaciones y expectativas de valorización. Menciona las superficies de los bienes. Hace unas descripciones de los terrenos por sus topografías y morfologías con sus observaciones. - Sobre los edificios y sus elementos, hace una descripción de los conjuntos, determina las áreas construidas, señala el uso principal del edificio, estado de conservación, vista exterior, orientación. Acerca de la distribución y acabados, menciona sobre los materiales de construcción de las alcobas, cocina, WC, patio. De las instalaciones, habla de los materiales de la fontanería y sanitarios y de puertas y ventanas (carpintería). Describe el estado actual y antigüedad. - Continúa con el estudio que hizo sobre la información del mercado: oferta, demanda, precios del mercado, revalorización, cómo está la oferta-demanda y hace unas observaciones al respecto. - Finaliza con un cálculo de valores, para determinar los precios de los bienes y explica las metodologías utilizadas: método de comparación (valor de mercado) y método de costo (reposición). Adjunta fotos de los inmuebles".*

"Las mencionadas metodologías son generalmente aceptadas por la comunidad especializada en el campo de avalúos de inmuebles tanto urbanos como rurales. - Con dichos métodos se verifica la aplicación, la adecuación y la coherencia con todos los hechos objeto del dictamen. - Igualmente, existe relación de causa-efecto entre los fundamentos y la conclusión del peritaje. - Finalmente, en el dictamen, se cumplen los requisitos del Dto. 1420 de 1998 y la Resolución 620 de 2008 expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi".

"En cuanto a la calificación e idoneidad del perito, tiene como profesión la Arquitectura, está afiliado y en el registro de La Lonja Inmobiliaria Nacional y en el Registro Nacional de la Superintendencia de Industria y Comercio como avaluador de inmuebles urbanos y rurales. - Además, nació y vive en el municipio de El Peñol, donde laboró en las dependencias de la Alcaldía Municipal como arquitecto. Por lo tanto, con la experiencia adquirida en el campo, tiene conocimiento del avalúo de los inmuebles de dicha región, lo cual lo hace experto en la materia".

"Por lo anterior, con una evaluación racional desde la sana crítica se le debe dar fiabilidad al dictamen pericial y acogerse a las pretensiones de la demanda".

b) También se dolió el recurrente de la condena en costas a cargo de sus representados, pues al haberse desestimado *"todas las excepciones de mérito propuestas por el apoderado del señor RAMIRO GARCIA y se declaró probada oficiosamente dicha excepción, se debió exonerar a mis mandantes de las agencias en derecho o, al menos, haberlas reducido en un 50%".*

1.5. DE LA ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Una vez recibido el proceso por esta Corporación y luego de realizar su examen preliminar, el 25 de mayo de 2021 fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en el efecto suspensivo.

En la misma providencia trasuntada, se dispuso que el presente asunto se tramitara en segunda instancia, conforme al procedimiento previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, razón por la cual se concedió el término de cinco (5) días a la parte recurrente para la sustentación de la alzada, so pena de declarar desierto el recurso, poniéndole de presente que para sustentar la alzada sería suficiente que expresaran de manera clara y concisa, las razones de su inconformidad con la providencia apelada, acorde a los reparos concretos expuestos ante el juez de primera instancia; en efecto, el polo activo cumplió esta carga y ratificó los motivos de inconformidad, que versan sobre los tópico referidos en el numeral 1.4.) precedente.

Asimismo, una vez vencido el término concedido a la parte recurrente para sustentar el recurso, se concedió igual lapso al no recurrente para que ejerciera su derecho a la réplica respecto del escrito de sustentación, oportunidad en la que igualmente se pronunció este extremo litigioso, en los siguientes términos:

"Ahora, en relación con el proceso, cabe resaltar que el señor Juez Ad Quo, dada la muy profusa discusión sobre el tema de los avalúos de los inmuebles, parte central de la demanda, las pretensiones y la oposición, realizó el análisis concienzudo con relación al avalúo presentado por la parte demandante, a través del perito JHON JAIRO RIVERA, y LO DESECHÓ, en aplicación de las facultades que le otorga el Código General del Proceso, y que fue ampliamente criticado por la parte demandada que represento, no sólo porque el perito NO CUMPLÍA REQUISITOS para presentar el avalúo de los inmuebles (con menor razón porque no estaba facultado para presentar avalúos de inmuebles RURALES), sino además, porque en el debate probatorio, la parte demandada PROBÓ "LO DESFASADO de los DOS avalúos, con la prueba DOCUMENTAL aportada, y que se ratificó con los testimonios de ROBERTO ALIRIO URIBE MIRA (Con relación a inmueble rural, cercano a la propiedad avaluada de su propiedad y por el cual le tramité proceso de pertenencia), y de las hermanas CARMEN Y ROCIO RIVERA GARCÍA (con relación a inmueble urbano, situado casa de por medio, de su propiedad, y en que yo había participado en proceso de sucesión). - La respuesta a la demanda fue supremamente clara en cuanto a lo desproporcionado de los dos avalúos, y dado el avalúo, por un perito que NO ACREDITÓ EXPERIENCIA, ni relación de procesos de avalúos en los que hubiera participado, LO QUE CONDUCE A LO ILEGAL, E INEFICAZ de dichos avalúos, amén, que en el interrogatorio realizado al perito en audiencia, manifestó que ni siquiera averiguó, sobre precios de negocios en la misma manzana del inmueble urbano, ni de negocios sobre predios vecinos al inmueble rural. Igual, la cantidad de contradicciones del perito, en cuanto al método o métodos utilizados. - Ello fue motivo, para que el Juez, de oficio ordenara NUEVO PERITAJE sobre los inmuebles, el cual fue rendido por el perito JAIME WALDO GIRALDO MONTES, quien realizó experticia más completa, con relación de experiencia, pero simplemente cuestionado porque su certificación de vigencia como perito avaluador, se había expedido con una vigencia ya vencida, y no obstante que, por ley, estando inscrito en la ANA, su peritaje tenía validez, desechándose igualmente por el Juez A quo".

"Sin prueba de avalúo, el operador de primera instancia, desestimó las pretensiones de la demanda. En la misma medida, Honorable Magistrada, depreco de usted, confirmar la decisión, POR AUSENCIA DE PRUEBA A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE, y debido a que, la parte demandada, PROBÓ por el contrario, no sólo el desfase del avalúo presentado por la parte demandante, sino su ineficacia e ilegalidad, por no cumplir el mínimo de requisitos de ley, como lo indiqué en la respuesta a la demanda, y en las alegaciones de primera instancia. - Por demás, las alegaciones de la parte demandante, para sustentar el recurso, NO SON CLARAS, ni tienen el suficiente grado de contundencia, para que se logre revocar la sentencia de primera instancia".

"No obstante que el señor juez A quo, falló oficiosamente con la excepción por él indicada (Falta de Causa), sería conveniente Honorable magistrada que para confirmar la sentencia, resolviera también sobre la excepción relacionada con el hecho que, a luces del anterior C. de Procedimiento Civil, y el nuevo Código General del Proceso, si una persona no interviene en la sucesión, no puede accionar en proceso ordinario posterior (como es el caso del proceso ordinario, por trámite verbal, de nulidad por lesión enorme), y menos, si la persona, (caso de los demandantes) intervinieron en el proceso de sucesión, PERO NUNCA INTERPUSIERON RECURSOS CONTRA LA PARTICIÓN Y/O LA SENTENCIA APROBATORIA DE PARTICIÓN, pues, esa negligencia, como les debía inhibir para demandar como lo hicieron".

Agotado el trámite en esta instancia sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir lo que en derecho corresponde previas las siguientes

2.- CONSIDERACIONES

2.1. DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES DEL PROCESO

Los presupuestos procesales necesarios para dictar sentencia concurren dentro del *sub júdice*. Las partes son capaces para comparecer en litigio y están debidamente representadas en el mismo, encontrándose suplicantes y demandados debidamente legitimados tanto por activa como por pasiva, la demanda está en forma. El Despacho es competente para conocer del asunto en litigio; al proceso se le ha dado el trámite ordenado por la ley y no se

observa la presencia de alguna causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

Por tratarse de una acción personal de carácter patrimonial, la legitimación en la causa por activa, se encuentra dada en aquellas personas que tengan el suficiente interés jurídico de resarcir un menoscabo en su patrimonio, en razón del desequilibrio generado por la celebración del contrato, o partición como en el presente asunto, que sea susceptible de rescindirse por lesión enorme, o sus herederos forzosos o legales, calidad esta última que se predica para los convocantes.

Por el aspecto pasivo corresponde a quienes igualmente hayan intervenido en el cuestionado acto o negocio jurídico habiendo obtenido un provecho superior al porcentaje debido y esa calidad la han predicado los accionantes respecto de los llamados a resistir, por haberse realizado la partición sucesoral atendiendo a valores que no correspondían a la realidad del haber hereditario.

Igualmente, se han dado los presupuestos para el trámite de segunda instancia y para que esta Sala asuma la competencia funcional, a fin de desatar la apelación, respecto de la que advierte esta colegiatura que de conformidad con los arts. 320 y 328 del CGP la misma queda delimitada únicamente a los reparos concretos formulados **y debidamente sustentados** por el extremo apelante, los que se concretaron en el numeral **1.4)** de este proveído. De tal manera que en honor alprincipio de consonancia que guía las apelaciones y al imperativo mandato dela norma última citada, el estudio que avoca la Sala se limitará a la materia de inconformismo, pues solo fue interpuesta por la parte actora. Ergo, lo queno es objeto de reparos al formular el recurso, no puede ser examinado por el superior, ni menos aún reformado ni revocado por virtud de la competenciarestringida que la ley consagra para el ad quem.

2.2. DE LA PRETENSION IMPUGNATICIA

En el *sub lite* se otea que lo pretendido por los recurrentes es la revocatoria de la sentencia de primera instancia, a fin de que, en su lugar, se estimen las pretensiones de la demanda, tendientes a obtener la declaración de la existencia de una lesión enorme respecto del trabajo de partición y adjudicación realizado al interior de la sucesión del señor Gerardo Antonio

García Gutiérrez, concretamente respecto del valor de las cuotas hereditarias que le fueron adjudicadas a los petentes, pues para ello, según se indicó en la demanda, se partió de unos valores asignados a los inmuebles objeto de sucesión muy inferior a los que realmente ostentaban dichos predios para el momento de la partición en comento y consecuencialmente, aspira el extremo recurrente que se disponga la rescisión del trabajo partitivo y se ordene rehacerlo.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO

De los motivos de inconformidad planteados por la parte inconforme en el *sub lite* se vislumbra que el problema jurídico se cierne en establecer si en la decisión de primera instancia el *iudex* efectuó una adecuada valoración probatoria para llegar a las determinaciones adoptadas en la parte resolutiva de la sentencia atacada, esto es, ¿en efecto se puede extraer de los medios de convicción legalmente adosados, que la parte actora no logró establecer la existencia de la lesión enorme alegada, al no poderse tal circunstancia derivarse de la experticia adosada al libelo genitor?, pues de concluirse tal situación, ello enervaría lo pretendido por los demandantes y daría lugar a la confirmación de la decisión en esta instancia.

Para dilucidar el tema esbozado como problema jurídico se precisa determinar si en el *sub examine* se conjugan los elementos axiológicos de la figura de la lesión enorme, lo que habrá de establecerse y ponderarse partiendo de la valoración del acervo probatorio en conjunto, lo cual es el pilar fundamental del disenso expuesto por la parte recurrente en su apelación, probanzas que se analizarán en todo su valor legal, por haber sido debidamente recogidas conforme al artículo 164 del CGP.

2.4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS, FÁCTICAS Y VALORACIÓN PROBATORIA DEL TRIBUNAL

2.4.1. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, desde antaño, ha definido la lesión enorme en ciertos negocios jurídicos como aquel perjuicio patrimonial que resulta para una de las partes de la falta de equivalencia en las prestaciones exigidas por la naturaleza del acto o contrato, dejando por sentado así que, la lesión enorme responde a un criterio objetivo en tanto *"(…) tiénese este, cuando la ley en la tipificación y tratamiento de la*

lesión enorme no toma en cuenta consideraciones personales en que hubieran obrado las partes, sino que impone un módulo o razón constante de tolerancia cuanto al exceso al defecto en relación con el justo precio de la cosa para el tiempo del contrato, fijando, cuál lo hace nuestro artículo 1947 del Código Civil, términos – objetivamente - *intraspasables, so pena de incurrir fatalmente en el vicio de lesión enorme, sancionable con la rescisión del negocio o su opcional reajuste*".[1]

De igual manera, a voces de la Alta Corporación[2], la rescisión por lesión grave o enorme pasó a las legislaciones modernas con la hostilidad de la escuela de la autonomía de la voluntad que veía quebrantado el principio de la libertad contractual. Una de esas legislaciones aprecia la lesión con criterio subjetivo como un vicio del consentimiento originado en el estado de necesidad, en la ligereza o la inexperiencia de uno de los contratantes y en la voluntad de explotación en la contraparte. Otras, como quedó visto y siguiendo la concepción romana, la juzgan con un criterio objetivo como un daño patrimonial causado por la falta de equivalencia o la desproporción entre las prestaciones impuestas por el contrato.

En todo caso, nuestro Código Civil consagra la rescisión por lesión enorme con el ya citado criterio objetivo y es aplicable en forma excepcional, esto es, **no opera para todos los negocios jurídicos, sino frente a determinados actos y/o contratos, como son, a modo de ejemplo, la aceptación de una herencia, la partición de bienes, la cláusula penal, la compraventa, el mutuo y la anticresi**s (Código Civil, 1291, 1405, 1601, 1946, 1958, 2231 y 2466). Se tiene entonces que esta figura terminó confinada a casos excepcionales por constituir una forma adicional de ineficacia de ciertos contratos que desdice de la libertad negocial, al punto de someterse a fuertes limitaciones desde su admisión en el ordenamiento incluso con un corto término para su alegación en sede judicial, de suerte que las relaciones contractuales adquirieran, rápidamente, estabilidad jurídica.

Ergo, *"(…) el problema de la lesión enorme se reduce a una cuestión de cifras, a una confrontación del valor recibido o dado con el precio justo. Es un fenómeno objetivo que funciona mecánicamente, matemáticamente, desde el*

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 12 de julio de 1969. Gaceta Judicial No. 2297 a 2299, pág. 249.
[2] Ibídem.

momento en que las condiciones requeridas por la ley se encuentran reunidas, y con abstracción de toda consideración derivada de la mentalidad de los contratantes del fin perseguido por ellos (…)"[3].

Ahora bien, al ocuparse del acto propio del asunto objeto de estudio, se otea que el artículo 1405 del Código Civil señala que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, concediéndose al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota, con la particularidad de que la lesión enorme en la partición (tanto de la sucesión como de la sociedad conyugal, que ambas particiones son susceptibles de lesión, artículo 1832 del Código Civil) y en el presente caso, la lesión alegada se configura, no porque los bienes hayan sido inadecuadamente distribuidos, pues sobre tal situación no versó el recurso impetrado y se otea del plenario que en efecto se respetó la voluntad testamentaria del señor Gerardo Antonio García Gutiérrez, sino **exclusivamente en razón de los avalúos que a los dos bienes se les asignó en la fecha de la partición**.

2.4.2. Del análisis del caso concreto

En el sub judice, el apoderado de los demandados, en esencia, centró su censura en que el dictamen pericial que se allegó con la demanda, sí resultaba idóneo para la determinación de la lesión enorme alegada respecto de la partición de los bienes dejados por el causante García Gutiérrez, razón por la cual sobre tal tópico versará el análisis de este Tribunal, conforme a los lineamientos propios del artículo 328 del CGP, como se anunció desde el albor de los considerandos, por ser éste el motivo de reparo frente a la sentencia de primera instancia, ello sin perder de vista que durante la disertación argumentativa propia de esta Sala de Decisión, se hará alusión a los demás medios probatorios, a fin de desatar adecuadamente la alzada.

De tal guisa, al adentrarse al sub examine, se atisba que a criterio de la parte demandante, el acto partitivo derivado de la sucesión por causa de muerte del señor Gerardo Antonio García Gutiérrez debe rescindirse en razón a la verificada existencia de lesión enorme respecto los dos bienes que fueran adjudicados en dicho trámite liquidatorio, ello en atención a que cada cuota

[3] Ibídem.

hereditaria únicamente ascendió a la suma de **$2.377.875**, pese a que, de conformidad con los verdaderos valores de los bienes para la época de la mentada partición, dichas cuotas hereditarias deberían corresponder a la suma de $7.878.446,87.

Ante el panorama que viene de trasegarse y al memorar que la figura de la lesión enorme en nuestro ordenamiento jurídico se rige por el criterio objetivo, es decir, que simplemente se debe establecer en legal forma por los demandantes el justo precio que tenían los inmuebles al tiempo de la partición atacada, para poder compararlos con los valores adoptados en el trámite liquidatorio y deducir si entre esos guarismos existe la desproporción determinante de la lesión enorme conforme lo esgrimido por los artículos 1947 y 1405 del Código Civil, se pasa ahora al análisis de las particularidades que se presentaron *in casu* en el periodo confirmatorio y que fueron la base de la decisión adoptada por el A quo.

Al efecto, es pertinente precisar que para acreditar el justo precio en la lesión enorme existe libertad probatoria, aunque de manera innegable se erigen determinantes los trabajos valuatorios, pues los mismos permiten establecer de manera objetiva, cuál era el valor de los inmuebles a la fecha en que tuvo lugar el trabajo partitivo; no obstante, dichas experticias atendiendo al principio de la persuasión racional, no devienen obligatorias para el funcionario judicial, pues este último no está obligado a aceptarlas de manera irremediable, *contrario sensu*, está facultado para analizarlas en concordancia con su seriedad, claridad y fundamentación para poder acogerlas o desestimarlas para el citado efecto exponiendo las razones que le sirven para apreciarla o no.

Sobre dicha temática, la Sala de Casación Civil de la Corte en sentencia del 9 de agosto de 1995, expediente 3457 puntualizó que "*(…) la determinación del justo precio que señala como factor de referencia el precepto acabado de citar, se fija generalmente y como lo ha sostenido esta corporación, con el dictamen pericial que sobre el inmueble objeto de enajenación se realice en el curso del proceso, no significando con esto, que los resultados de dicho dictamen no estén sujetos a la valoración que de ellos debe llevar a cabo el fallador quien ha de verificar la firmeza, precisión, calidad de fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos probatorios que obren en el*

expediente, de suerte tal que es dicho juzgador el que determina, apreciando todas las circunstancias del contrato que frente al caso resulten relevantes, ese ´justo valor´ de la prestación prometida que adolece de manifiesta inequidad económica"

2.4.2.1. De los reparos atinentes a la valoración e idoneidad de la prueba pericial

Al adentrarse al análisis del dictamen pericial adosado con la demanda, desde ahora, cabe puntualizar que esta Corporación comparte las falencias enrostradas por el iudex en la sentencia objeto de alzada, pues para que dicho medio de convicción cuente con la virtualidad cierta de indicar al funcionario judicial la ineludible existencia del menoscabo padecido por los demandantes, dicho trabajo valuatorio debe ser efectuado por personas calificadas y autorizadas por la autoridad competente para tal fin, que cuenten con la suficiente experiencia para la labor encomendada, que en el sub lite, se limitaba a establecer el justo precio de los inmuebles objeto de la litis para el año 2013 (inventarios y avalúos), y que en dicha valía se instituyan, describan y sustenten de forma clara e inequívoca, las diligencias adelantadas, así como los métodos utilizados y las fuentes que le permitieron arribar a las conclusiones indicadas en la(s) experticia(s).

Acorde con lo trasuntado, es evidente en el plenario que el señor John Jairo Rivera Giraldo, en su calidad de perito avaluador, al momento de rendir su informe (mayo de 2017), no documentó efectivamente su experiencia profesional como perito avaluador, pues simplemente adosó copia de su Registro Nacional de Avaluador, de su afiliación a la Lonja Inmobiliaria Nacional y Avaluadores Profesionales y de su inscripción en el Registro Nacional de Avaluadores de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que, en principio, demostraría su habilitación profesional para realizar el encargo valuativo, pero se echó de menos lo relativo a la experiencia de dicho perito en labores similares a la aquí encomendada, tal y como lo exige el inciso 4° del artículo 226 del CGP, que a la letra dice:

"El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. <u>El dictamen deberá acompañarse de los documentos</u>

que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito" (Subrayas con intención de este Tribunal).

Ahora bien, tempranamente, cabe resaltar que la falencia que viene de reseñarse respecto del dictamen que se pretendió erigir como prueba esencial de la demostración de la lesión enorme sufrida por los convocantes, dejó tal probanza sin sustento alguno atinente a la experiencia del perito en asuntos similares, pues nótese que nada se dijo, y menos se acreditó adecuadamente sobre la respectiva experiencia profesional, técnica o artística del señor Rivera Giraldo, se itera, en encargos como el que atañe a este proceso; desdeñándose además lo relativo a los requisitos previstos en los numerales 4, 5 y 6 de la misma norma en cita, que exigen la inclusión en la pericia de **a)** la lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere; **b)** la lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen; y **c)** si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

Lo anterior da al traste con la idoneidad del auxiliar de la justicia para rendir la experticia encomendada *in casu*, habilitando al juez para analizar lo allí concluido, en contraste y conforme a los postulados de la razón y la sana crítica, en conjunto con los demás medios probatorios, como en efecto procuró hacerlo el A quo, al decretar oficiosamente la realizar de otra experticia sobre el mismo asunto medular, es decir, la determinación del valor de los inmuebles para el momento de la partición y tener presente las probanzas testimoniales que se recaudaron en el plenario, que podían dar cuenta del referido tópico.

No obstante, y en gracia de discusión, de considerar como idóneo al perito John Jairo Rivera Giraldo para el encargo valuativo que se adosó con la demanda, considera esta colegiatura que, en efecto, como lo avizoró el *iudex* en la decisión atacada, la experticia rendida adolece de ciertas falencias en su

estructuración que le permiten al operador jurídico apartarse del mismo, veamos:

En primer lugar, en la experticia (que en estricto sentido son dos, una del lote de terreno y otra de la casa de habitación), si bien se indicó que se utilizaron métodos como el de "comparación y técnica residual" y "costo y reposición", no se señalaron expresamente las fuentes, ni se documentaron las mismas, es decir, con que inmuebles similares se efectuaron las diferentes técnicas ya referidas, situación que resulta insalvable a las luces del artículo 226 del CGP y el artículo 10 de la Resolución 620 de 2008, que señala la necesidad de hacer mención explícita del medio del cual se obtuvo la información y la fecha de publicación, además de otros factores que permitan su identificación posterior y mengua la credibilidad de la pericia allegada por los demandantes, como acertadamente lo pregonó el A quo en su sentencia, pues es deber de quien o quienes pretenden hacer valer un medio probatorio como el referido en un litigio, verificar que el mismo satisfaga los requisitos que les son inherentes a efectos de poder ser tenidos en todo su tenor legal y ello, no aconteció en el plenario.

Adicionalmente, encuentra esta Sala de Decisión que, en efecto, acorde con lo argüido por el A quo en su sentencia, no deviene acertado, en aras de establecer el valor predios para el momento de la partición, la "regresión" aplicada por el auxiliar de la justicia, con apego únicamente, al índice de precios al consumidor "IPC" certificado cada año por el DANE, al resultar indiscutible que para lograr un resultado más ajustado a la realidad, debe acudirse o tenerse presente otros factores connaturales, como el estado del inmueble o predio, el costo del suelo, la construcción de obras públicas cercanas que no existían con anterioridad y que afectarían el valor actual que se le asignare a la propiedad, entre otros, lo cual no se indicó en la experticia, pues únicamente se estableció el valor actual, conforme a lo avistado al momento de la visita del experto y se redujo o retrotrajo el valor conforme al IPC, hasta el año 2014, sin atención alguna a otras variables que pudieron ser determinantes, máxime si se tiene en cuenta que el valor de la propiedad razón puede fluctuar, y así lo hace, sin sujeción al parámetro establecido por el perito Rivera Giraldo, sin contar además que, por virtud de la mano del hombre o por cualquiera otra circunstancia, el bien para el momento del

avalúo actual puede estar en mejores o peores condiciones frente a lo que estaba para la época de la partición.

Con lo hasta el momento analizado, se puede concluir que los motivos de reparo frente a la sentencia de primera instancia, no están llamados a prosperar en esta instancia, pues los mismos sólo versaron sobre la idoneidad del perito que efectuó el dictamen anexado con la demanda y lo adecuado del trabajo valuatorio por él rendido para establecer la lesión enorme que se dijo padecieron los demandantes con el trabajo partitivo de la sucesión del señor Gerardo Antonio García Gutiérrez, y tales situaciones resultaron contrarias a la realidad procesal que se evidencio en el sub examine, donde *contrario sensu* fulguró diáfano tanto la no demostración de la idoneidad y experiencia del auxiliar de la justicia, como lo inadecuado de las experticias por él rendidas y allegadas como medios probatorios, conforme al artículo 226 del CGP, por lo que la decisión objeto de alzada está llamada a ser confirmada, ante la orfandad probatoria de la lesión enorme por quien estaba en la obligación de demostrarla, como requisito para la prosperidad de sus pretensiones, habida cuenta que de las demás probanzas, documentales, testimoniales, así como los interrogatorios y la experticia decretada de oficios por el juez, no puede determinarse que los reclamantes hayan padecido el perjuicio que adujeron con el libelo genitor, pues dichos medios de convicción lo que reflejan es que el valor real del lote de terreno y la casa de habitación que eran de propiedad del causante y que conformaron el haber hereditario, en efecto, para el momento de la partición, se compadecía con el asignado en la diligencia de inventarios y avalúos, desvirtuándose así el perjuicio reclamado en el presente asunto.

Así las cosas, acertó el juzgador de primera instancia al desestimar las pretensiones, por no haberse evidenciado la lesión enorme alegada por los suplicantes, conclusión que comparte este Tribunal y que se ve refrendada con el análisis probatorio atrás efectuado, estando los reparos del recurso de alzada llamados al fracaso, habida consideración que, contrario a lo argumentado por el extremo sedicente, para esta Sala de Decisión se tiene que el *A quo* decidió la situación problemática sometida a su estudio, con un análisis adecuado del caudal probatorio legal y oportunamente allegado al plenario, conforme a las reglas de la sana crítica, sin incurrir en el defecto de

"indebida valoración de la prueba" alegado por el profesional del derecho recurrente y que se itera fue el eje central de su disenso.

Corolario de lo anterior, al no cumplirse con el presupuesto para la prosperidad de la presente acción rescisoria, cual es la lesión enorme, ello resulta más que suficiente para confirmar la sentencia desestimatoria de las pretensiones y, por tanto, no es de recibo lo pedido por el recurrente al interponer la alzada en el sentido de que se revoque la sentencia impugnada para dar prosperidad a las pretensiones incoadas en la demanda, dado que los hechos aducidos como sustento de la acción no resultaron demostrados con el acervo probatorio.

2.4.2.2. Del reparo atinente a la condena en costas

En atención al último de los reparos del extremo activo consistente en la inadecuada condena en costas por parte del juez de primera instancia, quien en palabras del togado recurrente debió abstenerse de hacerlo o hacerlo reducidas en un 50%, teniendo presente para ello, que las excepciones de la parte demandada no prosperaron, sino que se negaron las pretensiones en atención a una excepción decretada de oficio por el A quo, debe simplemente decirse por esta Corporación que atendiendo a lo previsto en el artículo 365 del CGP, debe condenarse en *"costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto",* resultando irrelevante que haya sido en atención a una excepción decretada de oficio por el juez, o en atención a la defensa esgrimida por la parte resistente, pues la norma trasuntada en precedencia no trae ninguna distinción en tal sentido. Ergo, es totalmente ajustado a derecho la decisión del iudex de condenar en costas a la parte demandante que vio frustradas íntegramente sus pretensiones.

Asunto disímil resulta ser al quantum de las Agencias en Derecho, fijadas por el juez, como consecuencia de la referida condena en costas y que fueron plasmadas en el numeral tercero de la parte resolutiva, puesto que el valor allí asignado a este concepto, debe rebatirse en un escenario ajeno al recurso de alzada frente a la sentencia de primera instancia.

Tal y como lo establece el numeral 5 del artículo 366 del CGP, *"la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas"*; tornándose evidente así que la discusión planteada por el abogado recurrente sobre este aspecto específico de las agencias en derecho debe ser debatido en la correspondiente oportunidad procesal ante el juez de conocimiento, pero no en el escenario propio del recurso de apelación contra la sentencia, pues ello no puede considerarse como un reparo concreto frente a la misma, por tener debidamente definido el momento procesal en que debe ser controvertido por quien debe asumirlas.

En conclusión, la sentencia de primera instancia está llamada a su confirmación, atendiendo a que en el plenario no confluyeron todos los presupuestos para la configuración de la lesión enorme, al existir orfandad probatoria sobre la lesión enorme alegada respecto de la partición de los bienes dejados por el causante García Gutiérrez e igualmente, se hace pertinente confirmar la condena en costas de la primera instancia.

Finalmente, en armonía con el numeral 3º del artículo 365 del CGP, al haberse confirmado la sentencia impugnada, se hace pertinente condenar en costas en la presente instancia a la parte actora y a favor del extremo demandado, las que deberán liquidarse por el Juzgado de origen conforme al artículo 366 ídem; advirtiendo además que, de conformidad con el numeral 3 de esta última disposición jurídica, las agencias en derecho correspondientes a la presente instancia serán fijadas por auto de la Magistrada Ponente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR íntegramente la sentencia apelada, cuya naturaleza y procedencia se indicaron en la motivación.

SEGUNDO.- CONDENAR a la parte demandante al pago de costas en la presente instancia a favor de la parte demandada. Se advierte que conforme al numeral 3 del artículo 366 del CGP, las agencias en derecho serán fijadas por la Magistrada Ponente en auto aparte, acorde a la parte motiva.

TERCERO.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y ENVÍESE

(CON FIRMA ELECTRÓNICA)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL
MAGISTRADA

(CON FIRMA ELECTRÓNICA)
OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
MAGISTRADO

(CON FIRMA ELECTRÓNICA)
DARIO IGNACIO ESTRADA SANIN
MAGISTRADO

Firmado Por:

Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Oscar Hernando Castro Rivera
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Dario Ignacio Estrada Sanin
Magistrado

Sala 01 Civil Familia

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **320b8bb9aabbeb330e58890a2a63a0fa0f3832918a9eab21bd9af2519927c3c0**

Documento generado en 01/03/2023 03:39:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Proceso:	**Verbal responsabilidad civil extracontractual**
Demandantes:	**Sergio Alonso Restrepo Zapata y otros**
Demandados:	**Somer S.A.**
Asunto:	**Confirma la sentencia apelada:** Sobre la culpa en el campo de la responsabilidad civil por el acto médico. / Necesidad de la prueba de la culpa. / Nexo causal.
Radicado.	**05615 31 03 002 2009 00259 01**
Sentencia No.:	**008**

Medellín, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la alzada propuesta por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro, dentro del proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual instaurado por Sergio Alonso, Diego León, Gloria Patricia, Luz Eugenia y Jaime Antonio Restrepo Zapata, contra Clínica Sociedad Médica Rionegro S.A. – *SOMER S.A.*

I. ANTECEDENTES

1. A través de apoderado judicial, pidieron los demandantes se declare civilmente responsable a la demandada por "*la defectuosa prestación de servicios médicos a la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo*" (fl. 5, c-1); consecuencialmente sea condenada al pago de los

perjuicios morales tasados en $86’740.000 (equivalente a 200 smlmv), para cada uno, con su debida actualización; y sea condenada en costas.

2. Como sustento fáctico de sus pretensiones, sostuvieron que el 9 de agosto de 2007, la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo fue hospitalizada con un cuadro de dolor abdominal y que para determinar el origen de tal dolencia, le hicieron “*Rx de tórax en agosto 11 que reportó consolidación basal izquierda de contornos poco definidos y pequeño derrame pleural del mismo lado; Rx de abdomen en la misma fecha, con bario, que reportó imágenes diverticulares sin diverticulitis; TAC contrastado de abdomen que reportó signos de enfermedad diverticular del colon a nivel de colon descendente y recto sigmoides con zonas de obstrucción parcial de el (sic) contrata a este nivel; el 9 de agosto se realizó punción abdominal y se obtuvo líquido ascítico que reportaron de patología como positivo para malignidad; el 14 de agosto le practicaron endoscopia digestiva superior que concluyó Reflujo Gastro-esofático, hernia hiatal moderada con esofagitis III, gastritis astral moderada e interrogó un CA duodenal, que reporte de patología del día siguiente descartó, pero reportó inflamación crónica leve y erosión*” (fl. 3, c-1).

Relataron que “*El 15 de agosto le ordenaron preparación para realizarle colonoscopia y le comenzaron a suministrar el preparado KLEAN PREP, cuatro sobres, cada sobre en un litro de naranjada*” (íd.), pero la paciente se ponía mal cada que se lo suministraban, le daba “*disnea y opresión torácica*”, de ello fue enterada la enfermera en varias oportunidades, sin que ésta alertara al médico de tal reacción. También le estaban suministrando *meperidina* y *tramadol* conocidos con efecto analgésico y sedante. Luego, ilustraron sobre las contraindicaciones y precauciones especiales que el laboratorio *Biotoscana* suministró sobre aquel medicamento, para luego indicar que “*…el preparado estaba contraindicado en esta paciente por la erosión duodenal que presentaba y que debía tenerse precaución especial con ella, pues tenía reflejo de vómito*

disminuido y esofagitis por reflujo", y ante la reacción adversa al ingerirlo, la médica tan solo la evaluó "*cuando estaba en paro cardio respiratorio y la médica llegó tan solo a una fallida reanimación*", porque la señora Zapata de Restrepo murió "*por una preparación para una colonoscopia, cuando existen otras alternativas para su realización*", debiendo ser "*más vigilada por personal médico, para el inmediato manejo de las posibles complicaciones*" (fl. 4, c-1). A consecuencia de dicha muerte, se sienten muy afectados como hijos de aquella, y de ahí, la reclamación de los perjuicios.

Finalmente, cuestionaron el proceder médico y endilgaron: *i)* hubo error en el medio utilizado para realizar el estudio porque *Klean-prep* está contraindicado en pacientes con perforación y se recomienda vigilancia en caso de reflujo y *ii)* hubo error de la enfermera que vigiló el suministro de aquella solución porque la paciente informó de su reacción negativa y la solución fue incrementarle los analgésicos sin alertar al médico para que atendiera las complicaciones "*como la broncoaspiración que provocó insuficiencia respiratoria y la muerte de la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo*" (fl. 5, c-1).

3. La demanda fue admitida mediante auto del 21 de agosto de 2017[1], que ordenó notificar a la demandada y correrle el traslado de 20 días, en garantía de su derecho a la defensa.

4. La convocada a juicio, concurrió al proceso a través de apoderado judicial[2], y en término dio respuesta a la demanda[3], aceptando como cierto el hecho tercero[4] de la demanda y negando los restantes. Precisó que la historia clínica muestra que Rosa Elena Zapata de Restrepo era una paciente de 83 años de edad, que consultó por el

[1] Folio 26, cuad. 1.
[2] Folio 29, ídem.
[3] Folios 30 a 38, ídem.
[4] Referente al medicamento Klean Prep suministrado a la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo.

servicio de urgencias de la Clínica Somer el 9 de agosto de 2007, a las 10:30 pm, con dolor abdominal, tipo cólico en hemi-abdomen, aunado a que presentaba náuseas, vómito y malestar abdominal de 30 días de evolución; fue valorada por medicina general, hallándose "*con una paciente pálida, con pérdida progresiva de peso, un abdomen globuloso y sensible en marco cólico izquierdo, razón por la cual se hizo una impresión diagnóstica de Síndrome de dolor abdominal vs Síndrome de Enfermedad diverticular-diverticulitis*" (fl. 30, c-1); se ordenó su hospitalización para aclarar el motivo de deterioro y estado general, aunado a que le ordenaron y realizaron una serie de exámenes.

Dijo que los actores omitieron informar que la paciente fue permanentemente valorada por el personal médico y paramédico de la institución; enlistó todos los exámenes diagnósticos practicados y sus resultados, para luego demostrar que recibió atención médica continua y permanente para esclarecer el motivo de su patología y descartar el padecimiento de cáncer.

Aseguró que el medicamento *Klean Prep* es una solución electrolítica para la limpieza intestinal completa, sin que ello afecte el torrente circulatorio del paciente; que es utilizado para realizar colonoscopias, enema baritado (sic), intervenciones quirúrgicas y procedimientos del colon vía laparoscopia, entre otros. Que era viable el suministro a la paciente Zapata de Restrepo porque no padecía ninguna de sus contraindicaciones y que contrario a lo que afirma la demanda, no fue esta la causa de su fallecimiento; que además no fue aportada prueba científica que sustente tal aseveración. Culmina afirmando que la causa del fallecimiento de la paciente se explica por una patología de base asociada a su propia edad y no como consecuencia de una reacción al *Klean Prep*.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como excepciones de mérito, formuló las denominadas:

i) *"Ausencia de culpa",* afirmó que sin culpa no existe responsabilidad médica, que, para el caso, durante la atención médica que se dispensó a la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo, no actuó con culpa, al contrario, lo hizo de forma diligente y oportuna; que el hecho de su fallecimiento no significa que exista responsabilidad a cargo de la accionada; advirtió que la colonoscopia que le realizó, tenía por fin aclarar el diagnóstico médico, sin que existiera contraindicación en la paciente para el acto preparatorio ni mucho menos el suministro del medicamento Klean Prep. Por lo que, al no existir un hecho culposo de la entidad demandada, deben desestimarse las pretensiones.

ii) *"Ausencia del nexo causal como elemento estructural de la responsabilidad médica",* fincada en que no existe causalidad física ni jurídica entre la atención médica dispensada a la señora Zapata de Restrepo durante su permanencia en la Clínica Somer y su muerte; que tal hecho ocurrió por su propio estado de salud y de su avanzada edad, y no a causa de inadecuada atención médica, que, a propósito, no hay evidencia que confirme la tesis de los actores, en el sentido de que falleció a consecuencia del suministro del *Klean Prop*, y en tal sentido, no existe una relación de causa y efecto entre el actuar médico y el perjuicio reclamado.

El llamamiento en garantía. La demandada llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil que la Sociedad Médica Rionegro S.A. – *Somer S.A.* celebró con esta, bajo la póliza No. 2901307000039, con vigencia desde el 2 de marzo de 2007 hasta el 2 de marzo de 2008, en la que se aseguró al mismo tomador *Somer S.A.*,

con un valor asegurado $500’000.000; que la póliza se hallaba vigente para la fecha del suceso, y acudieron los hijos de la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo como beneficiarios de tal garantía.

Mediante auto del 26 de noviembre de 2009[5] fue admitido el llamamiento en garantía y dispuesta la suspensión del proceso por 90 días. La comparecencia del llamado fue lograda dentro de dicho término, y aquél respondió la demanda y el llamamiento así:

Frente a los hechos de la demanda admitió como cierto que la razón de los exámenes diagnósticos realizados por parte de la demandada a la señora Zapata de Restrepo buscaban establecer el padecimiento que la aquejaba; negó los restantes. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas: *i)* ausencia de responsabilidad; *ii)* ausencia de nexo causal y *iii)* tasación excesiva del prejuicio.

Admitió todos los hechos del llamamiento en garantía, precisando que la obligación del asegurador tiene unos límites y coberturas que deben tenerse en cuenta al momento de definir la eventual responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, y para ello debe tenerse en cuenta el límite asegurado y el deducible en caso de una sentencia condenatoria.

5. Continuando la secuencia procesal correspondiente, fue celebrada audiencia de que trataba el artículo 101 del C.P.C., en ésta las partes solicitaron la suspensión de la audiencia con el fin de aportar un dictamen del Cendes; allegado tal dictamen nuevamente fueron citadas las partes para continuarla, y con fundamento en tal prueba, la

[5] Folio 9, cuad. 2.

demandada y llamada en garantía manifestaron no tener propuesta, abriendo paso al saneamiento del proceso y fijación del objeto del litigio; posteriormente, fueron decretadas las pruebas solicitadas, recaudadas en cuanto hubo interés de las partes. Luego los litigantes, conforme al artículo 373 del C.G.P., acudieron para alegaciones y sentencia.

El apoderado del demandante, en extensa exposición hizo un análisis de lo pedido y probado, resaltando que en la historia clínica no aparece que a la paciente se le hubiera ordenado el suministro del *Klear Prep*, para la preparación de la colonoscopia, así que no aparece el responsable de tal suministro; refirió que los testigos médicos citados a declarar eran socios de la clínica demandada, entonces, sus dichos no podrían tenerse como prueba de una atención médica adecuada a la paciente Zapata de Restrepo; al igual, hizo una análisis a la prueba testimonial e interrogatorios de parte concatenándola con el resto del material probatorio, para luego reiterar las súplicas de la demanda que insiste, deben concederse en su integridad. Concluyó afirmando que el perito terminó aceptando que pudo haber una probabilidad de broncoaspiración, pero luego dijo que la causa de la muerte de la paciente fue una carcinomatosis, y de ello discrepa porque "*el cáncer no mata súbitamente*". Dijo que pese a haber objetado por error grave la prueba pericial del Dr. Goldstein, que en su criterio es más viable su análisis, pese a sus contradicciones. De tal manera, solicitó su valoración y no de la que practicó la Universidad de Antioquia.

Por su parte, el apoderado de la demandada solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda con sustento en que el artículo 2341 del C.C., define el principio de la culpa probada, que rige en materia de responsabilidad médica, según el cual es a la parte demandante a la que corresponde demostrar la culpa que le atribuye al demandado, en armonía con el artículo 167 del C.G.P. de lo que concluye que son

aquellos a quienes corresponde demostrar la culpa de los médicos según lo establece la doctrina y la jurisprudencia. Manifestó que la paciente no falleció por un hecho culposo derivado de la atención médica y que eso está demostrado en el proceso. Se refirió al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 ibídem, para luego indicar que su contraparte pretendió con sus alegaciones hacer una reforma a la demanda, toda vez que sus argumentos no son concordantes con los hechos plasmados en aquella, puesto que en ésta enmarcó el derrotero fáctico sobre el cual giraría la confrontación jurídica y probatoria del proceso, en la demanda se dice: "*primero: reprocha que el Klean Prep estaba contraindicado. Segundo: en el hecho cuarto se dice en la determinación de las conductas cuestionadas por el personal de la institución, dice, hubo un error en el medio utilizado para realizar el estudio y como segundo reproche, dice: hubo error en la enfermera en el suministro del preparado. Entonces, hay como tres situaciones concretas que la parte demandante reprochó en el escrito de la demanda*" (Min. 34:27'); insistió que bajo el principio de congruencia, esa es la demarcación del debate, porque este principio garantiza el derecho de defensa y contradicción; que para el caso, la parte demandante no logró demostrar los reproches que planteó en el escrito de demanda, por lo que se deben desestimar las pretensiones. Hizo amplia lectura de algunos de los apartes de la prueba pericial, para luego considerar que el fallecimiento de la paciente fue causa de la patología y la edad, considera que tampoco había la posibilidad de curación del cáncer, aunado a que existía una mínima probabilidad de mejoría en su condición clínica, lo dice el perito, y es esta prueba la que debe tenerse en cuenta para definir el asunto.

A su turno, intervino el apoderado de la aseguradora llamada en garantía, aduciendo frente a los alegatos del demandante que éstos no son fundados en las pruebas sino en argumentaciones del médico que litiga como apoderado de aquélla, y en tal sentido, son las

pruebas practicadas en el proceso las que conllevan a desestimar las pretensiones de la demanda. Luego, manifestó que el apoderado de la parte actora pretendió con sus alegaciones tachar de sospechosos los testimonios de los testigos médicos, pero no lo hizo en su debida oportunidad, aunado a que "*si no vienen los médicos que prestaron la atención, entonces a cuáles traemos. ¿A los que atendieron a otros pacientes?, ¿a los médicos de otra clínica'?; pues los que tienen que declarar sobre la atención médica son los que participan en la atención médica*" (Min. 49:07''). Se refirió al principio de congruencia, recordando que el juez tiene que limitar la decisión a los hechos y los fundamentos de la demanda, tal como lo ha dicho la Corte. En adición, la parte actora no logró demostrar el error grave que endilgó al dictamen del Dr. Goldstein. Luego, hizo un análisis a las pruebas recaudadas, haciendo énfasis en la pericial, para concluir que las pretensiones de la demanda deben desestimarse; además por la contradicción de la actora, que objetó por error grave el dictamen inicialmente allegado, pero luego pidió se tenga en cuenta éste, aún con sus contradicciones, como lo afirmó.

Finalmente, fue proferida decisión de fondo, que al ser apelada por la parte acora, ocupa la atención de la Sala.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La *A quo* profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, no accedió a la objeción del dictamen y condenó en costas a los demandantes.

Para arribar a tal conclusión, empezó la juez de la causa por hacer mención a los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, aplicables a la responsabilidad civil que se reclama y justificar la legitimación en la causa por activa y pasiva; hizo un recuento de los

hechos y pretensiones de la demanda, de la respuesta a ésta y del llamamiento en garantía, así como también del acontecer procesal. Pasó luego al análisis del dictamen pericial presentado por la Universidad Ces, a través del galeno Andrés Goldstein Tothstein, refiriéndose textualmente a su contenido, precisando que los demandantes lo objetaron por error grave, y en razón de ello se designó un perito de la Universidad de Antioquia y fue presentado un nuevo dictamen como sustento a aquella objeción, por el médico Juan Jairo Zuluaga Arias; también hizo lectura de dicha experticia, al igual que del testimonio de Cristina Arteaga (acompañante de la paciente Zapata de Restrepo), quien afirmó haberle suministrado parte del preparado *Klean Prep* y que aquella defecó en la noche, para inferir que conforme a su dicho y a lo aducido en la prueba pericial, claramente se demostró que la señora Rosa Elena no tenía una obstrucción intestinal total.

Prosiguió ilustrando sobre la responsabilidad civil derivada de la actividad médica (citó jurisprudencia de la Corte), y bajo ese contexto, indicó que la responsabilidad del médico sólo puede figurarse en el ámbito de la culpa, entendida en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artes*; precisó que la culpa por la actividad médica se enmarca bajo el régimen de la culpa probada.

En el caso concreto, acotó la a quo que previa valoración probatoria, "*no encuentra esta judicatura mérito para deprecar una impericia, negligencia, omisión o descuido de la parte o entidad demandada dado que según lo manifestado por los médicos que fueron tratantes de la paciente fallecida y teniendo en cuenta la historia clínica que obra en el proceso (…) donde está paso a paso relacionado todos los procedimientos que se realizaron con el objeto de constatar el estado real de la paciente y*

fundamentalmente donde se había originado o cuál era el origen del adenocarcinoma que padecía". (Min. 44:12'').

Dijo que, al valorar los testimonios de los médicos tratantes en conjunto con los dictámenes allegados, éstos "*no ofrecen duda alguna sobre un adecuado proceder médico brindado por la entidad demandada, atendiendo a que el actor no logró demostrar la culpa en la indebida atención que alega ni el nexo causal entre el fallecimiento de la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo y las fallas aducidas en la demanda en relación con la prestación del servicio médico. La muerte ocurrió como se acreditó con el informe del perito médico, por una dificultad respiratoria progresiva con cianosis y posterior paro cardiorespiratorio. Esto posiblemente originado de una carcinomatosis o un adenocarcinoma"* (Min. 45:45''). Concluyó afirmando que no comparte los argumentos esgrimidos por la parte demandante en los alegatos de conclusión, como sí por los expuestos por la demandada y llamada en garantía por ajustarse a su decisión, atinente a la "*ausencia de culpa y nexo causal*".

Finalmente, de la objeción endilgada al dictamen pericial primigenio, indicó que no fueron demostrados los errores graves imputados, porque "*las tachas por error grave a que se refiere el numeral primero del artículo 238 del C.P.C., no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. En consecuencia, no encuentra mérito alguno el juzgado para desestimar el dictamen (…) de suerte que no se probó que el perito médico hubiese abordado un tema distinto al que se le encomendó o que sus conclusiones eran distintas a lo que la lex artes dispone frente al diagnóstico que presentaba la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo y al tratamiento que en efecto recibió por parte de la clínica Somer S.A.*" (Min. 48:39'')

III. LA APELACIÓN

a) Reparos concretos en primera instancia. La decisión fue impugnada por el apoderado de los demandantes, y en pro de su revocatoria expresó:

"*Discrepo del fallo por el tema de la valoración de la prueba (…) tiene que ver básicamente (…) pienso precisamente lo contrario respecto a la valoración que se hace de la prueba, esto es, de los testimonios sobre todo de los dos cirujanos en consonancia con el dictamen pericial del doctor Goldstein, que vuelvo y reitero, tal y como lo dije en los alegatos es el único que termina teniendo alguna validez para el proceso, pues, precisamente porque el despacho cuando yo hice uso del dictamen de objeción, digámoslo así, para comprobar la contradicción grave que tenía el doctor Goldstein, digamos que sucedió una anomalía que hizo que esa situación fuera difícil. El mismo doctor Goldstein, al final en una conclusión que no se le pidió por nadie pero que él emitió y que yo cuestioné duramente y que cuando la emitió, fue claro en decir que la paciente había fallecido según él, por la gravedad de su enfermedad a pesar de unas fallas en la prestación del servicio, él mismo las reconoce y se refirió entre paréntesis a la respuesta número, si mal no estoy, 27 (…)* ". (Min. 53:06'').

También, "*hubo una situación procesal que pensé iba a tener relevancia y fue que yo pedí en la demanda que se exhibiera el protocolo de colonoscopia de la entidad demandada (…) para probar la falta de adecuación a la lex arte, dije en ese momento, para probar el hecho cuarto (…) para mirar si el protocolo dirigió lo que realmente ocurrió en la prestación del servicio (…) se requirió a la parte demandada para que exhibiera ese documento y no lo exhibió, resulta entonces que la ley establece unas consecuencias para esa negación a exhibir un documento que la entidad debía tener*" (Min. 55:39''), que la negación de la demandada en exhibir ese documento se debe tener como una confesión ficta o indicio grave en su contra, reconociendo que este aspecto no lo planteó en sus alegaciones.

Agregó que según testimonio del doctor Soto, la broncoaspiración masiva era una posibilidad, sobre eso no se dice nada en la sentencia; aunado que la historia clínica documenta que la doctora Arocha fue la que hizo la reanimación y encontró un litro de líquido en las vías respiratorias de la paciente.

Dentro de los tres días siguientes, el apelante adicionó a sus reparos, lo siguiente: *i)* Discrepa que la juez haya concluido que la parte actora no demostró la culpa de la demandada ni el nexo causal, sin mostrar en el fallo un orden de los elementos estructurales de la responsabilidad, que debió iniciar por el daño, y la sentencia no lo indica; *ii)* el fallo incurre en dos yerros: a) debió manifestarse sobre los efectos de la falta injustificada de exhibición del protocolo de colonoscopia por parte de la demandada, con la que se pretendía probar el nexo causal entre la muerte de la señora Zapata de Restrepo y los hechos culposos de la demandada en la preparación de la colonoscopia; b) las pruebas no se apreciaron en conjunto, concretamente, al analizar el dictamen no se ocupó de resolver sus contradicciones, así como tampoco justificó el por qué no valoraba otras pruebas, al igual, difiere del razonamiento que hizo la juez respecto al testimonio de Cristina Arteaga para deducir que la paciente no tenía obstrucción intestinal, que en su concepto es importante el testimonio de ésta porque ratifica hechos esenciales para concluir que la causa de la muerte fue realmente una broncoaspiración.

Como pruebas no valoradas enlistó las declaraciones de los demandantes, el testimonio de Cristina Arteaga y la nota médica de la doctora Arocha; no se adujeron los motivos por los cuales no se aceptó la literalidad de las instrucciones del preparado *Klean Prep*, que señala como contraindicación absoluta la “sospecha” de una obstrucción intestinal; se malinterpretó el dictamen pericial, puesto que la a quo tomó solo lo que le servía para atender las teorías de las excepciones de la

demandada y de la llamada en garantía. Se aceptó como prueba de la diligencia y cuidado los testimonios de los médicos y sus anotaciones en las historias clínicas, y según algunos doctrinantes no se pueden tener en cuenta; aunado que la historia clínica no documenta la orden para preparar a la paciente con el fin de realizar la colonoscopia, de ahí que el perito haya deducido que ésta presenta falencias; tampoco justifica el fallo la no valoración de la nota realizada por la siquiatra a la paciente Zapata de Restrepo. Culmina afirmando que el fallo no expresó las graves irregularidades que se dieron en la realización del dictamen de objeción.

b) De lo actuado en segunda instancia. Conforme a las facultades establecidas en el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, fue garantizado el término para que la parte demandante sustentara la alzada por escrito, en sede de segunda instancia, *e igualmente presentaran la réplica correspondiente los no apelantes*, sin que la parte apelante hiciese uso de tal prerrogativa. No obstante, mediante auto del 10 de febrero del presente año, por auto del ponente, se advirtió que "*desde la primera instancia, la parte recurrente – demandante sustentó la inconformidad que plantea contra la sentencia proferida por la a quo y no se limitó a enunciar los puntos de su desacuerdo; no pospuso la argumentación de sus reparos a la oportunidad de sustentación de segundo nivel, por lo que la jurisdicción civil tiene ya en sus manos los elementos de juicio que requiere para decidir y en esas circunstancias resultaría, por decir lo menos, desproporcionado, que el Tribunal le niegue la dispensa de justicia que viene a deprecar, escudándose en lo que en tales condiciones es simplemente un formalismo que nada nuevo puede aportar al proceso, al recurso ni al Juzgador, (además porque la ley se lo impide)*"

c) Réplica. El apoderado de la aseguradora presentó dentro del término sus alegaciones en segunda instancia, con similares

argumentos expuestos en la etapa de alegatos de conclusión; solicitó sean desestimados los argumentos del apelante y en su lugar, se confirme la sentencia de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES

1. En honor al principio de consonancia que guía las apelaciones, el estudio que avoca la Sala se limitará a la materia de inconformismo, bajo el entendido que lo no impugnado ha recibido la venia de las partes. Artículo 328 del C.G.P.

2. En el caso que se somete a su consideración, no encuentra la Sala reparo respecto de los presupuestos procesales ni de los necesarios para comparecer a juicio, porque tanto los demandantes como la demandada y llamada en garantía, tienen vocación para ser titulares de derechos y obligaciones y obrar como reclamantes y reclamados, no muestran incapacidad que de tal posibilidad los sustraiga y la demanda fue formulada en cumplimiento de los requisitos de ley, por una acción reglada que así lo permite, no existen vicios que impidan resolver de fondo el litigio y además, la juez que conoció el asunto está investida de jurisdicción para resolver conflictos en nombre del Estado colombiano y tiene asignada la competencia para conocer de asuntos como el que se trata, al igual que la tiene el Tribunal para definir en segunda instancia en su condición de superior funcional de la Juez que profirió el fallo. Ha de destacarse adicionalmente que las partes fueron representadas por sendos profesionales del derecho que avalan su comparecencia al proceso.

3. Problema jurídico. Se centra en establecer si está demostrada la responsabilidad que endilgan los demandantes a la entidad demandada Clínica Somer S.A. en la atención médica brindada a la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo, concretamente si incurrió en conducta culpable, que haya sido la causante del daño cuya indemnización se reclama; además, se establecerá si hubo omisión e indebida valoración probatoria como lo aduce el apelante.

4. Sobre la culpa, la doctrina y jurisprudencia vigentes, en el campo de la responsabilidad civil por el acto médico, han enseñado que puede producir responsabilidad para el profesional o la entidad que lo ejecuta y por ende, la obligación de indemnizar el daño que se llegue a causar al paciente, de incurrirse en fallas al emitir un diagnóstico o al ejecutar un determinado tratamiento o procedimiento, porque esa especie de responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, se rige por el criterio de la culpa probada por tratarse de una obligación de medio, salvo cuando se asume de manera expresa la de obtener un determinado resultado que no se logra.

Al respecto rememoró la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento, sentencia SC917-2020, del 14 de septiembre de 2020, con ponencia del Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, en proceso con radicación 76001-31-03-010-2012-00509-01:

"*En esa dirección, sostuvo la Sala en decisión de 13 de septiembre de 2002, que "(…) [s]i, entonces, el médico asume, acorde con el*

contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado".

Bajo ese entendido, constituye deber para el médico actuar con diligencia y cuidado en la atención profesional que preste al paciente, con el fin de obtener su curación o mejoría, pero como por regla general su obligación es de medio, no de resultado, en caso de no obtener el que se espera, solo se le puede atribuir responsabilidad en la medida en que se demuestre que incurrió en culpa por haber desatendido esos deberes.

Para el caso que convoca a la Sala, no aparece demostrado que la Clínica Somer S.A. haya adquirido con la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo una obligación de resultado, sino una de medio, consistente en brindar la atención que requiriera, conforme a las reglas y procedimientos previstos por los protocolos médicos para el caso, conforme al estado del arte; por tanto, ha de tenerse como de medio, lo que radica en cabeza

de la parte actora demostrar la culpa que endilgan a la convocada a juicio.

5. De las pruebas practicadas en el proceso con las que pretende el apelante demostrar el daño:

5.1. El testigo, ***Dr. Edgar de Jesús Ospina***, de profesión médico - cirujano general y subespacializado en endoscopia digestiva, relató sobre la atención médica prestada a la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo entre el 9 y 15 de agosto de 2007, precisando que aquel día ingresó por el servicio de urgencias aquella señora, reseñándose en la historia clínica que contaba para esa data con 83 años de edad, consultaba por un cuadro de "*dolor abdominal inespecífico*" de un mes de evolución, con antecedente hipertensión arterial y enfermedad diverticular del colon; hallándose "*con unas radiografías de tórax y abdomen que **no evidenciaban un cuadro de obstrucción intestinal o de perforación de visera hueca**, se llega a la conclusión de una enfermedad diverticular del colon con una diverticulitis asociada, iniciándose manejo médico y pidiéndose estudios adicionales, entre ellos una tomografía abdominal que muestra una diverticulitis y una **aparente** obstrucción parcial intestinal además de abundante líquido ascético en cavidad, se realiza muestra de dicho líquido y se envía a estudio el cual informa células cancerosas (…) se toma biopsia y el resultado es (…) negativo para malignidad*" (Se resalta, fl. 1, fte. y vto., c-4); se le ordenó "*una colonoscopia para descartar lesión tumoral en el colon, realizada el 15 de agosto del mismo año, para lo cual "**se inicia la preparación del colon y en las horas de la noche la paciente hace un cuadro de crisis hipertensiva presentando asistolia** que no mejora con las medidas de resucitación y fallece*" (Se resalta, fl. 1, vto.). Ilustró que las precauciones para el suministro del *Klear Prep* son: *i)* prever que

no haya cuadro de deshidratación severo y *ii)* que no haya inconciencia que impida la ingesta oral del mismo; aclaró que la "***obstrucción parcial del tubo digestivo no es una contraindicación para la realización de la preparación***" (íd); al ser indagado si la paciente Zapata de Restrepo, de acuerdo a la historia clínica que reposa en el expediente, se le podía suministrar aquel medicamento? Reiteró: "***si hay una obstrucción parcial no es contraindicación para la realización del examen****, si existiera una obstrucción total y a nivel del intestino inicial o superior sí sería contraindicado*" (íd.); informó que la carcinomatosis peritoneal es "*una invasión de células neoplásicas en la cavidad abdominal comprometiendo las vísceras intra-abdominales, incluida la pared abdominal considerada como un estado avanzado y terminal*", y ello "*puede dar al traste con la vida del paciente*", que para el caso, en una paciente de 83 años, "*es un manejo paliativo y no curativo*" (fl. 2, íd.), y que con el estudio del líquido peritoneal que se le hizo, informó que "*hay células cancerosas del tipo adenocarcinoma*", según se otea a folio 59 del expediente, siendo esta la razón para ordenarle la colonoscopia (endoscopia de vías digestiva baja) a fin de establecer el origen del tumor primario, puesto que ya se le había realizado una endoscopia digestiva alta que descartó la lesión en ese sitio; explicó que "*Una obstrucción parcial permite el paso de gases y material fecal que no contraindican la limpieza del colon para poder visualizar adecuadamente el tubo digestivo y aclarar el diagnóstico*" (fl. 2, vto.). De la valoración por siquiatría de la paciente, según historia clínica visible a folio 52, indicó que se hizo por petición de su familia, para establecer sus facultades mentales; que en todo caso aquella paciente de 83 años de edad presentaba enfermedades de base asociadas con "*hipertensión arterial, diverticulosis, carcinomatosis y con una crisis hipertensiva que la lleva a un paro cardiorespiratorio*" (íd.). Informó que el suministro del *Klean prep*

puede ocasionar "*diarrea osmótica, puede ocasionar una deshidratación y un desequilibrio electrolítico*", y que eligió tal medicamento, habiendo otros métodos para la preparación de una colonoscopia, porque todos persiguen el mismo objetivo y con componentes parecidos, solo hay que "*prever que la paciente no tenga un cuadro de desequilibrio electrolítico previo o* ***una obstrucción intestinal completa***" (Se resalta, fl. 3, íd.), no siendo este el caso, porque la historia clínica no da cuenta de una obstrucción total ni los exámenes radiológicos lo documentan o reflejan.

5.2. También fue llamado a declarar el ***Dr. Luis Eduardo Soto González***, médico cirujano general. Sobres los hechos que da cuenta la demanda, informó que la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo consultó por un cuadro de dolor abdominal de un mes de evolución, siendo hospitalizada para estudio y tratamiento, se le practicó una parasíntesis y citología del líquido obtenido debido a la ascitis que presentaba, que el informe de patología indicó células neoplásicas de un adenocarcinoma, síntomas que pueden provenir del estómago o el colon; también se le realizó una endoscopia digestiva superior con biopsia, la cual descartó lesión tumoral; se le ordenó tomografía abdominal contrastada, mostrando divertículos a nivel del colon con **obstrucción parcial** a nivel sigmoides; que con este resultado se ordenó una colonoscopia para descartar patología neoplásica a ese nivel, y que para la limpieza intestinal se utiliza la sustancia *Klean Prep*, siendo las contraindicaciones para su ingesta, "***obstrucción intestinal completa, perforación intestinal****, colitis tóxica y megacolo tóxico*" (fl. 17, c-4), y que, "*Según el estado clínico de la paciente y los hallazgos de la tomografía, si bien había una* ***obstrucción parcial*** *a nivel del sigmoides*

no había una obstrucción completa que habría sido contraindicación para administrar esta sustancia" (íd.), siendo viable su administración en la paciente Zapata de Restrepo; incluso, aseveró que *Klean Prep* es la sustancia más adecuada para la preparación de una colonoscopia. Ilustró que la carcinomatosis peritoneal es un proceso avanzado de cáncer, manifestado en este caso por la ascitis que presentaba aquella, y a su edad, 83 años, es sumamente grave porque indica que la enfermedad se ha extendido haciéndola incurable y para lo cual solo quedan tratamientos paliativos. "*La sobrevida en estos casos no supera los seis meses*" (fl. 18, íd.); informó que según resultado que obra a folio 59 del expediente, "*no deja lugar a dudas a que se trataba de un cáncer avanzado*". Reiteró que "*Ni el cuadro clínico ni los hallazgos de la tomografía correspondían a una obstrucción intestinal completa. Si bien la tomografía informa obstrucción intestinal a nivel del sigmoides, esto es una condición muy diferente al de una obstrucción intestinal completa*"; afirmó que "*La crisis hipertensiva pudo haber ocasionado un infarto agudo y éste haber sido la causa de la muerte de la señora Rosa Elena. Otra posibilidad es que el vómito hubiera ocasionado una broncoaspiración masiva, lo cual no está comprobado (…) En esta última hipótesis, una broncoaspiración nada tuvo que ver con la administración del KLEAN PREP para la limpieza intestinal necesaria para la colonoscopia*" (fl. 19, íd.).

Las atestaciones de estos médicos tienen pleno mérito demostrativo, en razón a que se trata de testigos técnicos, expertos en la ciencia de la medicina, además, conocen de primera mano los hechos que expusieron porque en ellos participaron. Sus expresiones resultaron claras, completas y responsivas y coincidentes y no fueron tachadas por las partes en la oportunidad legal y sorprende que sólo en los alegatos de conclusión, el

apoderado de los demandantes, con argumentos que en su momento procesal no expresó, reclame que tales testimonios no sean tenidos en cuenta, por ser integrantes de la clínica demandada.

El artículo 211 del Código General del Proceso, faculta a "*las partes para tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad…*". Esta oportunidad no fue aprovechada por el quejoso en el momento en que aquellos galenos declararon, así que tal tacha no será acogida por extemporánea, pero además, porque las declaraciones de los médicos tienen total coherencia con las pruebas diagnósticas e historia clínica que militan en el expediente, que documentan las atenciones médicas que ellos mismos hicieron a la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo; de ahí que, como lo dijo el abogado de la aseguradora en los alegatos de conclusión, al replicar sobre dicha tacha, lo coherente y lógico es que los mismos médicos tratantes sean los idóneos para declarar sobre el estado de salud de aquella desde que ingresó a la clínica hasta el último día de su vida, de las atenciones médicas y de los tratamientos que le brindaron, de los estudios imagenológicos y clínicos y de sus resultados, procurando hallar de manera certera su diagnóstico. Se itera, aquellos testigos son los idóneos para declarar sobre los hechos por los cuales fueron indagados, también sus versiones con conocimiento en el campo de la medicina ilustraron sobre las condiciones médicas en que ingresó la referida paciente a la clínica y de sus hallazgos en el trasegar de su estadía allí.

5.3. Con las copias de las históricas clínicas adosadas por la parte demandada (fls. 46 a 97, c-1), se constató, que la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo, de 83 años, ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Somer S.A. el 9 de agosto de 2007, consulta por dolor abdominal, vómito y distensión de 30 días de evolución; dejando documentado: "*hoy realizan tac contrastado de abdomen (…) es evaluada por médico general, que ordena examen…*" (fl. 81). Según epicrisis, visible a folio 47, la paciente tiene un diagnóstico definitivo de "*carcinomatosis*", en este ingreso fue atendida por el médico Edgar de Jesús Ospina; los folios 49 vto. al 53 vto., se describe la evolución médica de la paciente entre el 9 al 14 de agosto de 2007; en estas acotaciones médicas, se observa que la paciente también fue asistida por el Dr. Eduardo Soto (fl. 51), entre otros galenos especialistas, entre ellos, medicina interna y siquiatría.

Además, la historia clínica documenta las pruebas diagnósticas y suministro de medicamentos que aquellos profesionales de la medicina ordenaron a la señora Zapata de Restrepo. Entre aquéllas, el día 15 de agosto de 2007, el doctor Ospina ordenó la preparación previa a la realización de la colonoscopia (fl. 54), observándose que para ello se le suministró el material médico denominado *Klean Prep*, según se documenta en el soporte de facturación visible a folio 96 del expediente, y en el folio 70 del mismo cuaderno, se vislumbra formato rotulado "*tratamientos*" y "*administración de tratamientos*", indicándose que el medicamento *Klean Prep* -4 sobres, se disuelven en un litro de naranjada, para ingerir la paciente entre los días 15 y 16 de mismo mes y año.

En adición, el estudio realizado el 11 de agosto de 2007 por el radiólogo, Dr. Carlos Gonzalo Hernández Polanco, concluyó que la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo "*muestra signos de enfermedad diverticular del colon a nivel de colon descendente y rectosigmoides con zonas de obstrucción parcial de el (sic) contraste a este nivel*" (fl. 57, c-1); entre los folios 58 al 60 del mismo cuaderno, se observan informes de estudios patológicos, a saber: *i)* RX de tórax, el cual indica "*Consolidación de mayor densidad basal izquierda y contornos poco definidos y signos de pequeño derrame pleural izquierdo"*; *ii)* RX de abdomen, informa que "*en la parte distal con imágenes diverticulares aun cuando no vemos signos de diverticulitis*"; *iii)* Tac de abdomen contrastado, enseña el estudio que "*no hay zonas de reforzamiento anómalo*" y la densidad es homogénea; *iv)* estudio a líquido ascítico, arrojó como resultado, "*cuadro citológico amerita descartar compromiso por adenocarcinoma*"; *v)* el estudio al duodeno, reveló que no se observa displasia, ni compromiso por adenocarcinoma.

Posteriormente, a folio 69, se observa el resultado de una endoscopia digestiva superior, arrojando como diagnóstico: *i)* "*ESÓFAGO: R.G.E. HERNIA HIETAL MODERADA CON ESOFAGITIS III; ii) ESTOMAGO: GASTRITIS ANTRAL MODERADA; III)* ***DUODENO: CA DUODENAL***".

En notas del día 15 de agosto, a las 23:40 horas, se registra: "*Encuentro paciente cianótica con síndrome de dificultad respiratoria, con frialdad distal, no marca saturación con pulsoxímetro (…) inicia enesis porraseo y posteriormente apnea. Se inicia aspirado se obtiene 1000 cc aproximadamente, se inicia al mismo tiempo masaje cardiaco, bajo monitorización, se observa actividad eléctrica sin pulso (…) se intuba … luego de esto se suspende masaje cardiorespiratorio*" (fls. 52, vto., continúa

lectura a folio 48, c-1). Y a esa hora, la Dra. Diana Arocha Hoyos expide certificación de defunción No. A2650716.

5.4 En la etapa probatoria del proceso se obtuvo un dictamen rendido por el *Dr. Andrés Goldstein Rothstein*, de la Universidad Ces, visible entre los folios 162 a 173 del expediente, y el que lo aclara y complementa[6], entre los folios 181 a 192; ambos con similitud conceptual y cuestionamiento, veamos: en este último, al inicio del dictamen, el médico experto dijo dar respuestas a las inquietudes formuladas por ambas partes, "*sin realizar cuestionamientos, acusaciones ni amenazas, como SÍ lo hizo el abogado demandante*"; luego precisó sobre los aspectos relevantes para el caso que convoca, que "*por los signos y síntomas que manifestaba la paciente, se hospitalizó con una impresión diagnóstica de dolor abdominal y posible obstrucción intestinal. Para aclarar este diagnóstico se requerían exámenes paraclínicos como la tomografía abdominal, que generó la necesidad de realizar una colonoscopia para aclarar la causa de una obstrucción intestinal parcial*" (fl. 184, c-1), con el resultado de la citología "*se confirmó un compromiso peritoneal por adenocarcinoma, sin conocer el origen primario del mismo. Siendo las posibilidades de un cáncer de colon, estómago y páncreas*" (íd. Se subraya). Al responder la pregunta "*cuáles son las contraindicaciones absolutas para el suministro del preparado Klean Prep para la preparación de una colonoscopia*", dijo que según el fabricante, no debe administrarse a pacientes "*con sospecha de perforación u obstrucción intestinal, íleo paralítico, retención gástrica … Sin embargo en algunos casos cuando hay una obstrucción parcial, es posible realizar una preparación del colon para una colonoscopia o procedimiento quirúrgico con una vigilancia y control adecuado durante la*

[6] A petición de la parte demandante.

administración de dicha preparación" (fl. 185, se subraya). Refuerza su criterio, ilustrando que "*Se determina que una obstrucción es parcial y no total, cuando permite el paso del líquido y/o aire a través del área comprometida o evidenciada…*" (fl. 186); precisó que "***El suministro de grandes cantidades de líquido y/o el suministro de Klean Prep** asociado a un episodio de vómito en un paciente con alteración del sensorio, puede presentar paso (sic) dicho líquido a la vía aérea (broncoaspiración)*" (íd. Se resalta), que en este caso, según la historia clínica, con la ingesta de aquel líquido "*aparentemente la paciente presentaba mayor distensión y abdominal*" (íd.), y ante el diagnóstico duodenal de la paciente, "*en mi concepto no era una contraindicación para la realización de la preparación del colon. Además se necesitaba dicha preparación para esclarecer el origen del problema y descartar o confirmar la etiología de la obstrucción intestinal parcial*" (fl. 187); reiteró que en su concepto, "*no es una contraindicación absoluta para la preparación del colon en un paciente que requiere y necesita que se le practique una colonoscopia para descartar o confirmar la etiología de la obstrucción intestinal parcial*" (íd.).

Acorde con la historia clínica, ilustró el experto, doctor Goldstein, que "*La paciente presentaba una carcinomatosis peritoneal demostrada por estudio citológico por lo que, **en mí concepto, es la que generó la hospitalización y las subsecuentes complicaciones**. Por otro lado cuando un paciente está conciente* (sic) *sin trastorno en el sensorio y se presenta un episodio de vómito, es muy poco probable que ocurra una broncoaspiración, ya que existen mecanismos fisiológicos involuntarios que evitan el paso de líquido a la vía área. Por otro lado en una paciente de edad con una enfermedad severa como es una carcinomatosis peritoneal, que por el deterioro de su estado general secundario a esta enfermedad, se presentara una alteración en su función ventilatoria (como se describe en la historia clínica) y secundario a esto una alteración en el estado de conciencia, siendo la broncoaspiración una consecuencia de esta alteración en su estado de*

conciencia…" (fls. 188 y 189). Al explicar qué es carcinomatosis peritoneal, enseñó que "*es la diseminación de un tumor o cáncer a nivel de la cavidad peritoneal. En el presente caso se evidenciaron células compatibles con un adenocarcinoma (tipo de tumor), lo que se considera un estadio avanzado del cáncer*" (fl. 189), donde ocurre lo denominado en medicina como "*falla orgánica múltiple, con alteraciones en la homeostasis celular, trastornos electrolíticos, hematológicos, entre otros. Por lo tanto una alteración en la función ventilatoria de un paciente con estas condiciones podría tener múltiples etiologías, como por ejemplo un derrame pleural, edema pulmonar agudo, falla cardiaca, trombo embolismo pulmonar, entre otros*" (fl. 190).

Concluyó el experto, afirmando "*Como cualquier médico sabe, una paciente de esta edad y con una carcinomatosis peritoneal tiene pocas posibilidades de mejoría, y muy pocas posibilidades de curación del cáncer (…) ya que la carcinomatosis peritoneal se considera como una metástasis a distancia, lo cual es indicativo de muy mal pronóstico*" (fl. 191), y en el folio 192, conceptuó: "*Paciente de 83 años de edad con una enfermedad grave (carcinomatosis peritoneal…), donde se estaban realizando el manejo médico y estudios paraclínicos para enfocar así un manejo médico paliativo adecuado, pero desafortunadamente durante este proceso la paciente fallece. Es posible que existan algunos datos inconclusos en la historia clínica con posibles fallas en la atención de la paciente (…) pero en mi concepto creo que por la severidad de la patología y la edad de la paciente no existe posibilidad de curación del cáncer, además de que existía una mínima probabilidad en la mejoría en su condición clínica*".

Por auto del 27 de noviembre de 2012, la a quo consideró "*indispensable dar contradicción al dictamen pericial aquí arrimado en aras a que el mismo eventualmente fuere objeto de objeción por error grave*" (fl. 274, c-1), y en tal sentido corrió traslado de este a las

partes por el término de tres días. Dentro del término, la demandante lo objetó por error grave por considerar que fue antitécnico e impreciso, solicitó nombramiento de un nuevo perito con miras a lograr la claridad de la existencia de la responsabilidad pedida. En efecto, y con varios intentos fueron designados peritos médicos de la lista de auxiliares de la justicia, sin lograrse, por lo que se dispuso a oficiar a la Universidad de Antioquia, para que por medio de su personal idóneo, rinda dictamen pericial en razón de aquella objeción.

La Universidad de Antioquia, a través del médico - cirujano general, *Dr. Juan Jairo Zuluaga Arias*, hizo un resumen del caso, indicando que durante la hospitalización de la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo, se le realizaron diferentes estudios imagenológicos y clínicos que determinaron que "*presenta un tumor maligno avanzado, posiblemente originado en el tracto gastrointestinal, con carcinomatosis peritoneal que se confirmó por el estudio de líquido peritoneal, y con una obstrucción intestinal parcial*" (fl. 390, c-1), y para determinar el origen de dicho tumor, le fue ordenada "*una colonoscopia, requiriendo para ello la preparación del intestino grueso, mediante la utilización de un preparado conocido como Klean Prep. La paciente durante la preparación para la colonoscopia y recibiendo el producto mencionado, presenta un paro cardiorespiratorio y fallece*" (íd.). Luego, dando respuesta a los interrogantes objeto del dictamen, explicó el experto en qué consiste una colonoscopia, al igual si el *Klean Prep* es un medicamento apto para preparar a un paciente previo a aquel examen, conceptuando que es el más utilizado para tal fin. Que para el caso, "*Al revisar la historia clínica de la paciente Rosa Elena Zapata, se puede inferir que dicha paciente presentó un cuadro de dolor abdominal*

secundario a una obstrucción intestinal parcial, según lo reportado en el TAC de abdomen y otras imágenes; incluso la endoscopia digestiva superior practicada, reporta una lesión duodenal sospechosa de malignidad (la biopsia no confirma que sea un tumor, pero no se descarta, por lo reportado en la endoscopia), ***y en ninguno de los exámenes se reporta una obstrucción intestinal total o signos de perforación intestinal, que contraindicaran el uso del Klean Prep***" (Se resalta y subraya, folio 391). En adición, dijo que "*Los síntomas reportados por la paciente durante el suministro del preparado pueden ser debidos a su condición clínica (enfermedad tumoral avanzada con ascitis y compromiso peritoneal por el cáncer)*" (íd.).

Dijo el experto, que no puede afirmarse que la causa de la muerte de la paciente Zapata de Restrepo lo fue la ingesta del *Klean Prep*. Reiteró que, según la historia clínica, "*los diferentes exámenes practicados a la paciente confirmaron la presencia de una carcinomatosis peritoneal, lo confirma* ***el estudio del líquido ascítico (o abdominal) extraído a la paciente que es positivo para adenocarcinoma (cáncer). Un tipo de cáncer probablemente originado en alguna de las vísceras abdominales, y que establece una enfermedad tumoral muy avanzada (estadío IV o terminal), posiblemente sin opción de tratamiento quirúrgico y la que pudo ser en definitiva la verdadera causa de su deceso****, ya que se trata de una enfermedad crónica y debilitante que ya traía la paciente (…) en la que la muerte se constituía en la evolución natural de esta enfermedad, y que la colonoscopia solo buscaba aclarar el posible origen de ese cáncer avanzado que padecía la paciente*".

En la ampliación a tal dictamen, que se produjo a solicitud de la parte demandante dentro del término de traslado otorgado con ese fin, expresó el perito, entre otros aspectos, según se lee de los hallazgos radiológicos, "***sugieren una obstrucción***

intestinal parcial (no completa), a nivel del recto-sigmoides" (fl. 414), aunado a que de las notas de enfermería, "*no hay notas específicas que sugieran que haya obstrucción intestinal, hay descritos síntomas y signos inespecíficos, como dolor, distención, no deposiciones; pero que* ***no permiten determinar con exactitud que la paciente tuviese un cuadro obstructivo intestinal***" (fl. 415), inclusive, "*no aparece registrado en los posibles diagnósticos confirmados por el mismo personal médico*" (íd); también confirmó que en "*la historia clínica de la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo, no se infiere que la paciente presentase una contradicción absoluta para recibir una preparación usual para una colonoscopia*" (fl. 417). Finalmente, precisó que "*aunque en la historia clínica no se dejó constancia de la broncoaspiración, ya que el líquido aspirado también pudo ser aspirado del estómago, no solo del árbol respiratorio. Ahora,* ***en cuanto si la eventual broncoaspiración haya sido la causa de la muerte, como se anotó anteriormente, no hay elementos en la historia clínica que permita concluir con certeza que haya sido la broncoaspiración la única causa de la misma, dada las condiciones clínicas de la paciente***" (fl. 419). Se resalta.

Puesta esa ampliación del dictamen en traslado de las partes, ninguna se pronunció.

Considera la Sala que ambos dictámenes tienen total coincidencia con sus apreciaciones y conclusiones centrales científicas, que pudieron inferir los expertos de lo documentado en la historia clínica de la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo, así como de los diferentes estudios imagenológicos y clínicos que le practicaron; no obstante, es al primer dictamen, el presentado por el doctor Andrés Goldstein Rothstein, al que la Sala reconoce valor demostrativo en razón a que son más amplios los

cuestionamientos que desarrolló, aunado a su solidez, claridad, precisión y calidad de sus fundamentos.

5.5 En las declaraciones de parte, el demandante *Sergio Alonso Restrepo Zapata* manifestó que su madre Rosa Elena "*empezó con un cólico, ese cólico se le convirtió en un cáncer, el cual la mató en quince días o un mes*" (fl. 8, c-4); de ese diagnóstico se enteró cuando estuvo hospitalizada ocho días; allí "*le hicieron una colonoscopia,* ***le dieron un líquido como que era contraindicado***", según nos dijo "*Jaime el hermano mío, él es médico veterinario pero sabe mucho de medicina general*" (íd.).

A su turno, *Jaime Antonio Restrepo Zapata*, de profesión médico veterinario, dijo que al enterarse de la muerte de su madre, de inmediato acudió a la clínica, le preguntó a la médica Diana Arocha, de qué había fallecido y le respondió que "*los líquidos que tenía en el estómago se le fueron a los pulmones*"; dijo que su madre se quejaba dos meses antes de fallecer, de un dolor abdominal lo que conllevó a consultas médicas y tratamientos, pero cuando éste se le agudizó, fue hospitalizada, "*en ese proceso hubo varias situaciones como que algún momento los médicos al tener un examen de un líquido peritoneal que le extrajeron planteaban la posibilidad de que fuera un cáncer, cosa que nunca se probó (…) uno de esos médicos interpretó como si fuera un cáncer (…) luego salió el resultado de la biopsia y salió que la lesión no era cancerígena*" (fl. 12, c-4). Al ser indagado del por qué su madre fue valorada por siquiatría, respondió que debido a unos negocios que su madre iba a hacer de unas propiedades, "*me dijeron que debería tener ella un certificado de aptitud mental debido a su edad*" (íd.); también se le preguntó qué le constaba del suministro del líquido del que

dan cuenta los hechos de la demanda, a su madre, a ello respondió que veía a su hermana suministrándoselo y según instrucción de enfermería, "*le fuera dando*" de a poco, pero ella decía que se ponía maluca cuando lo ingería, quejándose de dolor en el pecho y estómago inflamado.

Por su parte, *Luz Eugenia Restrepo Zapata*, refirió que su hermano Jaime les dijo que por información de la médica Arocha, el fallecimiento de su madre obedeció a un líquido que se le fue a los pulmones y se ahogó, también ilustró que la consulta de su madre por siquiatría, obedeció a que "*estaba llevando a cabo un negocio familiar y el siquiatra le dictaminó que ella estaba en todos sus cabales*" (fl. 14, c-4). Finalmente, relató que cuando le suministraba a su madre el líquido que le mandaron en la Clínica Somer para hacerle la colonoscopia, ella manifestaba que le dolía el pecho y el estómago se le inflamaba, de ello enteró a la enfermera, pero ésta ordenó su continua ingesta.

Diego León Restrepo Zapata declaró sobre la angustia que le causó la muerte de su madre Rosa Elena; no dio cuenta de las condiciones de salud y tratamientos médicos dispensados a esta.

5.6 Finalmente, la testigo *Cristina Arteaga de Ramírez*, declaró que la señora Rosa Elena murió en la Clínica Somer, "*al parecer la causa (…) fue un paro respiratorio y de infarto*" (fl. 68, c-3), pero "*supuestamente cuando a ella la llevaron a la clínica era por unos cólicos (…) a mi me pidieron el favor que la fuera acompañar*" (fl. 69, íd.), no recuerda la fecha, pero llegó a las 7:30 p.m., en la habitación

estaban sus hijos Jaime y Luz Eugenia, en compañía de la siquiatra, quedándose sola con ella a partir de las 8:00 p.m., y siguió suministrándole el tratamiento que le estaba dando Luz Eugenia, la primera toma se la dio a las 10:00 p.m., por sorbitos, al momento ella manifestó la necesidad de ir al baño y sin bajarla de la cama se ensució; luego manifestaba dolor en el pecho, la enfermera le dio una pastilla y al instante se durmió, varias veces entró la enfermera en la noche a ponerle medicamento en el suero; persistía el dolor en el pecho y por ahí entre las 11:00 o 11:30 llamó nuevamente a la enfermera, ésta revisó los catéter, le tomó la presión y se retiró, "*doña ELENA empezó a quejarse y a vomitar, volví y llamé y la enfermera ya si vio la cosa muy maluca y se fue por ayuda, ahí mismo la entubaron y le sacaron un líquido café e inmediatamente le dio el infarto*" (fl. 70, c-3). Relató que la ingesta del líquido que le estaban suministrando a Rosa Elena, fue desde la tarde a través de su hija Eugenia, luego continuó dándoselo cuando la enfermera le llevó la botella con el líquido amarillo y la instrucción para suministrárselo, "*yo sólo le alcancé a dar dos tomas, porque en la primera toma ella se me quejó de dolor en el pecho, en la segunda también se me quejó entonces no le volví a dar y ella me dijo que no le volviera a dar eso y yo obedecí, yo le di dos vasitos*" (íd.).

6. Del análisis conjunto de las pruebas reseñadas:

En las historias clínicas resumidas, aparecen consignadas de manera minuciosa todas las atenciones prestadas a la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo, documentos que se avienen a las normas sobre su diligenciamiento puesto que constan en escritos con letra manuscrita e imprenta, precisando fecha y

hora de atención, la especialidad del médico tratante que indican las razones de la atención en su corta hospitalización, expresan las complicaciones halladas y las razones de sus dichos, así como sus instrucciones y recomendaciones impartidas, e indican de manera cronológica su estado de salud; de los exámenes paramédicos, tratamientos farmacéuticos, apreciaciones de los especialistas y generales sobre su evolución médica, todo ello hasta el momento de su fallecimiento. Se aúna que también hubo abundantes notas por parte del personal de enfermería (fls. 76, 77, c-1).

Los referidos instrumentos enseñan, además, que desde que la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo ingresó a la Clínica Somer S.A, recibió un adecuado manejo y tratamiento para aclarar su diagnóstico, puesto que aquellos reflejan atenciones oportunas, continuas y por un equipo médico interdisciplinario (internista, radiólogo y médicos cirujanos generales), para efectos de establecer un diagnóstico científico y acertado y, por consiguiente, un tratamiento adecuado para la patología que la aquejaba.

A propósito, las atestaciones de los testigos -médicos tratantes, señores Edgar de Jesús Ospina y Luis Eduardo Soto González, fueron contestes en sus relatos, como testigos técnicos informaron todo lo concerniente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar desde que la paciente Rosa Elena Zapata de Restrepo ingresó a la Clínica Somer, de su padecimiento, diagnóstico y enfermedades de base, todos dos coincidieron en informar que aquella ingresó con dolor abdominal de un mes de evolución, siendo hospitalizada para estudio y tratamiento; se halló

con una de las pruebas diagnósticas realizadas, con enfermedad diverticular y una aparente obstrucción parcial intestinal, de ahí que, con tal resultado, le prescribieron la colonoscopia para descartar patología neoplásica, siendo necesario para la limpieza intestinal, el suministro del *Klean Prep*, y éste se le ordenó; ambos fueron contundentes en ilustrar que la obstrucción parcial no es una contraindicación para la ingesta de tal solución electrolítica, que sí lo es en caso de existir una obstrucción total a nivel del intestino inicial o superior. Reiteró el Dr. Ospina, galeno quien formuló el suministro de aquella solución, que lo único que había que prever, era que "*la paciente no tenga un cuadro de desequilibrio electrolítico previo o **una obstrucción intestinal completa***" (Se resalta, fl. 3, íd.), no siendo este el caso, porque la historia clínica no da cuenta de una obstrucción total ni los exámenes radiológicos lo documentan o reflejan y por el contrario, hay noticia cierta de que la paciente defecó, lo cual sería imposible si padeciera obstrucción total. Concomitancia tuvo su dicho con lo aseverado por el Dr. Soto González, al afirmar que "*Ni el cuadro clínico ni los hallazgos de la tomografía correspondían a una obstrucción intestinal completa*", adicionando que el vómito puede generar broncoaspiración, pero, para el caso de la señora Zapata de Restrepo ello no quedó probado, aunado a que la ingesta de este medicamento no conlleva a ese efecto secundario, sino que su finalidad era limpiar el intestino.

A toda costa y con severidad el abogado apelante (también es médico de profesión) insistió en los argumentos en que sustentó la alzada, que la señora Rosa Elene Zapata de Restrepo se broncoaspiró como consecuencia del suministro del *Klean Prep*;

como se anotó en párrafo anterior, el médico Soto González ya ilustró que ello no está demostrado porque no hubo prueba científica que así lo determinara.

Ahora bien, en uno de los interrogantes realizados por la parte actora al perito, Dr. *Goldstein Rothstein*, le preguntó si la ingesta del *Klean Prep* por parte de la paciente Rosa Elena, le causó una broncoaspiración, a ello precisó: "***El suministro de grandes cantidades de líquido y/o el suministro de Klean Prep*** *asociado a un episodio de vómito en un paciente con alteración del sensorio,* ***puede presentar*** *paso (sic) dicho líquido a la vía aérea (****broncoaspiración****)*". Fue claro y contundente el experto al referir ingesta de grandes cantidades de líquido o suministro de aquel medicamento, y lo que se probó sobre este aspecto, fue que a la señora Rosa Elena sí se le suministró tal solución electrolítica en pequeñas cantidades, así lo expresó la testigo ***Cristina Arteaga de Ramírez***, ella dijo haber cuidado de aquella en una noche, no recordó la fecha, pero llegó a las 7:30 p.m., hallando que en la habitación estaba en compañía de sus hijos Jaime y Luz Eugenia, quedándose sola con ella a partir de las 8:00 p.m., y le continuó suministrando a doña Rosa Elena el medicamento que "*desde por la tarde a través de su hija Eugenia*" le estaban dando, pero que la primera toma se la dio a las 10:00 p.m., "*por sorbitos*", y que fue la enfermera la que le llevó la botella con el líquido amarillo y la instrucción para suministrárselo, asegurando: "*yo sólo le alcancé a dar dos tomas, porque en la primera toma ella se me quejó de dolor en el pecho, en la segunda también se me quejó entonces no le volví a dar y ella me dijo que no le volviera a dar eso y yo obedecí, yo le di dos vasitos*"; mientras que ***Luz Eugenia Restrepo Zapata*** en su declaración de parte ni por asomo ilustró qué cantidad le suministró

en las horas de la tarde, sólo indicó que cuando **trató** dárselo su madre le manifestó que sentía dolor de pecho y el estómago se le inflaba, y de ello enteró a la enfermera, sin que de manera alguna afirmara su continua ingesta y mucho menos qué cantidad. Recuérdese que el médico tratante, Dr. Ospina, ilustró que entre otras causas que ***pudieron*** conllevar la muerte de la paciente Zapata de Restrepo, sería una broncoaspiración masiva, "...***lo cual no está comprobado*** *(…) En esta última hipótesis, una broncoaspiración nada tuvo que ver con la administración del KLEAN PREP para la limpieza intestinal necesaria para la colonoscopia"*. Dicho que confirma la falta de prueba que demuestre o se pueda inferir con certeza que esta fue la causa del fallecimiento de la paciente Rosa Elena.

Aunque, la médica ***Diana Arocha Hoyos***, documentó en la historia clínica, según nota del 15 de agosto de 2007, atinente a la atención prestada a la paciente, en esta oportunidad describió que se hallaba cianótica con síndrome de dificultad respiratoria, procediendo a realizarle un aspirado, obteniendo aproximadamente 1000 c.c. De tal registro no puede inferir con contundencia que fue broncoaspirada por la ingesta de la solución electrolítica del *Klear Prep*, y es que, además, como lo afirmó el perito *Dr. Juan Jairo Zuluaga Arias*, en la aclaración al dictamen que se produjo por petición de la parte actora, precisó que *"aunque en la historia clínica* ***no se dejó constancia de la broncoaspiración****, ya que el líquido aspirado* ***también pudo ser aspirado del estómago****, no solo del árbol respiratorio*". Y, concluyó: "*Ahora,* ***en cuanto si la eventual broncoaspiración haya sido la causa de la muerte, como se anotó anteriormente, no hay elementos en la historia clínica que permita***

concluir con certeza que haya sido la broncoaspiración la única causa de la misma, dada las condiciones clínicas de la paciente".

7. Finalmente, se duele el propulsor de la queja que la a quo no haya hecho pronunciamiento sobre la atención siquiátrica dada a la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo mientras estuvo hospitalizada, ni del protocolo concerniente al suministro del *Klean Prep*, que requirió exhibiera la parte demandada.

7.1. Los demandantes señores *Jaime Antonio y Luz Eugenia Restrepo Zapata* fueron contestes al manifestar que el motivo por el cual su señora madre, Rosa Elena Zapata de Restrepo, fue valorada por el médico siquiatra, era la de certificar su estado mental en el que se hallaba para la fecha en que fue asistida por dicha especialidad, precisando el primero de aquellos, que su finalidad era por "*unos negocios que su madre iba a hacer de unas propiedades, me dijeron que debería tener ella un certificado de aptitud mental debido a su edad"*, y la segunda, ratificó que se *"estaba llevando a cabo un negocio familiar y el siquiatra le dictaminó que ella estaba en todos sus cabales"*. Intrascendente tal aspecto para demostrar la responsabilidad médica que endilga la parte actora a la demandada. De ahí que, el no pronunciarse la juez de la causa sobre aquella atención siquiátrica, ello no tenía la virtud de variar la decisión de la a quo.

Aprovecha la Sala para corroborar e indicar, que en efecto la demandada se esmeró hasta la saciedad en prestarle toda la atención médica que señora Zapata de Restrepo en su momento

requerió por el padecimiento que la aquejaba, hasta el punto de satisfacer u obtener un provecho o colmar una necesidad personal de los demandantes, pues como ellos mismos atestaron, requerían que su madre tuviera consulta por siquiatría, (que de paso hay que decir, nada tenía que ver con sus dolencias físicas), con una finalidad específica, la de certificar su sanidad mental para disponer de su patrimonio, según ellos, así lo requirió el notario.

7.2. Del protocolo para el suministro del *Klean Prep* a la paciente Zapata de Restrepo, sí se halla registrado en la historia clínica que en líneas anteriores se reseñó, como se indicó, en el folio 70 del cuaderno principal, se vislumbra formato rotulado "*tratamientos*" y "*administración de tratamientos*", indicándose que el medicamento *Klean Prep* -4 sobres, se disuelven en un litro de naranjada, para ingerir la paciente entre los días 15 y 16 de mismo mes y año, ello como preparación para la colonoscopia.

8. Ahora bien, respecto a la necesidad de la prueba de la culpa, es menester traer a colación la sentencia SC2555 de 2019, de la que se transcribe un importante aparte:

"7.1. La comprobación de la culpa imponía a la gestora del litigio acreditar que en la ejecución del acto médico contratado, el galeno contrarió, desconoció o desatendió la lex artis ad hoc.

Como lo explicó la Sala en uno de sus recientes fallos, "no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (imputatio facti), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (imputatio iuris)". Por eso, "el reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar

conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo. 'La culpa civil -explica BARROS BOURIE- es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo. (…) el juicio de disvalor no recae en el sujeto sino en su conducta, de modo que son irrelevantes las peculiaridades subjetivas del agente'. (Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile, 2009, p. 78)" (CSJ, SC 13925 del 30 de septiembre de 2016, Rad. n.° 2005-00174-01).

Obviamente, en los casos de responsabilidad profesional, en general, el estándar aplicable es la lex artis. Ahora bien, tratándose de la prestación de servicios de salud, habrá culpa, cuando la conducta del galeno no se sujeta a los parámetros que la propia ciencia médica impone para el acto por él realizado."

Aplicando estos postulados al reclamo que se examina, es evidente que la parte accionante no logró demostrar el incumplimiento endilgado a la entidad demandada, como se analizó.

Tal como fue descrito líneas atrás, al momento de valorar la prueba documental, pericial y testimonial, se observa que las prestaciones de servicio en salud brindadas a la señora Rosa Elena Zapata de Restrepo por parte de la Clínica Somer, ocurrieron de manera diligente, oportuna, continua y acertada; fueron brindadas por un equipo médico interdisciplinario con conocimientos especializados para atender el notorio deterioro de su estado de salud, tal como quedó documentado cuando fue formalizado el ingreso de la paciente a través del servicio de urgencias y por ello, su consecuente hospitalización.

En las circunstancias descritas, la acreditación del nexo causal entre el incumplimiento por parte de la entidad demandada, no fue cumplida, porque la causa del fallecimiento de la señora Zapata de Restrepo no fue verdaderamente descubierta, las hipótesis de los galenos se extendieron desde la posibilidad de un infarto por la alteración de la presión arterial, pasando por la presencia de una carcinomatosis peritoneal hasta el deterioro de su salud como consecuencia de éste, pero sin que el proceso tenga certeza de cuál fue la causa eficiente definitiva.

En todo caso, las historias clínicas son abundantes en anotaciones sobre las atenciones que la accionada otorgó a la actora, todo lo cual impide endilgar como causa del desenlace fatal, el incumplimiento (no verificado), de las obligaciones a cargo de la demandada y en especial la de prestar un buen servicio de salud integral.

Conclusión. Obligatorio resulta concluir que la demandante no pudo establecer el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada, ni el nexo causal entre la acción u omisión de la llamada a responder y el daño que se alega sufrieron los hermanos Restrepo Zapata. Por lo que la sentencia de primer grado será confirmada.

9. Costas. Se condenará en costas a la parte demandante, en favor de la parte demandada por no haber prosperado el recurso (art. 365-1 C.G.P.); se liquidarán en primera instancia, según lo previsto en el artículo 366 del C.G.P., previa

fijación mediante auto del ponente de las agencias en derecho, que correspondan a esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha, contenido y procedencia conocida, por los argumentos expuestos en la parte motiva.

SEGUNDO: Se condena a la demandante apelante a pagar las costas de segunda instancia, a favor de la demandada. Las agencias en derecho se fijarán a través de auto del ponente. Las costas y éstas serán liquidadas por el Juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Disponer la devolución del expediente físico y la actuación digital a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto fue discutido y aprobado, según consta en acta N° 078 de la fecha.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN

WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA

Firmado Por:

Oscar Hernando Castro Rivera
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Dario Ignacio Estrada Sanin
Magistrado
Sala 01 Civil Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **48d8895249eaf61da1e2150ca6fbbd4e4dbc027864540234b34624ee6d34caaa**
Documento generado en 01/03/2023 10:04:00 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, primero de marzo de dos mil veintidós

Proceso	: Divorcio de Marimono Civil
Asunto	: Apelación de auto
Ponente	: **WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**
Consecutivo Auto	: 040
Demandante	: Neisa Gisela Céspedes Meneses
Demandante	: Antonio Abad Menvidil Buelvas
Radicado	: 05376318400120220025601
Consecutivo Sec.	: 2088-2022
Radicado Interno	: 483-2022

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación formulado por Antonio Abad Menvidil Buelvas frente al auto de **25 de agosto de 2022**, por el cual el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja admitió la demanda de divorcio de matrimonio civil instaurada en su contra por Neisa Gisela Céspedes Meneses, actuación en el cual se dispuso, entre varios, el decreto y práctica de medidas cautelares.

ANTECEDENTES

1. Neisa Gisela Céspedes Meneses instauró demanda de divorcio de matrimonio civil en contra de Antonio Abad Menvidil Buelvas, con fundamento en las causales 1ª, 2ª y 3ª del art. 6° de la Ley 25 de 1992.

2. Con el escrito de la demanda peticionó, además, el decreto y práctica de medidas cautelares.

3. El Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, mediante proveído del 25 de agosto de 2022, admitió la referida solicitud y ordenó, en el numeral 6° de la parte resolutiva, el decreto de algunas de las cautelas reclamadas, entre ellas:

-La suspensión de la tenencia, porte y uso que ejerce el señor Antonio Abad Menvidil Buelvas respecto del arma *"MARCA: GLOCK, CLASE: PISTOLA, CALIBRE: 9MM, No de serie AFHL996, No PERMISO: P2043337"*;

-La fijación de una cuota de alimentos provisionales en favor de la actora señora Neisa Gisela Cespedes Meneses y a cargo del demandado señor Antonio Abad Mendivil Buelvas, consistentes en el pago de una mesada equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; y

- El embargo del 25% del salario, primas, comisiones, honorarios, remuneraciones, compensaciones económicas o cualquier emolumento que Antonio Abad Mendivil Buelvas devenga en las empresas Sociedad Quimicolor S.A.S. y G8 Suministros S.A.S.

4. En auto del 15 de noviembre de 2022, la citada agencia dispuso tener al demandado, Antonio Abad Menvidil Buelvas, notificado de la demanda por conducta concluyente, con arreglo en lo dispuesto en el art. 301 del C. G del P., ordenado la remisión del vínculo de acceso al expediente a la apoderada del demandado, remisión la cual se llevó a cabo el 16 de septiembre de dicha anualidad, tal y como consta en el archivo 070 del dossier virtual.

5. Encontrándose en la oportunidad legal, el extremo pasivo de la litis formuló recurso de reposición y, en subsidio, de apelación en contra del auto admisorio de la demanda, concretamente, en lo relativo al decreto y práctica de las referidas medidas cautelares, escrito del cual remitió simultáneamente copia al correo de la apoderada promotora, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo del art. 9° de la Ley 2213 de 2022.

6. Puntualizó la citada mandataria que su poderdante llevó a cabo cursos intensivos para adecuado y responsable manejo de su arma de fuego, la cual porta por razones de seguridad, habida cuenta que, en ocasiones sale a altas horas de la noche de su lugar de trabajo, recorriendo lugares de alta complejidad en materia de seguridad.

Aseguró, asimismo, que jamás la ha utilizado de manera imprudente ni ha amenazado a nadie con ella.

Indicó que debido a la medida provisional de desalojo de la casa en donde habitaba con la actora, a él impuesta por la Comisaría de Familia del El Retiro, desde el 8 de agosto del año 2022 el demandado ya no vive con la demandante, ni tiene contacto con ella, comoquiera que le produce terror encontrársela.

Aseguró que su mandante posee una hoja de vida intachable y sin antecedentes, y que la suspensión del porte de su arma implicaría un riesgo a su seguridad personal.

7. En cuanto a la fijación de la cuota de alimentos provisionales decretada, manifestó el extremo demandado que la promotora no tiene necesidad de ésta, en la medida en que posee condiciones económicas óptimas y más que suficientes para su propia manutención. Al efecto, apuntó a la documentación que anexó con la solicitud de terminación del amparo de pobreza concedido en beneficio de la actora, la cual solicitó tener en cuenta.

8. Finalmente, señaló que si bien es cierto que los salarios, primas, comisiones, honorarios, remuneraciones, compensaciones y demás emolumentos que perciban las partes fruto de su trabajo o labor, con arreglo en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 1781 del Código Civil, son sociales, también lo es que por mandato del art. 1796 ibídem, la sociedad conyugal está obligada al pago de las obligaciones contraídas durante su vigencia, obligaciones que está asumiendo el demandado, y que ascienden a la suma mensual de $47.176.293.

9. Solicitó se revoquen las referidas medidas.

10. La apoderada demandante, al respecto, manifestó que se hace necesario que se sostenga la suspensión ordenada al señor Antonio Abad Menvidil Buelvas respecto al porte de su arma de fuego, pues, la investigación que en su contra se adelanta por violencia intrafamiliar ante la comisaría de familia aún no termina y, por tanto, no se han esclarecido los hechos en que se fundamentó la misma, los cuales vinculan el uso de dicha arma por parte del denunciado.

Aseguró que la adquisición del arma de fuego por el convocado no obedeció a razones de seguridad sino a un capricho de éste por ostentar ese elemento.

En relación con los alimentos provisionales, indicó que en días siguientes sustentaría la necesidad de estos, ya que la vinculación laboral de su mandante no corresponde a la realidad sino a una estrategia tributaria en favor de la compañía en la cual aparece vinculada.

Por último, indicó que el embargo del 25% del salario se encuentra permitido por la ley, inclusive en un porcentaje mayor, con la finalidad de que dichos activos hagan parte en la distribución de gananciales al liquidarse la sociedad conyugal, medida la cual resulta eficaz de cara con las maniobras defraudatorias que ha emprendido el demandado.

11. La impugnación horizontal fue resuelta por auto del pasado 22 de noviembre de 2022, por el cual se revocaron los alimentos provisionales ordenados en el numeral 7 del referido proveído, y se mantuvieron vigentes las medidas ordenadas en los numerales 1 y 59.

A tal conclusión arribó, por cuanto consideró el a quo que, respecto de la suspensión para la tenencia y el porte del arma de fuego referido, la medida encuentra asidero legal en el literal f) del numeral 5° del art. 598 del ritual civil, en

concordancia con el literal i) del art. 5° de la Ley 294 de 1996, de cara con la medida de protección obrante en el expediente, decretada en favor de la actora y su hija y a cargo del demandado; esto, aunado a que le compete al juez de familia adoptar las medidas preventivas y de protección en beneficio de los miembros de la familia. Se precisó además que la medida es provisional, y que inclusive se podría desatar con el fallo desestimatorio de la comisaría. Que, tratándose de la seguridad del demandado, esta no depende de que porte o no un arma de fuego, ya que es deber de Estado garantizar aquella, adoptando las medidas que se consideren pertinentes, lo cual no implica necesariamente la tenencia del confutado elemento.

En cuanto a los alimentos provisionales precisó que, en efecto, de la prueba documental aportada al plenario por pasiva y recaudada aún de oficio, se tiene que la señora Neisa Gisela Cespedes Meneses declaró ante la DIAN que posee un patrimonio para el año 2021 de $289.161.000., que devenga un salario mensual equivalente al $11.000.000 más auxilio de transporte, que tiene hijos mayores de edad y que, en consecuencia, ostenta la capacidad económica necesaria para su sostenimiento y, por tanto, no cumple con el presupuesto de la necesidad de la cuota alimentaria provisoria.

Del embargo del salario y demás ingresos que percibe el demandado de las empresas sociedad Quimicolor S.A.S., y G8 Suministros S.A.S., en un 25%, atestó el juzgado de primera instancia que, los argumentos que la resisten en el recurso, esto es, que con ellos se deben atender las obligaciones de la sociedad conyugal, con arreglo en lo dispuesto en el art. 1796 del Código Civil., en nada impide el decreto de la medida en embargo sobre los bienes que puedan ser objeto de gananciales, posibilidad consagrada en el art. 598 del C. G del P., motivo por el cual se mantuvo la medida.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La alzada se enmarcará en los disensos referidos anteriormente.

CONSIDERACIONES

1. Por medidas cautelares se entiende aquellos instrumentos procesales tendientes asegurar la efectividad de los derechos sustanciales y, debido a su importancia, han sido consideradas como un componente fundamental del derecho de acceso a la administración de justicia, habida cuenta que apuntan a la materialización y efectividad del derecho reclamado.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC3917 del 23 de junio del año 2020, puntualizó al respecto que *"(…) las medidas cautelares son concebidas como una la herramienta procesal a través de la cual se pretende asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales, sean personales o patrimoniales y, en este último caso, se orientan a lograr la conservación del patrimonio del obligado de salir adelante los*

reclamos del demandante, restringiéndose, con ello, los eventuales efectos desfavorables que puedan suscitarse ante la tardanza de los litigios. Por ello, son de naturaleza instrumental o aseguraticia, provisoria o temporal, variable o modificable y accesorias al proceso principal".

2. El art. 598 del Código General del Proceso, se ocupa de las medidas cautelares para ciertos procesos de familia, entre ellos, el de divorcio contencioso. Dicha disposición, en su numeral primero establece que *"Cualquiera de las partes podrá pedir **embargo** y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieran en cabeza de la otra".* (Subraya y negrilla para enfatizar).

Así mismo, la citada regla procesal consagra en el literal f) del numeral 5° que *"Si el juez lo considera conveniente, también podrá adoptar, según el caso, las siguientes medidas: (…) f) A criterio del juez cualquier otra medida necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; para tal fin, podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinentes, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente".* (Subrayado por la judicatura).

Con todo, conviene anotar además que el literal i) del art. 5° de la Ley 294 de 1996 *"Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar",* modificado por el art. 17 de la Ley 1257 de 2008 *"Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones"* enseña que: *"Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro del núcleo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del núcleo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas, sin perjuicio de las establecidas en el artículo 18 de la presente ley: (…) i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada. (…) Parágrafo 1. En los procesos de divorcio o de separación de cuerpos por causal de maltrato, el juez podrá decretar cualquiera de las medidas de protección consagradas en este artículo"* (Subraya judicatura).

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la aplicación de los tratados internacionales que en materia de violencia intrafamiliar y en contra de la mujer ha suscrito la Nación, incorporándolos al ordenamiento jurídico patrio, ha desarrollado un plan metodológico con el fin de incorporar en las actuaciones judiciales la perspectiva de género. Este cuerpo colegiado, en sentencia T-878 del 2014 indicó al respecto que: *"La violencia de género es aquella violencia que hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un **notorio** e histórico desequilibrio de poder. En nuestra sociedad el dominio del masculino por lo que los actos se dirigen en contra de las mujeres o personas con una identidad de género diversa con el fin de perpetuar la subordinación".* (Subraya y negrilla con énfasis).

Por tanto, resulta atinado concluir que, las medidas que se soliciten con la finalidad de obstaculizar los hechos atomizadores de violencia de género, como hecho notorio que es, proceden de entrada, sin que sea necesario que la parte que requiere de su decreto deba probar *a priori* los actos de violencia de los cuales se pretende proteger, con arreglo en lo dispuesto en el art. 167 del C. G del P., habida cuenta que, este tipo de violencia, que a su vez a sido el germen de desigualdades e injusticias frente a la mujer, es un hecho histórico y evidente en toda la sociedad. A partir de este supuesto bien puede edificarse el planteamiento central de decisión con una perspectiva de género.

3. Descendiendo a la especie analizada, el cargo formulado en contra de la medida cautelar decretada en el numeral 1° del acápite sexto del auto admisorio de la demanda, por medio de la cual se dispuso la suspensión de la tenencia, porte y uso que ostenta el señor Antonio Abad Menvidil Buelvas respecto su arma personal se tiene que, dicha medida se adoptó, con fundamento la providencia emitida por la Comisaría de Familia de El Retiro, Antioquia, proferida el 8 de agosto del 2022, en virtud de la cual se admitió la medida de protección provisional en contra del acá demandado, ordenándose el desalojo inmediato de éste de la casa donde residió con la señora Neisa Gisela Cespedes Meneses, y la prohibición de acercarse a la actora y a su hija, providencia a cual imprimió certeza y necesidad a la cautela referida.

Al respecto, advierte este Despacho que el a quo le asistió entera razón en mantener la medida, respecto de lo cual esta corporación comparte los argumentos por él expuestos, habida cuenta que, como se anotó en las consideraciones que preceden, el ordenamiento jurídico, en efecto, consagra esta posibilidad, puntualmente en el literal f) del numeral 5° el art. 598 del C. G del P., precisamente cuando se ventila la pretensión de marras con fundamento en la violencia intrafamiliar.

Acertó el juzgador de instancia en no reponer lo ordenado en el numeral 1° del acápite sexto del auto por el cual se admitieron las diligencias, por cuando indicó de manera justificada que la citada cautela obedecía, con todo, al deber que le asistía de ordenar el decreto y práctica de las medidas que considerase necesarias para la protección del núcleo familia por quien se litiga.

Sumado a lo anterior, la ponderación de los derechos que se ordenaron suspender, de cara con los postulados a que se apunta proteger con la medida, se avizora razonable y proporcionada.

Por otra parte, no obra en el expediente pieza procesal alguna la cual dé cuenta que, la seguridad personal del demandado se irrumpió por la orden judicial impugnada; al respecto, debió el citado acreditar el supuesto de hecho referido, a voces del art. 167 del C. G del P., que en su inciso primero señala que: *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".*

Como se anotó, en aplicación de las disposiciones legales y supralegales, tendientes a la protección de la mujer, bastaba incluso con las afirmaciones en que se fundamentó la violencia alegada, para el decreto de la medida cuestionada, en tanto que, la violencia de género o en contra de la mujer se tiene como hecho notorio y, por tanto, no se requería de prueba, si quiera sumaria, para ordenar pronunciamiento que se discute.

Todos los aspectos destacados permiten concluir que la medida cautelar consistente en la suspensión de la tenencia, porte y uso que ostenta el señor Antonio Abad Menvidil Buelvas respecto su arma personal se decretó manera justa y proporcional, en atención a los actos de violencia intrafamiliar que rodean los supuestos de hecho en que se fundamentó la demanda.

4. En lo que respecta al embargo del 25% del salario, primas, comisiones, honorarios, remuneraciones, compensaciones económicas o cualquier emolumento que el señor Antonio Abad Mendivil Buelvas devenga en las empresas Sociedad Quimicolor S.A.S. y G8 Suministros S.A.S., se tiene que dichos conceptos, en efecto, son gananciales, a voces del numeral 1° del art. 1781 del Código Civil, disposición la cual enseña que: *"El haber de la sociedad conyugal se compone: 1.) De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio"* y, por tanto, objeto de embargo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del art. 598 del C. G del P., respecto de lo cual no cabe discusión.

En cuanto al fundamento de la alzada, consistente en que esos activos están destinados al pago de las cargas que soporta la sociedad conyugal y que, en consecuencia, la medida tornaría nugatorio su amortización no es de recibo, como quiera que, lo que se busca con la cautela referida es, se itera, proteger los activos objeto de la partición y adjudicación al liquidarse la comunidad surgida como consecuencia del acto matrimonial que une los consortes, quienes, por este hecho, se encuentran legitimados para perseguir los bienes que puedan hacer parte del haber social al cual tienen derecho, medida la cual no está sometida por disposición legal alguna a que la sociedad conyugal posea o no deudas, sumado a que, las acreencias que soporte la sociedad conyugal, independiente de que estén en cabezas el alguno de los cónyuges, podrán ser inventariadas en dicho estadio procesal con la finalidad de ser distribuidas entre las partes, por mandato del art. 4° de la Ley 28 de 1932, que establece: *" En el caso de liquidación de que trata el artículo 1° de esta Ley, se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código".*

Por lo expuesto, el juzgador de instancia al decretar la referida cautela, aplicó en debida forma las disposiciones que reglamentan la materia, encontrándose en su motivación la imparcialidad que merecen las diligencias, sin

que se colija que la actuación confutada obedezca al antojo o capricho de la Juez Promiscuo de Familia de La Ceja, quien, por el contrario, procedió con arreglo a la ley.

Consecuente con lo expuesto, tampoco habrá de prosperar el cargo formulado y, de contera, se confirmará la disposición impugnada.

5. **Conclusión.** Conforme se ha dejado expuesto, se confirmará la providencia que aquí se revisa por vía de apelación, en atención a las consideraciones que viene de enlistarse.

Las costas. No se impondrán costas en esta instancia, porque no se causaron.

LA DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, **SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de naturaleza, contenido, y procedencia descritos en la parte inicial de este proveído.

SEGUNDO: No se impone condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

TERCERO: Devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Magistrado

Firmado Por:
Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado

Sala Civil Familia

Tribunal Superior De Antioquia

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: **f109f8bcd69be2f3eb530d326ff3872a714185393c893a05b574ab8d79d43012**

Documento generado en 01/03/2023 02:13:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, primero de marzo de dos mil veintitrés

Proceso	: Divorcio de Marimono Civil
Asunto	: Apelación de auto
Ponente	: **WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**
Consecutivo Auto	: 041
Demandante	: Neisa Gisela Cespedes Meneses
Demandante	: Antonio Abad Menvidil Buelvas
Radicado	: 05376318400120220025602
Consecutivo Sec.	: 2089-2022
Radicado Interno	: 484-2023

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación formulado por Antonio Abad Menvidil Buelvas frente al **auto de 4 de octubre de 2022**, por el cual el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, entre otras determinaciones, negó por improcedente la solicitud formulada por la parte demandada, consistente en fijar caución con el fin de levantar las medidas cautelares decretadas sobre los vehículos de placas S69944, KRU511, JYW643, KRW969, así como la cuenta de ahorros No 021-622932- 92 de Bancolombia.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, en providencia del 25 de agosto de 2022, admitió la demanda de la referencia y en ella dispuso el embargo de los vehículos con matrículas S69944, KRU511, JYW643, KRW969, así como la retención de los dineros que tiene depositados el demandado en la cuenta de ahorros Bancolombia No. 162293292.

2. En escrito presentado el 23 de septiembre de 2022, la apoderada de Menvidil Buelvas solicitó fijar caución para el levantamiento de los embargos anotados.

3. Con auto de 4 de octubre de la citada anualidad, la referida judicatura negó tal solicitud, para lo cual anotó que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 598 del C. G del P., cualquiera de los cónyuges podrá solicitar el embargo de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuviesen en cabeza del otro; así mismo, que la mentada regla establece la vigencia de las cautelas, y para tal efecto precisó que se mantendrán hasta la ejecutoria de la sentencia estimatoria que acá se profiera, sin perjuicio de la actuación tendiente a liquidar la sociedad conyugal, en cuyo caso permanecerán vigentes hasta por el periodo de 2 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que la declare disuelta. Que, con todo, cualquiera de las partes podrá instaurar incidente de desembargo, con la finalidad que se desafecten de la medida los bienes propios, supuesto el cual no aplica en el asunto que acá se trata, habida cuenta que, los bienes sobre los cuales recae la cautela de la cual se duele el demandado se avizoran como sociales. Ultimó la judicatura de instancia que, para el asunto, no aplica lo dispuesto por el numeral 3° del art. 597 del ritual civil, comoquiera que dicha posibilidad se encuentra limitada a pretensiones pecuniarias, lo cual no se compadece con lo pedido en con esta acción.

4. En la oportunidad legal, la apoderada demandada formuló recurso de apelación en contra de la mencionada decisión.

5. Puntualizó la citada mandataria, que si bien es cierto el art. 598 del C. G del P., consagra disposiciones especiales en materia de medidas cautelares en procesos de familia, también lo es que el art. 597 de la citada obra reglamenta lo concerniente al levantamiento de embargos y secuestros, aunado a que, los artículos 603 y 604 disponen de manera específica el tema de las cauciones y de las garantías para el levantamiento de medidas cautelares y, en consecuencia, por el hecho de que la primera de las citadas normas no consagre la posibilidad de prestar caución con miras a desafectar del gravamen los bienes que lo soportan no significa que tal opción no este consagrada por el ordenamiento jurídico para este tipo de asuntos. Sumado a lo anterior aseveró que, la pretensión objeto de este mérito es precisamente una pretensión pecuniaria o económica y que, para el caso de los vehículos, el embargo y secuestro a ellos impuestos derivaría en su entrega a un secuestre, lo cual implica costos ruinosos, o depositados en lugares donde pueden ser desvalijados, aunado que, la cuenta de ahorros afectada corresponde al producto financiero donde el demandado percibe su salario, y que, de mantenerse la medida se vería afectada su subsistencia.

6. Solicitó se revoque el numeral cuarto del auto del 4 de octubre de 2022 y, en consecuencia, se ordene y/o disponga fijar la caución solicitada.

7. En ejercicio de su derecho de réplica, la apoderada demandante manifestó que la caución como mecanismo para el levantamiento de medidas cautelares en procesos de familia no tiene cabida, mucho menos tratándose de procesos de divorcio. Así mismo, indicó que la decisión adoptada no es susceptible

de apelación, pues no se encuentra enlistada en ninguno de los supuestos de que trata el artículo 321 del C. G del P.

8. El Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, en providencia del 22 de noviembre del año 2022, concedió la alzada.

CONSIDERACIONES

1. Mencionaba con total claridad el tratadista Hernando Morales Molina en su obra Curso de Derecho Procesal Civil, que *"las cauciones son medidas cautelares que previenen los efectos dañosos de ciertos actos procesales[1]",* y entre ellas, claro está, cuentan el embargo y secuestro.

Una vez decretadas, es posible que las mismas sean levantadas, como en la hipótesis que trae el numeral 3° del artículo 597 del C. G del P.: *"Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos: (…) 3. Si el demandado presta caución para garantizar lo que se pretende, y el pago de las costas".* (Subraya de la corporación).

Al amparo de lo expuesto, la caución se instituye como aquel instrumento tendiente a prevenir, ora los daños que se puedan ocasionar con la imposición de alguna medida, ora para garantizar lo que se pretenda con la acción propiamente dicha.

2. Lo que como regla general se dice de la medida cautelar y de la posibilidad de levantarla con la fijación de una caución, ha sido materia de debate en tratándose de los procesos de familia. Por lo mismo, para dilucidar la cuestión, lo lógico es acudir a los parámetros legales y, por supuesto, a las orientaciones que sobre ellos la máxima autoridad de la justicia ordinaria.

Con arreglo en lo que viene de reseñarse, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia STC9730-2022 de 27 de julio de 2022 resolvió similar asunto al que en esta sede convoca la atención del Tribunal, contemplado la procedencia de la solicitud instaurada por el apelante y, con tal propósito, dijo lo siguiente:

"*Se insiste, según la estructura de esas disposiciones en el Código y por su propio contenido, refulge nítido que ninguna de ellas (arts. 593, 594 y 597) está destinada a un proceso en particular -más allá de los declarativos-, sino a todos en los que llegare a decretarse una medida de la naturaleza aquí abordada. Con esta perspectiva, si bien es cierto otras normas especiales complementan aspectos sobre el embargo para juicios específicos, como acontece con los ejecutivos (art. 599), esto no significa que aquellas disposiciones de carácter general resulten automáticamente incompatibles con las reglas particulares. Tanto que en las contiendas coercitivas la práctica del embargo está gobernada por las directrices genéricas del referido artículo 593 ídem, en tanto las específicas nada dicen sobre ese puntual tópico. La misma*

[1] Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, novena edición. Editorial ABC, Bogotá, pág. 661.

*situación se replica en los asuntos de familia relacionados en el precepto 598 ejúsdem, entre otros, en los de liquidación de sociedad conyugal o marital que aquí importa. Esto, debido a que efectivamente el numeral 1° prevé el «embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales», **sin que de allí pueda colegirse imposibilidad de aplicar los derroteros generales condensados en las normas anteriores** o, incluso, en la de juicios con naturaleza similar. Todo lo contrario, la resolución y práctica de esa medida requiere obligatoriamente la aplicabilidad de los lineamientos del canon 593, porque es la fuente normativa que prevé los derroteros necesarios para guiar tanto la decisión como la materialización de la cautela. (…) Por lo general, la finalidad cautelar en el proceso de disolución de sociedad conyugal se contrae al aseguramiento de los activos constitutivos de gananciales hasta la fase de partición y adjudicación. Razón por la cual es diáfano que la protección en dicha hipótesis se limita al espectro patrimonial y, por ende, tiene cabida la mutabilidad de la medida cautelar a petición del demandado que garantice el mismo valor o naturaleza del bien objeto de la futura repartición, máxime cuando la norma especial no estipula prohibición alguna tampoco. Al tiempo, por el propósito antedicho, resulta atendible que la caución que sea prestada con el fin de obtener la mutabilidad de la cautela en el juicio de familia aludido deba ser otorgada en dinero, pues resulta elemental que de otra manera no fuera posible, al menos de forma sencilla, garantizar el cumplimiento de la sentencia que aprueba la partición. De modo que el juez, en casos como el de objeto de revisión en el que cuenta con el avalúo que las partes le dieron al bien, tendrá en cuenta dicho valor para fijar la caución; sin embargo, en ausencia de ello, utilizará las normas consignadas en el Código General del Proceso para obtener el avalúo de los bienes cuyo interés se tiene y con ello establecerá la cuantía de la contra-cautela. Nótese que esta medida resulta más beneficiosa que mantener el embargo y secuestro, dados los riesgos que las reglas de la experiencia evocan, como lo son la pérdida de bienes muebles o su destrucción, así como la desvalorización de estos productos del paso del tiempo, u otras problemáticas como la que se presenta con eventuales poseedores".* (Subraya y negrilla destacado por la Sala).

3. Lo discurrido por la Corte se compadece con el supuesto que acá se discute, de cara con las disposiciones que reglamentan la materia. En efecto, el análisis del articulado arriba citado, permite concluir que la solicitud planteada por pasiva tendiente al levantamiento de algunos de los embargos acá decretados previa constitución de la respectiva garantía se torna viable, comoquiera que no cabe la posibilidad de calificar la pretensión declarativa, para dicho efecto, más allá de lo que ésta es, verbigracia, de pecuniaria o económica, en la medida en que, lo dispuesto por el numeral 3° del art. 597 del ritual civil no contempla dicha posibilidad.

Por tanto, la solicitud que se analiza encuentra asidero legal en las disposiciones que vienen de enlistarse, las cuales, de su naturaleza general, no se colige la incompatibilidad a ellas atribuidas; al contrario, prevén los lineamientos y el marco en el cual se desarrolla la institución jurídica particular.

Nótese cómo de la lectura del numeral 3° del art. 597 del C. G del P., se refiere, sin condicionamientos, a que el demandado podrá prestar caución con el fin de garantizar el pago de lo que se pretende y, con ello, se disponga el levantamiento del embargo que pesa sobre los vehículos de placas S69944, KRU511, JYW643, KRW969, así como el que afecta la cuenta de ahorros No 021-622932- 92 de Bancolombia, a la sazón, decretado con arreglo en el art. 598 ibídem, disposición la cual no establece la limitación aludida.

Conviene anotar que, además, la hipótesis a que refirió la apelante en lo que respecta a lo costoso y ruinoso que podría resultar la medida que afecta los bienes a que ella alude, encontró respaldo en la citada providencia, la cual apuntó, al respecto, *"[q]ue esta medida resulta más beneficiosa que mantener el embargo y secuestro, dados los riesgos que las reglas de la experiencia evocan"*.

Por lo expuesto, la censura tiene vocación de prosperidad, habida cuenta que, contrario a como lo afirmó la juez de primer grado, la solicitud instaurada por la apoderada judicial de Antonio Abad Menvidil Buelvas consistente en la fijación de la garantía necesaria en aras de ordenar el levantamiento de las medidas rogadas resulta procedente, dado que, como se anotó, la incompatibilidad alegada entre el supuesto de hecho consagrado en el numeral 3° del art. 598 del estatuto procesal civil, y la regla adjetiva especial para el decreto y práctica de medidas cautelares en procesos de familia, sencillamente no existe.

Consecuente con lo expuesto, el cargo formulado habrá de prosperar y, de contera, se revocará el numeral cuarto del auto fechado del 4 de octubre de 2022, emitido por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, Antioquia, concretamente, en cuanto negó por improcedente, la solicitud instaurada por la parte demandada consistente fijar caución con el fin de levantar las medidas cautelares decretadas sobre los vehículos de placas S69944, KRU511, JYW643, KRW969, así como de la cuenta de ahorros No 021-622932- 92 de Bancolombia, para en su lugar, ordenar a dicha sede judicial imparta trámite a la petición referida, para lo cual deberá tener en cuenta los parámetros fijados por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia STC9730-2022 de 27 de julio de 2022.

4. **Conclusión.** Conforme se ha dejado expuesto, se revocará el numeral cuarto de la providencia que aquí se revisa por vía de apelación, en atención a las consideraciones que viene de enlistarse. En lo demás, permanecerá incólume.

Las costas. No se impondrán costas en esta instancia, porque no se causaron.

LA DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, **SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de naturaleza, contenido, y procedencia descritos en la parte inicial de este proveído, únicamente en lo que respeta al análisis del asunto objeto de la apelación.

SEGUNDO: En su lugar, el a-quo impartirá trámite a la solicitud instaurada por la parte demandada, consistente en fijar caución con el fin de levantar las medidas cautelares decretadas sobre los vehículos de placas S69944, KRU511, JYW643, KRW969, así como de la cuenta de ahorros No 021-622932- 92 de Bancolombia, para lo cual deberá tener presente las consideraciones enlistadas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No se impone condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

CUARTO: Devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Magistrado

Firmado Por:
Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

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: **e82120f1d97f0ae3f03d3f5aa57a7ef0f43d0fdec03ad1e13d178b6fb301d8b3**
Documento generado en 01/03/2023 02:14:25 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica