

REPUBLICA DE COLOMBIA  
 TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
 SALA CIVIL FAMILIA  
 NOTIFICACION POR ESTADOS

Art .295 C.G.P



Nro .de Estado **084**

Fecha Estado:23/05/2023

Página: **1**

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
05045310300120160177001	Verbal	ELKIN DARIO DAVID GIRALDO	COOMEVA EPS	Sentencia confirmada CONFIRMA SENTENCIA APELADA. COSTAS A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 23 DE MAYO DE 2023. VER ENLACE <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia">https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia</a>	19/05/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05045310300120160177001	Verbal	ELKIN DARIO DAVID GIRALDO	COOMEVA EPS	Auto señala agencias en derecho FIJA EN UN (1) S.M.M.L.V AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 23 DE MAYO DE 2023. VER ENLACE <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia">https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia</a>	19/05/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05376311200120210027902	Verbal	SONIA CLARA OSPINA OSORIO	PARCELACION COLINAS DE JUANITO LAGUNA PH	Auto modificado REVOCA PARCIALMENTE AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 23 DE MAYO DE 2023. VER ENLACE <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia">https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia</a>	19/05/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05440318400120210012101	Liquidación de Sociedad Conyugal y Patrimonial	SANTIAGO VALVERDE MONCAYO	SANDRA MILENARAMIREZ ALEGRIAS	Auto confirmado CONFIRMA AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 23 DE MAYO DE 2023. VER ENLACE <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia">https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia</a>	19/05/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05664318900120190013701	Verbal	JESUS ANGEL LONDOÑO LONDOÑO	NABOR ARTURO LONDOÑO LONDOÑO	Auto confirmado CONFIRMA AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 23 DE MAYO DE 2023. VER ENLACE <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia">https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia</a>	19/05/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05686318900120140020501	Ordinario	GABRIEL EMILIO BERRIO VELEZ	PRECOTUR	Sentencia modificada MODIFICA SENTENCIA APELADA. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 23 DE MAYO DE 2023. VER ENLACE <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia">https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia</a>	19/05/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05890318400120180003201	Ordinario	CARMEN ROSA FRANCO RUIZ	HEREDEROS DE JESUS MARIA SALDARRIAGA RESTREPO	Sentencia REVOCA PARCIALMENTE LA SENTENCIA APELADA. COSTAS EN AMBAS INSTANCIAS A LA PARTE DEMANDADA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 23 DE MAYO DE 2023. VER ENLACE <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia">https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia</a>	19/05/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA

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.

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
----------------	------------------	------------	-----------	--------------------------	------------	------	-------	------------

FABIO ANDRÉS CIFUENTES MARTÍNEZ

SECRETARIO (A)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA CIVIL - FAMILIA  
MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

**Referencia**    **Procedimiento:**    **Verbal R.C.E.**  
**Demandante:**    **Gabriel Saúl Berrío Vélez y otros**  
**Demandado:**    **Precotur y otro**  
**Asunto:**    **Modifica y confirma en lo restante la sentencia apelada.** Cuando la conducta desplegada por quien padece el daño implica una exposición imprudente a él, en los términos del artículo 2357 del Código Civil, conlleva una reducción de la indemnización en los porcentajes que, con base en la potestad discrecional del juez, se determinen. / De la tasación de los perjuicios morales.

**Radicado:**    **05686 31 89 001 2014 00205 01**  
**Sentencia No.:**    **19**

**Medellín,** dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la alzada propuesta por ambas partes, contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos, dentro del proceso Declarativo de Responsabilidad Civil Extracontractual, promovido por Gabriel Saúl, Jorge Absalón, Omar de Jesús, Alba Berenice, Helda Mery, María Doris, Dora Helen y Sorely del Socorro Berrío Vélez, Gabriel Emilio Berrío López y María del Socorro Vélez de Berrío, en contra de Eucario de Jesús Franco Fernández, Axa Colpatria Seguros S.A. y Cooperativa de Transportadores Urbanos y Rurales de Don Matías –*Precotur Donmatías*.

## I. ANTECEDENTES

**1.** Pidieron los demandantes se declare civil y solidariamente responsables a Eucario de Jesús Franco Fernández como propietario y conductor del vehículo de placa LGJ037, a Precotur Don Matías, como empresa afiliadora y a la aseguradora Axa Colpatria Seguros S.A., por los perjuicios patrimoniales causados al señor Gabriel Emilio Berrío López, con ocasión al accidente de tránsito ocurrido el 29 de octubre de 2011; consecuentemente, se condene a los demandados a que indemnicen y realicen el pago de los siguientes perjuicios:

**1.1.** A favor de Gabriel Emilio Berrío López:

- a) Daño emergente: 100 smmlv.
- b) Lucro cesante: 3 smmlv.
- c) Daño moral: 100 smmlv.

**1.2.** A favor de los señores Berrío Vélez y Vélez de Berrío por concepto de daño moral 100 smmlv para cada uno. Todos actualizados a la fecha de la sentencia.

**2.** Como sustento fáctico de sus pretensiones, expusieron que el 29 de octubre 2011, a la altura del kilómetro 44+800, en el sector El Encanto de Don Matías, Vereda Las Ánimas, cuando Gabriel Emilio Berrío López se dirigía a su domicilio y pretendía cambiarse del vehículo de placa TRB266, en el que se transportaba, porque "*se descompuso (...) ya en la vía fue objeto de un fuerte, intempestivo y violento accidente de tránsito provocado por el vehículo tipo CAMPERO de placas LGJ 037'*" (fl. 1, c-1), afiliado a Precotur y conducido por el propietario, señor Franco Fernández, causándole lesiones y perjuicios.

Informaron que a consecuencia del accidente, el señor Berrío López resultó con secuelas consistentes en *"aceleración de deterioro en una de sus rodillas y trastornos síquicos que alteraron su desenvolvimiento personal y familiar luego del accidente, su vida cambió radicalmente y su entorno ahora es la ciudad, depende de terceros para desenvolverse y no pudo volver a su hogar"* (fl. 1, vto.). Enfatizaron que no existió comportamiento de aquel que influyera en la producción del resultado.

Manifestaron que no se adelantó investigación contravencional; que la Inspección de Policía citó a audiencias sin producir documentos y en la Fiscalía de Don Matías fue recibida denuncia por lesiones personales y que la investigación precluyó.

**3.** La demanda fue admitida mediante auto del 19 de noviembre de 2014, que ordenó la notificación a los demandados y correrles traslado por 20 días, en garantía de su derecho a la defensa.

**4.** Los convocados a juicio fueron notificados personalmente del auto admisorio de la demanda, según consta a folios 58, 59 y 67, c-1; Eucario de Jesús Franco Fernández y la Cooperativa de Transportadores Urbanos y Rurales de Don Matías –*Precotur Don Matías*, dentro del término y a través de apoderado judicial, dieron respuesta a la demanda negando los hechos y reclamaron su prueba. Se opusieron a las pretensiones de la demanda y formularon como excepción de mérito *"culpa exclusiva de la víctima"*, porque Gabriel Berrío se desplazaba por la zona destinada únicamente al tránsito vehicular.

Del llamamiento en garantía. Aquellos demandados llamaron en garantía a Axa Colpatria Seguros S.A., afirmando que para el momento de ocurrencia del accidente, se encontraban amparados por póliza No. 8001025884 de responsabilidad civil extracontractual, con

vigencia entre el 21/12/2010 al 21/12/2011, monto asegurado hasta 60SMMLV que cubre el siniestro de muerte o lesión a una persona. Tal llamamiento fue admitido mediante auto del 17 de junio de 2015; fue decretada la suspensión del proceso hasta por 90 días y dentro de tal lapso, la aseguradora se pronunció solicitando se declare la caducidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 56 del C.P.C.

La aseguradora Axa Colpatria Seguros S.A., a través de apoderado judicial dio respuesta a la demanda negando unos hechos y reclamando prueba frente a otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como excepciones de mérito formuló las denominadas:

*i) "Diligencia y cuidado"*, sostiene que el conductor del vehículo de placa LGJ 037, actuó con diligencia y cuidado necesarios en el ejercicio de la actividad de conducción; que además el rodante se hallaba en excelente condición técnico-mecánica y circulaba con la velocidad adecuada, respetando las reglas de tránsito.

*ii) "Ruptura del nexo causal por culpa exclusiva de la víctima"*, sustentada en que el nexo causal como elemento estructurante de la responsabilidad civil se encuentra interrumpido al configurarse la causa extraña, consistente en la culpa exclusiva de la víctima, quien con su actuar imprudente y violatorio de reglamentos aportó la causa eficiente y determinante para la producción del resultado lesivo.

*iii) "Inexistencia del perjuicio"*, fincada en que no hay certeza de los perjuicios que se ruegan en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, que considera fueron tasados de forma caprichosa y en salarios mínimos. Asegura que no se causa el daño moral que reclaman las víctimas indirectas, porque según la jurisprudencia

aquél sólo se presenta en casos de muerte o de lesiones de alta gravedad, lo que no ocurre en este caso.

*iv) "Tasación excesiva del perjuicio"*, porque se nota el ánimo de obtener un provecho inadecuado al tasarse sumas altas sin sustento probatorio.

*v) "Sublímite de cobertura de perjuicios morales"*, Pide que se tenga en cuenta que si bien la póliza de R.C.C. No 8001025884 tomada por Precotur, contempla la cobertura de perjuicios inmateriales, en su modalidad de perjuicios morales, entre las partes contratantes se pactó que dicho amparo se limitaba hasta el 60% de la cobertura principal (\$30'900.000), es decir, en un máximo de \$18'540.000.

*vi) "No cobertura de perjuicios de daño a la vida de relación"*, argumenta que en el remoto caso de considerarse que existe responsabilidad en los demandados, debe tenerse en cuenta que la póliza por la cual se le vinculó, se encuentra reglamentada por los artículos 1127 a 1133 del Código de Comercio, que para el caso no hay pacto expreso para la cobertura de perjuicios extrapatrimoniales.

*vii) "No cobertura de lucro cesante"*, con fundamento en el artículo 1088 del C.C., no se pactó cobertura para el lucro cesante, por lo que no estaría obligada al pago por ese concepto.

*viii) "Límite asegurado"*, cuyo amparo de -muerte o lesión a una persona, es de \$30'900.000, y a este monto debe limitarse la obligación indemnizatoria.

*ix) "Deducible", en la póliza se fijó un deducible del 10% del valor de la pérdida, con un mínimo de 2smmlv, por lo que en una eventual condena, el asegurado debe asumirlo.*

*x) "Excepción genérica", sea declarada la que se halle probada.*

*xi) "Concurrencia de culpas – reducción de la indemnización", propuesta como subsidiaria, fundada en que en el hipotético caso de demostrarse que Eucario de Jesús Franco Fernández, participó en la producción del resultado dañoso, al tasar la indemnización se considere la existencia de una culpa compartida, por la exposición al daño, en forma imprudente, tanto del conductor del rodante como del peatón Gabriel Emilio Berrío, y por tanto la indemnización debe reducirse de acuerdo a su participación.*

En escrito separado, formuló la excepción previa de *"ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales"*, que fue negada mediante auto del 2 de marzo de 2016 (fl. 6 fte. y vto., c.3).

**5.** Continuando la secuencia procesal correspondiente, fue celebrada la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P.; fue agotada la etapa de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo por lo que se abrió paso el interrogatorio a las partes, a la etapa de saneamiento del proceso, fijación del objeto del litigio y decreto de las pruebas solicitadas, que fueron evacuadas en cuanto hubo interés de las partes. Posteriormente, fueron convocados los litigantes conforme al artículo 373 *ibídem*, para audiencia de alegaciones y juzgamiento.

En uso de tal facultad, el apoderado de los demandantes manifestó que no es permisible evadir un hecho que se halla probado en el proceso, que son las lesiones que le fueron causadas al señor

Berrío López con el accidente que da cuenta la demanda; además está probado que este en vida se desenvolvía de manera autónoma e independiente con todas sus capacidades mentales, y no puede atribuirse que hubo mermas en ellas por un diagnóstico clínico por un proceso de una enfermedad asociada a demencia, porque para ese momento no presentaba tales trastornos. Que existe responsabilidad de los demandados en el siniestro sin que se pueda considerar culpa exclusiva de la víctima. Pide se concedan sus pretensiones.

Por su parte, el apoderado de los demandados (conductor y empresa afiliadora), reiteró que la producción de las lesiones del señor Gabriel Emilio Berrío López se debió a su culpa exclusiva, teniendo en cuenta lo debatido en el proceso, esto es, su edad, enfermedad de Alzheimer que padecía, se hallaba solo en una vía de alto tráfico vehicular, desorientado en el tiempo y espacio, generando un riesgo para todos los conductores que por allí circulaban.

A su turno, el apoderado de la aseguradora, manifestó que está acreditado con suficiencia la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad. Pidió se desestimen las pretensiones de la demanda.

Luego de tener conocimiento del fallecimiento del demandante Gabriel Emilio Berrío López, hecho acaecido el 31 de mayo de 2016 (según registro civil de defunción visible a folio 128, c-1), mediante auto del 3 de agosto de 2016, el juez de la causa dispuso: "**ADMITIR** como sucesores procesales de **Gabriel Emilio Berrío López**, a las siguientes personas Gabriel Saúl, Jorge Absalón, Omar de Jesús, Alba Berenice, Helda Mery, María Doris, Dora Helen, Sorely del Socorro y Martha Lenid Berrío Vélez. (...) **EMPLÁCESE** (...) a los **herederos indeterminados de Gabriel Emilio Berrío López**" (Resaltado del texto, fl. 129, íd.).

Las publicaciones correspondientes fueron efectuadas y fue designado curador *ad litem* que representara a los emplazados, quien recibió notificación oficial, según acta visible a folio 136, pero no se pronunció frente a los hechos y pretensiones de la demanda.

Posteriormente, fue proferida la decisión de fondo que por vía de apelación estudia la Sala.

## II. SENTENCIA APELADA

La *a quo* profirió sentencia declarando probada "la excepción de COMPENSACIÓN DE CULPAS propuesta por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. (...). Condenar civil y solidariamente responsable a EUCARIO DE JESUS FRANCO FERNANDEZ (sic) (...) Y PRECOTUR (...) al pago de los perjuicios morales **a favor DE LA SUCESIÓN DEL SEÑOR GABRIEL EMILIO BERRÍO LÓPEZ (...)**, el equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el 2017, representan la suma de \$22'114.800, monto que se reduce en un 50%, por lo tanto, la condena total será de \$11'057.400" (Se resalta). Desestimó las demás pretensiones; condenó a la aseguradora reintegrarle a Eucario de Jesús Franco Fernández y Precotur, este último rubro, una vez aquellos acrediten el pago al beneficiario. Finalmente, condenó en costas a los demandados.

Al referirse a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas como la de conducir un vehículo, que aunque lícitas, tienen mayor potencialidad de generar riesgo y facilitan la ocurrencia de un daño; concluyó que en virtud de ello, el demandado solo puede exonerarse de su responsabilidad cuando prueba la existencia de caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o intervención de tercero.

Luego de hacer la valoración probatoria, consideró el A

quo, que la parte demandante logró acreditar la existencia del hecho, esto es, el accidente de tránsito ocurrido el 29 de octubre de 2011, y que éste ocasionó un detrimento a la salud del señor Gabriel Emilio Berrío López, resultando indiscutible que tal detrimento está intrínsecamente ligado al accidente, según la prueba documental y testimonial recaudada.

El Juzgador de instancia halló igualmente demostrado que para el momento del accidente, el señor Berrío López tenía más de 80 años, con antecedentes de Alzheimer que ocasionaban desorientación de tiempo y espacio, y que se encontraba solo en una vía de alto flujo vehicular infringiendo así de manera directa normas de tránsito que evidenciaron un actuar imprudente capaz de influir en la ocurrencia del hecho dañoso.

Declaró también probado el juez del proceso, que tal y como lo declaró en su interrogatorio de parte el conductor del vehículo, aquél realizó maniobras de adelantamiento al percatarse de que en la vía se encontraba un vehículo tipo buseta detenido, sin el cuidado necesario ni prever la posibilidad de encontrar personas en la vía, determinando así una clara concurrencia de culpas.

Así las cosas y encontrando carente de todo sustento probatorio la pretensión de indemnización por lucro cesante y daño emergente negó las súplicas incoadas en ese sentido. Consideró además acreditado el perjuicio moral de la víctima directa, por evidenciar un detrimento a su salud y fundado en su arbitrio, tasó los perjuicios ocasionados en 30 SMMLV. Frente a los pretendidos perjuicios morales de las víctimas *"de rebote"*, *"no encontró ningún elemento de juicio que*

*permitiera predicar su existencia ni tasarlos, más allá del parentesco existente'.*

Finalmente, frente a la aseguradora encontró probada la existencia y vigencia de la póliza para el momento de ocurrencia del accidente, así como el amparo del siniestro acaecido y declaró probada la excepción propuesta de reducción del monto indemnizable por la concurrencia de culpas.

### **III.LA APELACIÓN**

**a) Reparos concretos y sustentación de la apelación en primera instancia.** La decisión fue apelada tanto por los apoderados de los demandantes, como de los demandados, con argumentos que pueden sintetizarse así:

El apoderado de los demandantes, adujo que su inconformidad está cimentada en la valoración probatoria, en la estimación de los perjuicios ocasionados y con la concurrencia de culpas; a su juicio, no se acreditó padecimiento preexistente alguno, más allá de la desorientación que, por obvias razones, tenía el señor Gabriel Emilio Berrío López para la fecha del accidente; contrario a ello, consideró que se probó con suficiencia que antes del accidente, aquel contaba con capacidad e independencia para manejar sus negocios y desarrollar sus actividades cotidianas.

A su turno, el apoderado de los codemandados (conductor y empresa afiliadora), indicó que se opone a la decisión en tanto no tuvo en cuenta que la producción de las lesiones al demandante se debió a su culpa exclusiva, conforme a lo debatido en el proceso, esto es, su

edad, su enfermedad precedente y el hecho de que se encontraba solo, generando un riesgo para todos los conductores que se encontraban circulando por la vía.

Finalmente, el apoderado de la aseguradora, señaló como base de su inconformidad la existencia de una confusión por parte del despacho frente a los regímenes de responsabilidad. Precisa que, en materia de actividades peligrosas, el régimen de responsabilidad imperante es el de la culpa presunta. Aunado a que no se realizó un análisis claro sobre las causas determinantes en la ocurrencia del siniestro y que se dejó de lado el análisis de materiales probatorios importantes por cuanto al señor Gabriel Emilio Berrío López fue calificado con un 0% de pérdida de capacidad laboral. Señaló que, en definitiva, se acreditó con suficiencia la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad. Subsidiariamente, solicitó que se reevalúen los porcentajes establecidos para las partes en virtud de la concurrencia de culpas, pues, a su juicio, sin duda resulta más gravosa la conducta desplegada por la víctima como factor determinante para la producción del resultado dañoso.

**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, únicamente el apoderado de la aseguradora hizo uso de tal prerrogativa.

Reiteró el togado que, de la versión de Eucario Franco, de la preclusión del proceso penal, del trámite contravencional, de la historia clínica, de la prueba testimonial y de los interrogatorios a los demandantes, quedó probada la culpa exclusiva de la víctima. Aunado a

que también quedó probado que el señor Gabriel Emilio Berrío López, de 80 años, se hallaba sólo y con antecedentes graves de alzheimer, (desorientado en el tiempo y espacio), tomó parte de la vía destinada exclusivamente el tránsito vehicular, siendo imprudente su actuar violando los reglamentos. Además, la juez no estableció cuál era la participación del conductor en el resultado dañoso, *“sólo se detuvo a establecer que él mismo confesó (...) que atropelló a un peatón”*, cuando ni siquiera eso dijo, realmente narró que *“se le estaba arrimando a la buseta y ahí lo toqué, y no alcancé a salirme del carril (...) cuando yo toco al señor arranca la buseta”* (archivo 003 del expediente digital). De tal manera, hay claridad del aporte eficiente y determinante del señor Berrío López para la producción del resultado dañoso, incurriendo la a quo en un error al establecer la concurrencia de culpas. Culminó reiterando lo que en su oportunidad procesal ilustró sobre el tema aseguraticio, reiterando que la compañía sólo está llamada a responder por el 60% del valor asegurado, siempre aplicándose el deducible pactado.

No obstante a que los apoderados de los demandantes y demandados (conductor del vehículo y empresa afiliadora) no se pronunciaron dentro del término concedido para sustentar la alzada en sede de segunda instancia, mediante auto del 10 de abril del presente año, se advirtió que *“desde la primera instancia, las partes recurrentes – demandante, demandada y llamada en garantía sustentaron la inconformidad que plantean contra la sentencia proferida por la a quo y no se limitaron a enunciar los puntos de su desacuerdo; no pospusieron 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)”*.

## **IV. CONSIDERACIONES.**

**1.** Pese al principio de congruencia que guía las apelaciones, en virtud de la apelación conjunta de todas las partes, de conformidad con lo reglado en el inciso 2 del artículo 328 del C.G.P., esta Sala resolverá sin estar limitada por los reparos concretos propuestos.

**2.** No encuentra la Sala en el caso que se somete a su consideración, reparo respecto de los presupuestos procesales ni de los necesarios para comparecer a juicio, porque tanto la parte demandante 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, 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 del 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**

Radica en establecer si la sentencia proferida por la Juzgadora de primer nivel debe o no mantenerse, para lo cual, en atención a los motivos en los que los apelantes fundaron sus inconformidades, cabe plantear como problemas jurídicos los siguientes:

**3.1.** Determinar si en el *sub judice* se configuran los presupuestos axiológicos de la pretensión de responsabilidad civil extracontractual atribuida a los demandados, o si resultó probada la excepción de "*culpa exclusiva de la víctima*", esgrimida por el apoderado de los codemandados (conductor del vehículo y empresa afiliadora), a fin de establecer si la pretensión resulta enervada.

**3.2.** De no hallarse probados los fundamentos de aquella excepción, se establecerá el monto de la indemnización a pagar por parte de la aseguradora resistente, según el límite del amparo pactado en la póliza; abordando igualmente, en este evento, el estudio de si hubo o no concurrencia de culpas en la ocurrencia del daño; y en caso afirmativo, establecer la proporción de la indemnización a pagar por los demandados.

Para abordar la solución a tales problemas jurídicos se procederá al estudio de la institución de la responsabilidad civil extracontractual, así como a la valoración de la prueba recaudada sobre las circunstancias en que ocurrió el accidente de que dio cuenta la demanda, lo que permitirá establecer si concurren o no los elementos axiológicos de dicha responsabilidad civil y si aparece probada o no alguna causal que exonere de dicha responsabilidad a los demandados, o si se demostró concurrencia de culpas, por lo que entrara esta Colegiatura al desarrollo de las cuestiones planteadas.

**4.** En armonía con el principio de solidaridad que desde la Carta Superior gobierna las relaciones de la comunidad y con los universalmente aceptados por el derecho, conforme a los cuales nadie puede perjudicar a otro injustamente (*neminem laedere*) y todo quien causa un daño está obligado a indemnizarlo, el ordenamiento jurídico

colombiano tiene previstas las formas de responsabilidad que surgen de "los delitos y las culpas" , al amparo de cuyas reglas debe definirse la responsabilidad del agente y la obligación de indemnizar los daños causados.

Junto con las manifestaciones de voluntad que buscan producir efectos jurídicos<sup>1</sup> -actos jurídicos-, y cuando ellas no se presentan, los hechos en que se involucra el ser humano, lícitos<sup>2</sup> o ilícitos<sup>3</sup>, que trascienden en la realidad, constituyen la fuente de las obligaciones.

Dentro del concepto de responsabilidad civil se incluyen todos los comportamientos que generan daño a terceros, que conducen a que quien los causa deba repararlos indemnizando, por lo que como lo sostiene el profesor Javier Tamayo Jaramillo, *"La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia"*.<sup>4</sup>

Para otros, como el Profesor Martínez Rave, *"La responsabilidad civil extracontractual es la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o emocionales de un hecho dañoso..."*<sup>5</sup>

Como en el caso que se examina, la responsabilidad e indemnización que se reclaman no tienen sustento en un acuerdo de

---

<sup>1</sup> Bien sea unilaterales como el testamento, bilaterales como los contratos, plurilaterales como las convenciones o contratos sociales.

<sup>2</sup> Cuando no transgreden las normas establecidas, como ocurre por ejemplo con un nacimiento.

<sup>3</sup> Cuando la persona realiza conductas prohibidas por el orden jurídico, el contrato, la ley, como cuando se incumple un contrato, o con la obligación del deber de cuidado y prudencia

<sup>4</sup> TAMAYO J. Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Legis, 2 edición 2007, p. 9.

<sup>5</sup> MARTINEZ RAVÉ GILBERTO, Responsabilidad Civil Extracontractual, undécima Edición, Biblioteca Jurídica Diké, 2003, página 38.

voluntades, sino en un hecho derivado del ejercicio de una actividad, habrá de examinarse desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual.

El artículo 2341 del Código Civil establece el principio de la responsabilidad civil extracontractual, bajo el siguiente tenor: *"La responsabilidad civil extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido."*

**5.** El artículo 2356 del Código Civil dice: *"Responsabilidad por actividades peligrosas. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta..."*.

La necesidad de convivir pacíficamente en comunidad ha impuesto a los integrantes del grupo social unos determinados comportamientos, que generalmente recogen las experiencias de la vida, buscan evitar comportamientos imprudentes, negligentes o de impericia de los conductores, por lo que su desconocimiento genera culpa y obligación de indemnizar, tal como ocurre con las normas de tránsito (Ley 769 de 2002).

Pese a que no existe en Colombia un catálogo de comportamientos obligatorios prohibidos, al amparo del artículo 2341 del Código Civil y los principios que regulan la responsabilidad extracontractual, está permitido al Juez ordenar el resarcimiento de los perjuicios que se causen por comportamientos imprudentes o negligentes, previstos o no de manera expresa en los reglamentos, cuando se acredita que el obrar del obligado a ellos se distanció del comportamiento que asumiría un ciudadano prudente, diligente y razonable.

La ilimitada creatividad humana, los avances de la ciencia y la tecnología, han puesto al servicio del hombre máquinas y elementos que mejoran su nivel de vida y producción, pero que a la vez generan un desequilibrio de fuerzas que hace más vulnerable a la comunidad al riesgo de una lesión o menoscabo, que cuando era directamente el hombre quien desplegaba todas las actividades que requería, de ahí que se denominen actividades peligrosas. Ante tal realidad, el ordenamiento jurídico ha previsto regímenes de responsabilidad que reconocen la desigualdad, que relevan a la víctima de demostrar la culpa del demandado y que impiden su exoneración probando diligencia y cuidado, que en otras circunstancias conduce a la ausencia de culpa.

El profesor Tamayo Jaramillo, respecto de cómo se define una actividad peligrosa, sostiene: *"Para nosotros, peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos."*<sup>6</sup>

La utilización de un vehículo automotor implica una ruptura del equilibrio de fuerzas, tanto entre la máquina y el peatón, como entre aquél y su responsable, porque el material del rodante, su fuerza, su velocidad, superan la capacidad defensiva de la víctima y por esa razón la colocan en una situación de mayor riesgo y vulnerabilidad, lo que no ocurre con la simple actividad de traslado que cumplen los peatones, que no es peligrosa en cuanto no tiene potencialmente el alcance de aumentar el peligro de causar daño a los demás ciudadanos, está bajo

---

<sup>6</sup> Ob. Cit. P. 935

la órbita de control de quien la ejerce, que tiene también y por ello, el control del efecto de sus actos. Al usar un vehículo, su conductor está multiplicando la energía que como ser humano tiene, lo que le permite transportar mayor carga de la que podría arrastrar con su sola fuerza, trasladarse a mayor velocidad de la que lo haría cualquier ser humano y esa es la causa del desequilibrio que torna la actividad en peligrosa para sus congéneres, lo que no ocurre cuando apenas se vale de la energía que su cuerpo requiere en el desplazamiento, equiparable con la de los demás y por ello, con probabilidad de que en una eventualidad, por ejemplo un tropezón, ellos se encuentren en condiciones semejantes que les permita resistir o evitar el daño.

Independientemente de si se quiere extractar el fundamento filosófico de la responsabilidad en actividades peligrosas, de la teoría del riesgo, según la cual quien lo crea o se aprovecha de él debe indemnizar los daños que aquél cause; de la presunción de culpabilidad que exime a la víctima de probar culpa distinta a la que surge por la sola actividad peligrosa; de la de que hace recaer el sustento de la culpa en la actividad de guarda, o de la que simplemente circunscribe el tratamiento a un problema probatorio en donde la culpa se presume probada por medio de los indicios, la jurisprudencia nacional, que muestra inclinación hacia la tesis de la presunción de culpa, es pacífica en admitir que probado el vínculo de causalidad entre la actividad peligrosa y el daño, el demandado solo puede exonerarse demostrando una causa extraña, la cual puede estar constituida por una fuerza mayor, un caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima.

Ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, que la regla del artículo 2356 del Código Civil, apareja

una presunción de culpa en contra de quien causa perjuicios con ocasión del ejercicio de aquellas actividades cuya ejecución entraña peligros o riesgos para las personas del entorno, responsabilidad de la cual solamente se exonera en cuanto acredite que el daño sólo pudo tener por fuente cualquier suceso extraño, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero.

Sobre este tópico, la alta Corporación en sentencia SC4420-2020, del 17 de noviembre de 2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, dejó sentado:

*"Si bien la Sala, luego<sup>7</sup>, enfatizó que la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas recaía en una "presunción de culpa", frente a la expresión literal del artículo 2356 del Código Civil, según el cual, en línea de principio, 'todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta', cierto es, ninguno de los fallos que pregonan la comentada presunción permite al demandado, para exonerarse de la obligación de reparar, probar la diligencia y cuidado. Por el contrario, para el efecto, en todos se exige una causa extraña, la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima."*

Y más adelante, precisó:

*"En suma, si bajo la égida de la presunción de culpa el juicio de negligencia o descuido resulta inoperante, en tanto, el demandado, para liberarse de la obligación de reparar, no puede probar la ausencia de culpa o diligencia o*

---

<sup>7</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 26 de agosto de 2010 (expediente 00611). La decisión retrotrajo la presunción de responsabilidad, ubicándola contradictoriamente como presunción de culpa en actividades peligrosas, categorización que *prima facie* resulta funesta, injusta, inequitativa e infortunada hoy, en un escenario totalmente diferente, plenamente industrializado, y con mayor razón en la actual estructura constitucional, y sobre todo, ante el inusitado avance de las actividades ejecutadas por el hombre con ayuda de máquinas o con elementos que implican el ejercicio de actividades peligrosas en forma masiva que amplían la potencia de la fuerza muscular humana o los alcances de la inteligencia humana, y en condiciones históricas de creciente desarrollo técnico y mecánico, impensado hace décadas (energías eléctricas, atómicas y nucleares; motores de todo tipo, calderas, armas, explosivos, contaminantes, maquinismo. transportes de todo tipo, construcción, sustancias inflamables, excavaciones, minería, etc.).

*cuidado, se impone, por razones de justicia y de equidad, interpretar el artículo 2356 del Código Civil, en el sentido de entender que contempla una presunción de responsabilidad. De ahí, quien se aprovecha de una actividad peligrosa con riesgos para otros sujetos de derecho, éstos, al no estar obligados a soportarlos, deben ser resarcidos de los menoscabos recibidos.*

*Por supuesto, en los términos de la disposición, el problema no es de suponer la "malicia o negligencia", sino de "imputar", dice la norma, tales cuestiones, no de "desvirtuarlas", según es connatural a las presunciones. Aceptar lo contrario implicaría para el damnificado el deber de probar la conducta antijurídica, el daño y el nexo causal, y luego, la imputación como presupuesto de la culpabilidad.*

*Para aliviar la carga de quien no está obligado a soportar el ejercicio de una actividad riesgosa y evitar así revictimizarlo, le compete acreditar, como circunstancias constitutivas de la presunción de responsabilidad, el hecho peligroso, el daño y la relación de causa a efecto entre éste y aquel (analizando y demostrando tanto la causalidad material como la jurídica). Si el demandado para liberarse de la obligación de reparar no puede alegar ausencia de culpa o diligencia y cuidado, sino una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o la conducta exclusiva de la víctima), la suposición del elemento subjetivo carece totalmente de sentido".*

Bajo ese entendido, la exoneración del demandado, deviene únicamente por la ruptura del elemento causal, ante la presencia de una causa extraña.

Ahora, aunque tanto el artículo 2341 como el 2356 del Código Civil se refieren a la responsabilidad civil extracontractual, cuando la acción se fundamenta en el primero, la víctima debe probar la culpa, en tanto que si se basa en la segunda norma, está eximida de acreditarla, pues la misma se presume con respecto al demandado.

Dicho régimen probatorio especial con presunción de

responsabilidad para un sector de la doctrina, o con culpa probada, para otro, se ha adoptado para aquellos eventos en los que el daño se produce en desarrollo de una actividad peligrosa, con fundamento en lo previsto en el artículo 2356 del *ídem*, y se da en razón de que cuando el hombre utiliza en su propia labor una fuerza extraña, aumenta la suya y rompe el equilibrio natural existente entre el autor del daño y la víctima, amén de que para ésta resulta frecuentemente difícil demostrar el descuido o la imprudencia en la cual incurre quien ha creado las condiciones de inseguridad. La presunción se establece, entonces, en beneficio de la víctima y solo ella puede invocarla.

Como ha sido admitido, estando en el interregno de una presunción de responsabilidad, la única forma en que el demandado que ejerce una actividad peligrosa puede exonerarse es demostrando una causa extraña, esto es, que el hecho dañoso se produjo por una causa que no le es imputable, como quiera que fue una fuerza ajena a su obrar la que en su totalidad desencadenó la consecuencia siniestra. Constituyen causa extraña la culpa exclusiva de la víctima, culpa exclusiva de un tercero, fuerza mayor y caso fortuito.

Dentro de todas las causas extrañas, como se adujo, opera la culpa exclusiva de la víctima como lo precisa el profesor Javier Tamayo Jaramillo diciendo *"si al momento de producirse un daño la víctima concurrió causalmente con su actividad peligrosa al resultado, hay culpa de su parte y de esa culpa probada deberán derivarse todas las consecuencias jurídicas respectivas; sin embargo es preciso hacer algunas aclaraciones. En efecto, si se prueba una culpa adicional al simple ejercicio peligroso de la actividad, hay que considerar que esta falta accesoria ha sido el factor determinante del daño y, por consiguiente, debemos abandonar el terreno del artículo 2356 del Código Civil y, entonces, regirnos por la responsabilidad directa del artículo 2341 del mismo estatuto. Nuestra teoría solo sería aplicable cuando la culpa consista única y exclusivamente en el ejercicio de la actividad peligrosa; por otra parte, no basta la simple colisión de actividades; será*

***necesario que la actividad de la víctima contribuya activamente a producir el resultado, que sea una de las causas y no simple condición del daño. Se requiere que la víctima sea instrumento del resultado dañoso"*** (negrilla fuera del texto).

Cuando el artículo 2356 del Código Civil, establece una presunción de responsabilidad, desvirtuable solamente mediante la demostración de una causa extraña, invierte la carga de la prueba para exigir a quien ejerce tal actividad la demostración de la causa extraña que lo exonera, para establecer si como aquí se alegó por el conductor del vehículo involucrado y la empresa afiliadora, hubo culpa exclusiva de la víctima.

Dicho lo anterior, resulta claro que no toda conducta de la víctima implica un juicio de su propia culpabilidad, no obstante, cuando la conducta desplegada por quien padece el daño implica una exposición imprudente a él, en los términos del artículo 2357 del Código Civil, conlleva una reducción de la indemnización en los porcentajes que, con base en la potestad discrecional del juez, se determinen.

A juicio del profesor Tamayo Jaramillo esta opera: *"si al momento de producirse un daño la víctima concurrió causalmente con su actividad peligrosa al resultado, hay culpa de su parte y de esa culpa probada deberán derivarse todas las consecuencias jurídicas respectivas; sin embargo, es preciso hacer algunas aclaraciones. En efecto, si se prueba una culpa adicional al simple ejercicio peligroso de la actividad, hay que considerar que esta falta accesoria ha sido el factor determinante del daño y, por consiguiente, debemos abandonar el terreno del artículo 2356 del Código Civil y, entonces, regirnos por la responsabilidad directa del artículo 2341 del mismo estatuto. Nuestra teoría solo sería aplicable cuando la culpa consista única y exclusivamente en el ejercicio de la actividad peligrosa; por otra parte, no basta la simple colisión de actividades; será necesario que la actividad de la víctima contribuya activamente a producir el resultado, que*

sea una de las causas y no simple condición del daño. Se requiere que la víctima sea instrumento del resultado dañoso". (Subrayado propio).

Sin importar cuál causa extraña se alegue en búsqueda de la exoneración, la carga de la prueba recae en quien alega ese elemento, por ello, en caso de duda para el fallador frente a la existencia o no de la causa extraña, mal haría en exonerar la responsabilidad cuando quien tenía la carga de la prueba, no la cumplió con la suficiencia requerida para llevar al fallador al convencimiento del elemento extraño invocado.

**6.** Descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, afirman los demandantes que el día 29 de octubre de 2011 el señor Gabriel Emilio Berrío López, hoy fallecido, fue atropellado por un vehículo de placa LGJ037 que era conducido por el señor Eucario de Jesús Franco Fernández a la altura del sector "El Encanto" del municipio de Don Matías; lo que generó un deterioro en su estado de salud.

Dado que, en el presente asunto, la Sala no se encuentra limitada por los reparos de todas las partes, procederá a analizar la configuración de los elementos de la responsabilidad civil partiendo de la indubitable premisa de que el asunto se enmarca en el ejercicio de una actividad peligrosa y, por tanto, le es aplicable el régimen de culpa presunta. Posteriormente se analizará si se encuentra o no acreditada la causa extraña alegada por los demandados para determinar sus consecuencias jurídicas.

### **6.1 De los elementos de la responsabilidad**

Como se indicó, en la órbita del demandante se encuentra

la carga de acreditar la ocurrencia del hecho dañoso, el daño generado y el nexo de causalidad entre los primeros dos elementos.

De conformidad con lo denunciado en el escrito de demanda, el 29 de octubre de 2011, a la altura del sector "El Encanto" del municipio de Don Matías, el señor Gabriel Emilio Berrío López fue atropellado por un vehículo tipo campero conducido por el señor Eucario de Jesús Franco Fernández. Tal hecho encuentra respaldo probatorio en el informe de accidentes de tránsito No. C-0166 levantado por la Dirección de Tránsito de Don Matías, folio 8, c-1. Adicionalmente, el acontecimiento fue aceptado por el señor Franco Fernández quien, en interrogatorio de parte absuelto el 20 de mayo de 2016, señaló que sí conducía el vehículo automotor de placas LGJ037 en esa fecha y, acto seguido, narró el accidente.

No cabe duda entonces que el accidente que cimienta la pretensión indemnizatoria, ocurrió el 29 de octubre de 2011, pese a la contradicción emanada del Formulario Único de Reclamación de los Prestadores de Salud por Servicios Prestados a Víctimas de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (fl. 13), en donde se indica que el accidente ocurrió el 18 de octubre.

Frente al daño, múltiples son los medios probatorios por los cuales la parte demandante pretende acreditar su ocurrencia y magnitud, frente a ellos, pasará a hacerse un breve recuento:

- A folio 22 reposa el Certificado de Atención para Víctimas de Accidentes de Tránsito elevado el día del accidente, allí se indicó que el señor Gabriel Emilio Berrío López acudió a urgencias con una herida en la cabeza de 1.5CM con sangrado abundante y, respecto a su sistema

locomotor se señaló "*anormal, laceraciones y escoriaciones en miembros superiores y en ambas rodillas, hematoma en tercio proximal de antebrazo derecho*".

- A folio 15 se otea historia clínica emanada de la Clínica Somer, que indica el motivo de la consulta del 31 de octubre de 2011, es que el paciente Gabriel Emilio Berrío López sufrió un accidente tres días atrás, momento a partir del cual sus familiares comienzan a notar comportamientos extraños y, a folio 16 se observa historia clínica emanada de la E.S.E. Hospital Francisco Eladio Barrera, donde constan los datos de ingreso, se refiere "*paciente que llega presentando cuadro de trauma encéfalocraneano y politrauma hace 2 días, luego de ello inició desde anoche incoherencia y desorientación mayor a la normal del paciente según la hija*". (Se subraya).

A propósito, sobre las condiciones del señor Berrío López, con posterioridad al accidente referido, dijo el testigo **Luis Bautista Rodríguez Muñoz**, que fue vecino de él aproximadamente por unos 45 años hasta su fallecimiento. Ilustró que antes del accidente, Gabriel Emilio era activo, trabajaba con ganado y ordeñaba y, después del accidente lo notaba extraño, se quejaba mucho porque estaba muy enfermo, e incluso, tenía problemas de memoria y a veces no reconocía a sus hijos. Si bien no estuvo presente en el momento del accidente, manifestó que para esa época aquel tenía más de 80 años y se desplazaba solo desde Medellín.

A su vez, la señora **Beatriz Elena Lopera** manifestó que fue vecina del señor Gabriel Emilio toda su vida y que después del accidente fue contratada para cuidarlo cotidianamente, encargándose de su alimentación, higiene y medicación. Informó que la enfermedad del señor Gabriel afectó a toda la familia porque cada día su salud estaba

más deteriorada y eso menoscabó la unidad familiar. También aseveró que antes del accidente él era muy activo y trabajador; relató además, que en el tiempo que lo cuidó, en alguna oportunidad oyó a sus médicos decir que su enfermedad estaba relacionada con el Alzheimer. Al igual que el anterior testigo, dijo no haber presenciado el accidente que da cuenta la demanda, pero según cuentan, el señor Gabriel se encontraba solo en ese momento.

Mientras tanto, el señor ***Hernando Antonio Rivillas*** fue enfático en indicar que no fue testigo presencial del accidente, sino que tuvo conocimiento del hecho por terceras personas. Agregó que fue amigo del señor Gabriel y lo describió como un hombre trabajador y negociante antes del accidente, pero después de este suceso su familia estaba atenta a sus necesidades.

Para la Sala, los medios reseñados demuestran con suficiencia la ocurrencia del accidente y es clara también su potencialidad para ocasionar un menoscabo en la salud de quien fue su víctima directa. Pues, contrario a lo que afirma el señor Eucario de Jesús Franco Fernández, cuando indicó en su declaración de parte que "*Cuando yo toco al señor arranca la buseta*" (fl. 101, vto., c-1), los conceptos médicos evidencian que el impacto fue de una gravedad mayor a un simple contacto o toque, como lo afirmó, pues aquellos documentos ilustran las afectaciones de los miembros superiores y en ambas rodillas del señor Gabriel Emilio, y una herida abierta en la cabeza como consecuencia directa e inmediata del impacto.

## **6.2 De la excepción de culpa exclusiva de la víctima**

Frente al nexo causal que vincula el accidente con el menoscabo permanente y degenerativo a la salud del señor Gabriel Emilio Berrío López, mientras los demandantes afirman su existencia marcando como punto de partida de sus detrimentos de salud el accidente, las demandadas lo niegan arguyendo la existencia de un padecimiento de Alzheimer preexistente que configuró la excepcionada culpa exclusiva de la víctima.

Sobre este punto, consistentes fueron los testigos en manifestar que antes del accidente de tránsito, el señor Gabriel Emilio no tenía padecimientos conocidos de salud, que era activo en sus negocios y trabajador, incluso, pese a su avanzada edad se desplazaba solo desde Medellín, como lo afirmó Rodríguez Muñoz; en todo caso, aquellos lo relacionaban con solvencia para desarrollar sus actividades laborales e incluso comerciales.

No obstante, no se puede dejar de lado que a folio 22 reposa Certificado de Atención para Víctimas de Accidentes de Tránsito en el que consta, según concepto médico: *"PACIENTE VÍCTIMA DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO EN CALIDAD DE PEATÓN CON MÚLTIPLES LACERACIONES EN EXTREMIDADES, HERIDA EN REGIÓN FRONTAL, CONTEC LEV, CONFUSO, PERO CON AP DE ALZHEIMER, POR LO QUE NO ES CONFIABLE LA RESPUESTA VERBAL, SE SOLICITAN RX Y PARACLÍNICOS, SE DEJA EN OBSERVACIÓN PARA VIGILANCIA NEUROLÓGICA"* (Mayúsculas sostenidas del texto, subrayado nuestro).

En igual sentido, a folio 16 indica la historia clínica que el *"Paciente que llega presentando cuadro de trauma encéfalocraneano y politrauma hace 2 días, luego de ello inició desde anoche incoherencia y desorientación mayor a la normal del paciente según la hija"*. (Se subraya).

Por su parte, de la prueba trasladada del proceso penal, se desprende que *Martha Lenid Berrío Vélez* al realizar la denuncia, señaló que el delito ocurrió cuando ella y sus familiares encomendaron verbalmente a la empresa COOPETRANSA el cuidado del señor Gabriel Emilio Berrío López quien se desplazaba solo y sería recibido por su hijo Gabriel Saúl en Santa Rosa.

Los referidos medios probatorios allegados al proceso dan cuenta de la preexistencia de enfermedad de Alzheimer que padecía el señor Berrío López, aunado a que los parientes cercanos de este (hijos) conocían tal situación y procuraban protegerlo buscando apoyo de terceras personas para garantizarle desplazamientos seguros.

El diagnóstico de Alzheimer del señor Gabriel Emilio no fue un dato nuevo conocido con posterioridad al accidente y de hecho, este ya se encontraba recibiendo medicamentos tal y como se desprende de las historias clínicas que reposan en el plenario, entre ellas, la mentada visible a folio 15, que ilustra "*AP ALZHAIMER HTA NO RECUERDAN MEDICACIÓN*", aunado a que su cuidadora Beatriz Elena Lopera en alguna oportunidad escuchó decir a sus médicos que la enfermedad de aquel estaba relacionada con el Alzheimer.

Razón tuvieron los demandados al manifestar que el Código Nacional de Tránsito, en su artículo 59 establece unas limitaciones especiales para peatones entre los que se encuentran "los ancianos" quienes deben cruzar vías con acompañamiento. Sin embargo, tal limitación no comprende una restricción al derecho de libre locomoción, no es una prohibición ni está asociada a una sanción, sino que, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

*“la intención y el efecto de la norma no es ni podría ser el de restringir el derecho de circulación o la autonomía de estas personas cuando no cuenten con la compañía de un mayor de 16 años, sino justamente, por el contrario, el de reiterar el deber de solidaridad de la sociedad frente a ellos, que es un principio constitucional propio del Estado Social de Derecho”<sup>8</sup>.*

Sin duda alguna, lo anterior no releva a la víctima directa del accidente, de acatar las normas de tránsito que por prohibición o por prevención están dispuestas para evitar la ocurrencia de situaciones como la que en efecto, se concretó; pues no puede desconocerse que la edad y la enfermedad preexistente del señor Gabriel Emilio Berrío López conllevó a una exposición imprudente al tráfico vehicular en una zona de alta afluencia, por lo cual, encontrándose solo y con diagnóstico de Alzheimer, se expuso un riesgo para sí mismo y para quienes por allí transitaban.

### **6.3 De la concurrencia de culpas – disminución del monto de indemnización.**

Dicho como está, innegable es la injerencia del actuar del señor Gabriel Emilio Berrío López, e incluso, de las víctimas de rebote que debían ser garantes de la seguridad de la víctima, para evitar la configuración del siniestro. No obstante, como pasará a verse y, tal como lo indicó la *a quo*, ello no tiene la potencialidad de eximir de responsabilidad del conductor del vehículo de placa LGJ037, señor Eucario de Jesús Franco Fernández.

En primer lugar, ha de resaltarse que, según el informe del accidente de tránsito, este ocurrió a las 14:40 horas, es decir, no podrían

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2016.

predicarse factores externos que afectaran las condiciones de la vía ni la visibilidad del conductor. En segundo lugar, en interrogatorio de parte absuelto, el señor Franco Fernández narró que se encontraba a la altura de una semicurva, razón adicional para entender que no fue sorprendido por la buseta que se encontraba parada en la vía, sino que tuvo suficiente tiempo y oportunidad para precaver los eventos que tal presencia significaba y las medidas que en tal sentido debía adoptar. En tercer lugar y también de conformidad con el interrogatorio absuelto, confesó el señor Franco Fernández que realizó una maniobra de adelantamiento a la buseta que estaba parada y lo hizo aun cuando era plenamente previsible que al encontrar un vehículo de servicio público parado en medio de una vía de alto tráfico vehicular, podría haber usuarios del servicio descendiendo de él y sin embargo de manera imprudente mantuvo su marcha, y con alto grado de negligencia, a pesar que la ocurrencia de un siniestro era previsible y probable, optó por no detenerse, avisar su presencia con el pito, ni cerciorarse que no hubiera peatones en la trayectoria que realizaba y avanzó hasta que se produjo el impacto que cualquier conductor prudente habría podido evitar.

Las condiciones en las que el señor Gabriel Emilio fue ingresado al hospital, dan cuenta de que, contrario a lo que afirma el conductor del rodante, no hubo un "toque", sino un verdadero impacto, un fuerte arroyamiento que ocasionó daños en la salud del señor Gabriel Emilio, lo que muestra además que se movilizó a una velocidad que le impedía superar los obstáculos que pudieran presentársele en la vía, especialmente pese a la situación de peligro que se generaba por la presencia de la buseta y los peatones que se encontraban en el lugar, lo que muestra su desinterés por la vida de sus congéneres. No puede perderse de vista, adicionalmente, que después del accidente el señor Eucario de Jesús Franco Fernández pretendió continuar con su marcha,

lo que se constata cuando este indicó en su declaración que *"Cuando yo toco al señor arranca la buseta, ahí mismo un señor que apareció del lado contrario en una camioneta me para, me dice recojo el herido, le dije bien pueda, ahí mismo se bajó personal de la camioneta y recogen al herido..."* (Se subraya).

Probado está que el actuar imprudente y negligente del señor Franco Fernández lo convirtió en protagonista directo, eficiente y efectivo de la ocurrencia del accidente, porque a más que ejercía una actividad peligrosa que hace presumir su responsabilidad (que no fue desvirtuada por la presencia de una causa extraña), obró con tal descuido y negligencia que no pudo evitar un accidente y daño, que con mediana prudencia y diligencia, como las que caracterizan a un buen padre de familia, eran perfectamente evitables.

Dentro de la actuación procesal no fue acreditado que el incompleto diagnóstico de Alzheimer<sup>9</sup> preexistente del señor Berrío López, o su edad, hubiesen generado algún acto de inconciencia que pudiera terminar causando el accidente, pues nadie mencionó por ejemplo que de manera intempestiva se hubiera atravesado en la vía, o hubiera deambulado por ella sin tener en cuenta la realidad que lo rodeaba, o que por la edad no hubiese escuchado una bocina, visto unas luces, etc. Y por ello, tales factores no pueden exculpar al conductor del vehículo. No. El único proceder, que ni siquiera es un error que pueda imputarse al lesionado, que tuvieron que adoptar todos quienes se desplazaban en la buseta dañada, con Alzheimer o sin él, sin importar su edad, fue desmontarse como sus compañeros de viaje, de un vehículo varado que se detuvo, para tratar de abordar otro y proseguir su marcha

---

<sup>9</sup> Porque no se estableció en qué estado de avance se encontraba ni qué impedimentos podía causarle, pero cuya gravedad no armoniza con los testimonios y pruebas recaudadas, que demuestran una alta capacidad de la víctima para auto determinarse y llevar una vida normal, al punto que podía trabajar, cumplir todas sus actividades cotidianas y hasta desplazarse solo desde la capital del departamento hasta su lugar de origen, lo cual no insinúa el deterioro mental que la parte demandada trata de atribuirle.

hasta su lugar de destino y por ello su comportamiento no puede atribuirse a enfermedad alguna ni considerarse imprudente (fue forzado por el deterioro del pequeño bus), y mucho menos convertirse en culpa exclusiva de la víctima.

Para entender cuál fue la causa eficiente del daño reclamado basta con imaginar que habría ocurrido si el comportamiento de los involucrados hubiese sido distinto, porque tal ejercicio permite entender que si el conductor que impactó al anciano no hubiese hecho presencia en el lugar y no se abre paso a la brava, o acude a él pero trasladándose a una velocidad mínima, deteniéndose si es preciso y cuantas veces haya necesidad, en garantía de que no arroyaría ni le causaría daño a persona alguna de las que avistó en el lugar y lo motivaron a hacer el sobre paso, la desgracia que se analiza muy seguramente no habría ocurrido y el hoy fallecido habría salido ileso del acontecimiento. En cambio, la presencia forzada del agredido en el lugar, no representaba en sí misma un peligro y había podido extenderse el tiempo que aquél requería para abordar el transporte de reemplazo que necesitaba, eso sí, mientras no apareciera otro agresivo conductor que aun viendo la difícil situación que se presentaba en la vía, optara por hacer suya la vía y proseguir su presurosa marcha como si nada ocurriera, poniendo en riesgo la vida de todos los pasajeros destinados al trasbordo.

La víctima no estaba en el lugar que las reglas de tránsito exigen y por ello su culpa es concurrente, pese a que es claro que su presencia en el lugar de los acontecimientos no fue voluntaria o fruto de una pérdida de conciencia por sus enfermedades o edad (por lo menos ello no fue probado) y por ello su actuar también aportó a la causación del daño, sin que sea posible concluir que ello configura una causa

extraña, porque el causante de la tragedia estaba en el marco de una situación plenamente previsible y que le exigía como ejecutor de la actividad peligrosa de conducir, obrar con prudencia, no desconocer el peligro al que se enfrentaba y adoptar todas las medidas necesarias para evitar el insuceso que era imaginable y al que dio oportunidad con su actuar descuidado y negligente, con el que antepuso su voluntad de continuar su marcha, sobre los riesgos que con ello creaba a la comunidad, al punto que ni siquiera habiendo impactado al adulto mayor, se detuvo, lo que según surge del expediente, impidió que se graficara el croquis del accidente.

#### **6.4 De la cuantificación del daño**

**6.4.1 De los perjuicios patrimoniales.** Sea lo primero mencionar que, a juicio de la Sala, en razón a que no hubo la demostración que se requiere para decretarlos, debe confirmarse la negativa al reconocimiento de los perjuicios materiales rogados a favor del ahora fallecido, señor Gabriel Emilio Berrío López. Veamos:

Siendo, como en efecto es, carga de la parte demandante probar los perjuicios cuya indemnización pretende, como lo señaló la juez de la causa, no existe elemento probatorio alguno encaminado a determinar la existencia del daño emergente ni del lucro cesante deprecado, ninguna factura, prueba pericial, o de cualquier otra estirpe fue allegada, por lo que resulta forzoso denegar las pretensiones incoadas en ese sentido, ante la ausencia de evidencias que respalden su reclamo.

**6.4.2. De los perjuicios extrapatrimoniales por daño moral**

Recuérdese que en la demanda fueron estimados los perjuicios morales en "100 SMLMV", para el señor Gabriel Emilio Berrío López; y para Gabriel Saúl, Jorge Absalón, Omar de Jesús, Alba Berenice, Helda Mery, María Doris, Dora Helen, Sorely del Socorro y Martha Lenid Berrío Vélez (hijos), y María del Socorro Vélez de Berrío (cónyuge), "100 SMLMV", para cada uno de ellos.

Se destaca que el fallo de primera instancia no contiene mayor fundamentación sobre la negativa a conceder tal perjuicio a favor de los citados accionantes y de forma algo vaga y sin sustento jurisprudencial, fueron despachados en contra de sus solicitantes, con la simple advertencia que *"no encontró ningún elemento de juicio que permitiera predicar su existencia ni tasarlos, más allá del parentesco existente"*.

Ahora bien, según los artículos 2341 y 2356 C. C., el que *"ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización"* y *"todo daño que pueda imputarse a la malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta"*. Ese daño no sólo se ha entendido como uno patrimonial o material, sino también inmaterial, del que se derivan consecuenciales perjuicios de esa misma sustancia<sup>10</sup>. Estos comprenden a los perjuicios morales, que se traducen en el dolor o sufrimiento internamente padecido por el lesionado como consecuencia del hecho dañoso, y se explicitan en *"la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos"*<sup>11</sup>.

Si bien es cierto que la existencia de daños y perjuicios no se presume legalmente, pues no hay disposición legal que establezca tal

---

<sup>10</sup> CSJ, SC, 21 jul. 1922, G. J. XXIX, p. 220; 22 ago. 1924, G. J. XXXI, p. 83; 28 sep. 1937, G. J. XLV, p. 758.

<sup>11</sup> CSJ, SC 18 sep. 2009, rad. n.º 2005-00406-01.

presunción<sup>12</sup>, no menos cierto es que desde la jurisprudencia se han reconocido presunciones judiciales o de hombre que permiten deducir los perjuicios morales padecidos por los allegados a la víctima directa<sup>13</sup>.

Aunque esta presunción inicialmente se limitaba al primer círculo de la víctima (padres e hijos), posteriormente se hizo extensible a los hermanos<sup>14</sup>.

En todo caso, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en admitir que la prueba de la existencia del daño moral se puede suplir mediante una presunción judicial cuando está plenamente acreditado el parentesco y la relación de cercanía familiar entre la víctima y el demandante.

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5686 de 2018 del 19 de diciembre de 2018, Radicación n° 05736 31 89 001 2004 00042 01. M.P. Margarita Cabello Blanco, la Corte, precisó:

*"No obstante, a la anterior doctrina, que aún prohija esta Corporación, debe agregarse el hecho de que a falta de normativa explícita que determine la forma de cuantificar el daño moral, el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tiene un cierto carácter vinculante, para cuya reparación es menester que el juez ofrezca razones suficientes de su distanciamiento, pues, en los términos establecidos por la Corte Constitucional:*

*"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de*

---

<sup>12</sup> CSJ, SC, 19 jun. 1925, G. J. XXXII, p. 374; 4 abr. 1968, G. J. CXXXIV, p. 62; 9 nov. 2006 exp. n.º 00015.

<sup>13</sup> CSJ, SC, 11 may. 1976, G. J. CLII, p. 142; 28 feb. 1990, G. J. CC, p. 84; 25 nov. 1992, G. J. CCXIX, p. 670 y 671; y SC5686-2018.

<sup>14</sup> CSJ, SC, 28 feb. 1990, G. J. CC, p. 84 y SC5686-2016. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, 1 jul. 2015, exp. n.º 30855.

*establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) el principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontado la continuamente con la realidad social que pretende regular” (C-836 DE 2001)*

*Como se recordará, el Tribunal accedió a la petición de perjuicios extrapatrimoniales en virtud del dolor padecido por la víctima fallecida o lesionada, con base en uniones maritales, matrimoniales, relaciones afectivas, de parentesco, filial y fraterno, al igual que les reconoció a los abuelos estos perjuicios, todo sobre la base de la prueba idónea en tanto la inferencia de la existencia del perjuicio la derivó del parentesco fijando su cuantía en una suma que disminuyó a medida que el lazo de cognación se iba distanciando (...)”.* (Se subraya).

Y, en la muy reciente sentencia SC3728 de 2021, del 26 de agosto de 2021, Radicación n.º 68001-31-03-007-2005-00175-01. M.P. Hilda González Neira, la misma Corte asintió la presunción del perjuicio moral, reflejado en la existencia de sufrimiento espiritual y aflicción, así dijo:

*“3.1. Aunque la afección espiritual y la generación de sentimientos negativos no son fenómenos físicamente tangibles que puedan ser objetivamente medidos, de allí que su apreciación se deje librada a la discrecionalidad prudente del administrador de justicia, el arbitrio judicial no puede mutar en arbitrariedad, iniquidad o injusticia, pues el juzgador está sujeto al acatamiento estricto de la ley, la cual le impone la obligación de reparar integralmente y con criterio equitativo a la víctima de un evento dañoso.”*

Resulta entonces, factible presumir que la muerte o lesiones por accidente de una persona genera un sufrimiento indemnizable en el alma de sus allegados más cercanos, claro está,

desde una perspectiva empírica que puede ser desvirtuada probatoriamente, lo que no ocurrió en este caso.

Como quiera que dentro del proceso no fue acreditada una cercanía afectiva especial ni una relación de unión y convivencia caracterizada por profundos vínculos, sentimientos y estrecha convivencia del herido, con su compañera e hijos, pero sí el parentesco respectivo, evidenciado en los registros civiles de matrimonio y nacimiento allegados, y dado que la magnitud de las heridas probadas no fue de gran valía, el reconocimiento del daño moral se hará sobre montos muy bajos, acogiendo parámetros similares a los que ha adoptado el Honorable Consejo de Estado, entre otras, en sentencia del 30 de junio de 2011<sup>15</sup>, relativos a la intensidad del daño, discriminando cuando se trata del perjuicio moral de mayor grado y de aquel por concepto de lesiones leves, los montos a reconocer corresponden a un daño moral de baja intensidad y corresponden a los mínimos por tal corporación fijados, con la salvedad que conforme a los criterios decantados por la Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia no se hará en salarios mínimos, sino en pesos colombianos:

*" 14.4.3 Cuando se ha tratado el tema de la indemnización moral por concepto de lesiones leves, a manera de ejemplo, se ha de ver que en un caso ante la perdida (sic) de capacidad laboral de un 80% esta Corporación le reconoció al lesionado 45 s.m.l.m.v, a sus padres 30 s.m.l.m.v y a sus hermanos 15 s.m.l.m.v<sup>20</sup>. En otro supuesto, ante la pérdida de capacidad laboral del 18.45% esta Corporación le reconoció a la víctima directa 5 s.m.l.m.v, a sus hijos y madre 2 s.m.l.m.v y a su hermano 1 s.m.l.m.v"<sup>16</sup>.*

---

<sup>15</sup> Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836). Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicación n.º 15775.

En el caso concreto, sobre este perjuicio en particular, se acreditó la existencia de un suceso en el que resultó lesionado en su integridad física el accionante Gabriel Emilio Berrío López -*hoy fallecido*, con ocasión del incidente; lesiones que fueron demostradas con las historias clínicas que dan cuenta de las lesiones padecidas<sup>17</sup>, y con ello surge indudable la aflicción y congoja que al señor Berrío López le produjo el suceso en el que resultó lesionado, pues es profundamente penoso, que a raíz del accidente sus funciones síquicas y físicas se alteraron con mayor gravedad, y afectaron para ejercer las labores cotidianas que acostumbraba hacer.

Ese sufrimiento y dolor se presume también, lo padeció el grupo familiar de don Gabriel Emilio, cuyos integrantes se sintieron afectados por las lesiones y deterioro que su familiar sufrió porque es doloroso ver a un ser querido de edad, en un notorio estado de deterioro e indefensión, padecer las consecuencias del accidente y dependiendo de una cuidadora, en manos de quien quedó, que lo atendiera cotidianamente, como ella misma lo declaró; pues, antes se valía por sus propios medios, pese a su avanzada edad y el padecimiento de Alzheimer moderado.

Pese a que no puede desconocerse que el menoscabo de la salud del señor Gabriel Emilio Berrío López produjo una aflicción a su núcleo familiar, porque surgieron padecimientos asociados directa o indirectamente al accidente de tránsito que generaran tal aflicción. En este caso, está plenamente probado el vínculo que tenían los demandantes con el señor Gabriel Emilio Berrío López, en efecto, a folios 25 a 32 del cuaderno principal se hallan los registros civiles de

---

<sup>17</sup> “*laceraciones y escoriaciones en miembros superiores y en ambas rodillas, hematoma en tercio proximal de antebrazo derecho*”

nacimiento de *Gabriel Saúl, Jorge Absalón, Omar de Jesús, Alba Berenice, Helda Mery, María Doris, Dora Helen, Sorely del Socorro Berrío Vélez* (que los acredita como hijos del señor Berrío López; al igual, reposa el registro civil de matrimonio que acredita a *María del Socorro Vélez de Berrío*, como cónyuge de aquél.

En esa medida, y según el *arbitrium iudicis* y los parámetros orientadores señalados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en ese entendido, la reparación de las aflicciones que pudo haber sufrido el señor *Gabriel Emilio Berrío López*, se estima en \$30'000.000, porque como se demostró, padeció problemas de salud asociados al accidente, que ocasionaron su hospitalización y tratamientos médicos imprevistos que se asocian al decaimiento anímico, angustia y algunos cambios comportamentales que se acreditaron. Al igual, lo que sufrieron *Gabriel Saúl, Jorge Absalón, Omar de Jesús, Alba Berenice, Helda Mery, María Doris, Dora Helen, Sorely del Socorro Berrío Vélez* (hijos), y *María del Socorro Vélez de Berrío* (cónyuge), se estima en la suma de \$1'160.000 (1smlmv), para cada uno de sus hijos y \$2'320.000 (2smlmv), para su cónyuge, por entenderse que el menoscabo moral de aquellos no pudo tener la misma intensidad que el sufrimiento que padeció la víctima directa.

**7. Conclusión.** Así las cosas, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, y en su lugar se dispondrá condenar a los demandados al pago de los perjuicios morales a favor de los demandantes *Gabriel Saúl, Jorge Absalón, Omar de Jesús, Alba Berenice, Helda Mery, María Doris, Dora Helen y Sorely del Socorro Berrío Vélez* (hijos), y *María del Socorro Vélez de Berrío* (cónyuge), en la forma y cuantía indicadas en el párrafo precedente, **reducida en un**

**50%**, por haber prosperado la excepción de concurrencia de culpas, como se anotó en líneas anteriores.

**8. Costas.** Sin condena en costas en esta instancia porque no se causaron. Artículo 365, numeral 8 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **FALLA**

**PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia,** y en su lugar se dispone condenar a los demandados Eucario de Jesús Franco Fernández y Precotur Donmatías, a pagar a título de perjuicios morales a favor de la sucesión del señor *Gabriel Emilio Berrío López*, \$30'000.000, reducidos en un 50%; y a favor de los demandantes, señores *Gabriel Saúl, Jorge Absalón, Omar de Jesús, Alba Berenice, Helda Mery, María Doris, Dora Helen y Sorely del Socorro Berrío Vélez* (hijos), a razón de \$1'160.000 (1smlmv), para cada uno y de *María del Socorro Vélez de Berrío* (cónyuge), por \$2'320.000 (2smlmv), reducidas todas las condenas en un 50%. En los demás ítems se confirma la sentencia de fecha, naturaleza y procedencia anotada, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Devuélvase el expediente físico y la actuación digital al juzgado de origen.

El proyecto fue discutido y aprobado, según consta en acta N° 162 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE**

**Los Magistrados,**

**OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

**DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN**

**WILMAR JOSÉ 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: **e81023a2fe43fd00a7c07f29522114088cdf2cb07cf154696f9cd2bbf03ff19e**

Documento generado en 19/05/2023 01:42:24 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**

<b>Referencia Procedimiento:</b>	<b>Verbal responsabilidad médica</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Alexandra Muñoz Arias y otros</b>
<b>Demandada:</b>	<b>Clínica de Urabá S.A. y otro</b>
<b>Asunto:</b>	<b>Fija agencias en derecho.</b>
<b>Radicado:</b>	<b>05045 31 03 001 2016 01770 01</b>

**Medellín**, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Conforme lo consagra el artículo 5º, numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho en sede de segunda instancia, a cargo de la demandante y a favor de los demandados, en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 S.M.M.L.V).

Liquidense las costas y agencias en derecho en forma integrada por el juzgado cognoscente, conforme a los artículos 361 y 366 del Código General del Proceso.

En firme este auto, **devuélvase el expediente a su lugar de origen.**

**NOTIFIQUESE**

**OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**  
**Magistrado**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**  
**SALA CIVIL - FAMILIA**  
**MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

**Procedimiento:** Verbal de Responsabilidad Civil Médica  
**Demandantes:** Alexandra Muñoz Arias y otros  
**Demandados:** Clínica de Urabá y Coomeva EPS  
**Asunto:** Confirma la sentencia apelada: Sobre la culpa en el campo de la responsabilidad civil por el acto médico. / Carga dinámica de la prueba. / Consentimiento informado.  
**Radicado:** 05 045 31 03 001 2016 01770 01  
**Sentencia No.:** 24

**Medellín, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)**

Procede la Sala a resolver la alzada propuesta por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, por el **Juzgado Primero Civil del Circuito de Apartadó Antioquia**, dentro del proceso verbal con pretensión de responsabilidad civil contractual médica, promovido por **Alexandra Muñoz Arias, Elkin Darío David Giraldo, Johana Angélica Manco Muñoz, Carolina Muñoz Arias y María Angélica Arias Álzate**, en contra de la **Clínica Urabá S.A. y Coomeva EPS S.A.** al que fueron **llamadas** en garantía **Marta Cecilia Palacios Diez**, la **Clínica Urabá S.A.** y la **Previsora S.A. Compañía de Seguros**.

## I. ANTECEDENTES

1. A través de apoderado judicial, la parte actora solicitó como pretensión principal que se declare civil y solidariamente responsable a la parte demandada “(...) *por los daños y perjuicios materiales e inmateriales sufridos por la demandante ALEXANDRA MUÑOZ ARIAS con la cirugía de corrección de fístula recto-vaginal, practicada el día 23 de abril del año 2010* (...)”. De manera consecucional, solicitó el pago de los perjuicios derivados de los daños materiales (lucro cesante), e inmateriales (daño moral y a la salud) que padecieron los demandantes, en su calidad de víctimas directas en indirectas, respectivamente.

2. Como sustento fáctico de sus pretensiones, narraron los demandantes que el 23 de abril del año 2010, la víctima directa fue sometida a una cirugía de corrección de fístula rectovaginal que le desencadenó una serie de efectos adversos, tales como una fístula recto-vaginal **posquirúrgica**.

Por último, la parte accionante indicó que los mencionados efectos se originaron en actos culposos desplegados por el personal médico, que puntualmente, se vieron reflejados en los siguientes supuestos:

(i) Hubo un error a la hora de emitir el correspondiente diagnóstico. Ello, auspiciado – a juicio de los demandantes- en la omisión de las ayudas diagnósticas (de laboratorio e imágenes) requeridas para la obtención de una valoración acertada.

(ii) Al haberse errado en la emisión del diagnóstico, fue adoptado un tratamiento igualmente equivocado. En tal sentido, se arguyó la falta de necesidad de la cirugía de corrección de fístula recto-vaginal practicada a la víctima directa.

(iii) El médico tratante de la paciente no tenía la especialidad requerida para tratar a la misma, es decir, que a juicio de los demandantes, la víctima directa debió ser tratada por un proctólogo, mas no, por un ginecólogo.

(iv) A la paciente no le fue brindada de manera adecuada la información relativa a los riesgos que implicaba la correspondiente cirugía y, en ese sentido, ésta no pudo emitir un consentimiento debidamente informado.

3. La demanda fue admitida mediante auto del 21 de noviembre de 2016.

4. Las llamadas a juicio contestaron la demanda dentro del término establecido para el efecto y formularon llamamientos en garantía frente a **Marta Cecilia Palacios Diez**, la **Clínica Urabá S.A.** y la **Previsora S.A. Compañía de Seguros**.

4.1. La **Clínica Urabá S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda alegando los siguientes medios exceptivos:

(i) *“Ausencia de incumplimiento por parte de la Clínica de Urabá”*

Al respecto, indicó que brindó la atención médica de manera oportuna,

diligente y acorde a los protocolos médicos. En ese sentido aseguró que al no evidenciarse culpa, no era factible alegar un incumplimiento contractual.

(ii) **“Ausencia de culpa como elemento estructural de la responsabilidad médica”**. Frente a tal tópico aseguró que el personal médico no incurrió en error de diagnóstico ni de tratamiento. Así mismo, se señaló que las complicaciones posoperatorias que padeció la paciente hacen parte de los riesgos propios de la intervención quirúrgica, que además, en efecto, fueron informados a la víctima directa y a su hija.

(iii) **“Ausencia del nexo causal”**. Dicho medio exceptivo se sustentó bajo la idea de que, en el presente caso, no fue probada la relación causal entre el tratamiento brindado y el proceso infeccioso que presentó la paciente en el posoperatorio. Así mismo, se enfatizó en que dicho proceso no fue el producto de un actuar culposo o errado por parte del personal sanitario.

(iv) **“Indebida tasación de perjuicios”**. Frente a esto, se aseveró que las sumas solicitadas por concepto de daño moral no se ajustan a los parámetros establecidos por la jurisprudencia y la doctrina.

**4.2.** Por su parte, **Coomeva EPS S.A.**, contestó la demanda con sustento en las excepciones de mérito que a continuación se compendian:

(i) **“Inexistencia de responsabilidad a cargo de la Coomeva EPS”**. Sobre el particular, expuso que los galenos que atendieron a la paciente no incurrieron en conductas culposas; y que, por el contrario, dieron un diagnóstico (fístula recto-vaginal) y un tratamiento acertado (cirugía de corrección).

Bajo la misma línea argumentativa, la EPS convocada reseñó que las complicaciones que tuvo la paciente en el posoperatorio se dieron como consecuencia de un riesgo inherente. Del mismo modo manifestó que la víctima directa fue debidamente informada de los riesgos que podía traer consigo el procedimiento al que fue sometida.

(ii) *“Inexistencia de solidaridad entre Coomeva EPS y la Clínica de Urabá”*. Al respecto indicó que entre las mencionadas entidades no existe ningún tipo de convenio que consagre la aludida solidaridad. De igual manera, aseguró que las leyes tampoco imponen a la EPS, el deber de responder solidariamente en casos como los que motivan la presente reclamación.

(iii) *“Inexistencia de nexo causal frente a la actuación de Coomeva EPS”*. Aseveró que en el evento en que se hubiese acreditado una inadecuada práctica médica, las pretensiones de la demanda tampoco estaban llamadas a prosperar, debido a que no se probó con suficiencia el respectivo nexo causal.

(iv) *“Obligación de medio en la responsabilidad médica e inexistencia de culpa de Coomeva E.P.S.”*. De cara a esta oposición, reiteró lo dicho sobre la ausencia de culpa y afirmó que el *sub lite* se enmarcó en el régimen de las obligaciones de medio, mas no de resultado. De ahí que no sea viable afirmar que la ausencia de curación de la paciente se tornó en una fuente de responsabilidad civil para la entidad accionada.

(v) *“Concreción de un riesgo inherente”*. Negó que la cirugía practicada a la paciente le hubiese ocasionado a ésta una fístula recto-vaginal. Así mismo aseguró que si bien la víctima directa padeció de una infección posoperatoria, lo cierto es que la misma no se originó en un actuar

culposo desplegado por los galenos, sino que fue producto de un riesgo inherente.

(vi) “*Inexistencia de lucro cesante/tasación indebida*”. Indicó que la víctima directa no comprobó la existencia de actividades económicas, ni de ingresos laborales y que en caso de que ello hubiera acontecido, tampoco se había probado en debida forma las sumas de dineros correspondientes al lucro cesante.

(vii) “*Excesiva tasación de perjuicios*”. En lo concerniente a este punto, se alegó que las sumas deprecadas por concepto de daños inmateriales no se ajustan a las disposiciones normativas que regulan la materia.

### **De los llamamientos en garantía**

**4.3. La Clínica Urabá S.A.** Llamó en garantía a **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**, con el fin de hacer efectivos los amparos consagrados en el contrato de seguro que dicha clínica celebró con la referida aseguradora, y cuyas cláusulas se plasmaron en la póliza No. 1002112.

El mencionado llamamiento fue admitido mediante auto del 28 de marzo de 2017, y frente a él se opuso **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**, alegando las siguientes excepciones de mérito: (i) “*cumplimiento de las condiciones generales*”; (ii) “*límite de valor asegurado*”; (iii) “*deducible pactado para el amparo básico*”; (iv) “*sublímite y deducible pactado para perjuicios*”. Todos estos medios de defensa se sustentaron bajo el argumento que, en caso de que se endilgase responsabilidad a la entidad amparada, la

aseguradora sólo entraría a responder según los límites y coberturas pactadas en la respectiva póliza.

En igual sentido, **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**, se opuso a la demanda principal exponiendo los siguientes medios de defensa: *“inexistencia de responsabilidad de la Clínica de Urabá”*; *“ausencia de causa petendi ante el incumplimiento de los protocolos científicos indicados para el caso concreto”*; *“Ausencia de culpa”*, *“inexistencia de nexo causal”*; e *“improcedencia de perjuicios a cargo de la Clínica de Urabá”*.

Por otro lado, se constata que, con sustento en la calidad de médico tratante de la paciente aquí demandante, la **Clínica Urabá S.A.** también llamó en garantía a la Doctora **Marta Cecilia Palacios Diez**. Este llamamiento fue aceptado a través de auto del 28 de marzo de 2017 y refutado por la llamada en garantía con fundamento en las siguientes excepciones de mérito:

(i) *“Ausencia de culpa”*. Al respecto, la médica expresó que su actuar se ajustó a los correspondientes protocolos y que, por tanto, el diagnóstico y el tratamiento brindado a la paciente fueron acertados. En igual sentido, la llamada en garantía adujo que, efectivamente, a la víctima directa y a su acompañante le fueron informados los riesgos que podría conllevar la cirugía correctiva de fístula rectovaginal. Por último, recalcó que la infección que padeció la accionante no podía concebirse como un supuesto constitutivo de responsabilidad y, por ende, como consecuencia de una mala práctica.

(ii) *“Inexistencia de nexo causal”*. La galena señaló que no fue probado que su actuar hubiese ocasionado algún elemento o factor en virtud del cual pudiese atribuírsele responsabilidad, máxime, si se tiene presente

que la obligación que asumió con la paciente fue de medio y no de resultado. En ese sentido, también reiteró que su proceder siempre se ajustó a los respectivos protocolos médicos y careció de culpa.

(iii) *“inexistencia de perjuicios derivados de la práctica médica”*. Sostiene que las consecuencias adversas que presentó la paciente se dieron como consecuencia de un riesgo inherente, concluyendo así, que en el presente evento no se cumplen los presupuestos necesarios del perjuicio indemnizable.

(iv) *“falta de legitimación por activa en la parte demandante”*. Indicó que, al no haber celebrado ningún contrato con las entidades pretendidas, las víctimas indirectas no estaban legitimadas para demandar.

**4.5.** Por último, se verifica que **la EPS Coomeva S.A.**, ejerció pretensión revérsica frente a **la Clínica Urabá S.A.** Tal pretensión fue admitida mediante proveído del 28 de marzo de 2017, con sustento en la cláusula de solidaridad que se pactó en el contrato de prestación de servicios de salud que la primera celebró con la segunda.

De igual modo, se observa que **la EPS Coomeva S.A.** contestó el llamamiento en garantía aduciendo su improcedencia, cimentada en que *“Como en este proceso la CLÍNICA DE URABÁ también se encuentra en calidad de demandada directa, en el hipotético caso que se profiera una sentencia condenatoria en contra de ella en calidad de demandada directa y en contra de los demás codemandados y por tal razón, le corresponda hacer un determinado pago, no podría el despacho luego ordenar el reembolso a favor de la persona jurídica que ahora la llama en garantía, pues de ésta forma se estaría pagando dos veces por los mismos hechos”*.

5. Continuando la secuencia procesal correspondiente, fueron decretadas y evacuadas las respectivas pruebas.

6. Finalmente, y luego de que se escuchasen los alegatos de conclusión, fue proferida la decisión de fondo que por vía de apelación estudia la Sala.

## **II. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda principal, bajo el argumento de que no fue acreditado el presupuesto axiológico referente a la falla médica. En ese sentido, y con base en el material probatorio, la *A quo* controvirtió los hechos señalados en la demanda como constitutivos de culpa.

## **III. LA APELACIÓN**

Los pretendientes impugnaron el fallo de primera instancia, manifestando que la Juez evaluó de manera equivocada las pruebas que dan cuenta del error médico alegado en la demanda.

Bajo esa línea argumentativa, la parte recurrente expresó que la sentenciadora analizó de forma inadecuada las pruebas que versaron sobre los siguientes supuestos:

(i) hubo un error de diagnóstico, bajo el entendido de que, al no presentar flora intestinal o materia fecal en la vagina, la paciente no padecía de la fístula recto-vaginal que fue objeto de la cirugía correctiva.

**(ii)** En concordancia con lo anterior, el apelante indicó que al no haber vestigios de flora intestinal o materia fecal en el órgano reproductor de la víctima directa y, por tanto, al no ser tan evidente la hipotética existencia de una fístula recto-vaginal, era menester acudir a otro tipo de ayudas diagnósticas de laboratorio (tales como una prueba de azul de metileno, un examen directo y de gran de secreción vaginal, entre otros) e imágenes (como una tomografía, una resonancia, una manometría, una ecografía anorectal y/o un fistulograma), en aras de obtener un diagnóstico adecuado.

**(iii)** Los accionantes también recalcaron que, al no haberse hecho un adecuado diagnóstico, el tratamiento escogido por el médico tratante tampoco fue el correcto. En otras palabras, los impugnantes manifestaron que en el caso de la paciente no había certeza sobre la necesidad de realizar el procedimiento quirúrgico denominado corrección de fístula rectovaginal, el cual, y de manera posterior, produjo a la víctima directa una evidente pérdida de oportunidad, así como el resto de daños que hoy se le imputan a las entidades pretendidas.

**(iv)** Para los apelantes, el hecho de que la paciente presentase antecedentes complejos, tales como una histerectomía previa y el sufrimiento sistemático de sequedad vaginal, tornaba necesario un tratamiento brindado por un experto en la materia, es decir, hacía menester que la víctima directa fuese tratada por un proctólogo, mas no, por un galeno especialista en ginecológica.

**(v)** En consonancia con lo antes dicho, la parte recurrente señaló que la médica que atendió a la paciente no contaba con la experiencia y los

conocimientos requeridos para tratar las patologías que tenía la víctima directa, es decir, reprochó la pericia de dicha médica.

(vi) En igual sentido, los demandantes aseveraron que la dehiscencia de la sutura que presentó la víctima directa con posterioridad a la intervención quirúrgica a la que fue sometida, constituyó una complicación que pudo ser prevenida si dicha intervención hubiese sido realizada por un profesional de la salud experto en la materia.

(vii) Por último, la parte impugnante reseñó que si bien la víctima directa y su acompañante habían firmado el respectivo consentimiento informado, lo cierto es que el mismo fue insuficiente, bajo el argumento de que en él no se expresaron de manera detallada todos los riesgos que podría conllevar la intervención quirúrgica.

Dentro del término establecido para el efecto, la parte actora sustentó su recurso de apelación. Diferente situación se presentó respecto a las sustentaciones formuladas por la **Clínica de Urabá** y por la **Previsora S.A. Compañía de Seguros**, pues las mismas fueron allegadas de manera extemporánea.

#### **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 la demandante como la demandada y llamadas en garantía tienen vocación para ser titulares de derechos y obligaciones y obrar como reclamante 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.** Corresponde a la Sala decidir si hay lugar o no a confirmar la sentencia de primer grado, que negó las pretensiones de la parte demandante, porque no halló culpa en los galenos que atendieron a la paciente; o debe modificarse o revocarse, por cuanto se acreditaron todos los elementos que estructuran la responsabilidad médica.

**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 memoró 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.

**5. Del riesgo inherente.** Este tópico fue abordado con mayor amplitud en la sentencia **SC71102017, del 24 de mayo de 2017, radicado No. 05001-31-03-012-2006-00234-01**, con ponencia del **Dr. Luis Armando Tolosa Villabona**, donde se concluyó que su materialización no genera un daño de carácter indemnizable al no preceder de un comportamiento culposo. Al respecto, se cita lo señalado por la referida Corporación: “*resulta cuestionable que haya lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposo. Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución. Al respecto, la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconoce que la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, apareja la existencia de ciertos riesgos inherentes a la realización de ciertos procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa.*”

*La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos: de riesgo, el cual, según la RAE, es “contingencia o proximidad de un daño (...). Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro*

(...). *Estar expuesto a perderse o a no verificarse*<sup>1</sup>; e inherente entendido como aquello: “Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello”<sup>2</sup>. Por lo tanto, debe juzgarse dentro del marco de la responsabilidad médica que riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la *lex artis*.

De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursione por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano. De ningún modo, el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de la *lex artis*, que impone actuar con la diligencia

---

<sup>1</sup> RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 1304

<sup>2</sup> RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 824.

debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento.

Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuentemente, reparables "in natura" o por "equivalente", pero integralmente. Todos los otros resultan excusables.

En estas lides, cuando ha existido lesión, y simultáneamente se demuestra negligencia en el facultativo, debe hallarse un baremo o límite, el cual se halla en la normalidad que demanda la Lex Artis, a fin de disponer cuando fuere del caso lo consecuente con el extremo pasivo, y determinar el momento en que se incursiona definitivamente en el daño antijurídico.

El criterio de normalidad está ínsito en la lex artis, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. **En consecuencia, se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la Lex Artis, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico.**

Aquí nos adentramos en el campo del criterio del riesgo general de la vida o del riesgo permitido. No deben ser imputados al demandado aquellos daños que sean materialización de los riesgos normales o permitidos en la

vida en sociedad. Así por ejemplo, el ¿ingreso de una persona en el hospital para curarse de una agresión, sin embargo, cuando sale le cae una teja, implica una relación causal entre la agresión y la teja? ¿Si no hubiera sido agredido, la teja no le hubiera caído? ¿En este evento, existe una materialización del riesgo normal o general?

**En consecuencia, los errores cobijados por el marco de excusabilidad, se relacionan con los que ocurren a pesar de la idoneidad y de la experiencia médica, punto en el cual, es bueno señalar que los médicos, están guiados, en general, por un régimen de obligaciones de medios (salvo algunas excepciones), no son infalibles, porque muy a pesar suyo y del cuidado, es probable, el paciente resulte lesionado.”**

**6. Sobre el consentimiento informado.** En sentencia **SC7110-2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, del 24 de mayo de 2017**, la Corte Suprema de Justicia resaltó la importancia de dicha figura al indicar que la misma constituía un derecho y un principio autónomo. Del mismo modo, y en aras de que se pudiese establecer si el mencionado derecho y principio había sido debidamente satisfecho en un asunto específico, la Corte hizo una distinción entre el consentimiento informado cualificado y el generalizado. Al respecto, la Corte puntualmente expresó “(...) *El consentimiento informado puede ser cualificado, cuando la información a suministrar debe ser persistente o permanente, detallada, valorada, ante todo, en casos invasivos, experimentales, ubicados en la frontera del conocimiento científico. Es autorizado o sustituto en el caso de los menores y discapacitados mentales evento en los cuales los padres, representantes legales o curadores, deben intervenir permanentemente en el cuidado de la persona para obtener el pronóstico o para prever la enfermedad, diagnosticarla, tratarla, etc.*

*En otras hipótesis el consentimiento es generalizado, expuesto en proformas, en fórmulas sobre los procedimientos médicos a realizar, los servicios, diagnósticos terapéuticos rutinarios sean manuales o técnicos, sin mayores particularidades. Puede revestir el carácter de presunto, como en los casos de urgencia cuando lo otorgan parientes o cercanos; expreso, cuando claramente se suministra la información requerida al paciente para obtener su determinación; o viciado, cuando media el engaño en la información otorgada. El presunto, algunas veces coincide con el tácito o implícito, como el previsto en las disposiciones para la obtención de componentes anatómicos con respecto a fallecidos, por ejemplo, para extraer las córneas.*

*El consentimiento informado, por regla general, es parte integral del derecho fundamental a la salud, no obstante, también reviste el mismo carácter, de tal modo que en la relación médico paciente, éste tiene el derecho a ser informado de los alcances del tratamiento o del procedimiento, en forma adecuada y suficiente, de modo que equilibre discreción e información (...)*”.

*“(...)El galeno con la información que proporciona debe permitir la autodeterminación del policitado, para obtener su aquiescencia a fin de que voluntariamente se someta a la intervención, se concientice y asuma los riesgos y beneficios de la terapia; y finalmente, tome su determinación sin coacción ni engaño; por supuesto, cuando es plenamente capaz y no está afectado por alguna de las circunstancias que lo tornen discapacitado o le impidan otorgar el consentimiento libremente, porque para éste último evento debe darse tránsito a la autorización del representante para el vertimiento del consentimiento sustituto.*

*El consentimiento informado como derecho tiene límites, y como regla tiene excepciones. Hoy, adquiere una importancia especial por virtud del principio de autonomía de que es titular el paciente, porque además de constituir un deber galénico y un derecho del usuario del servicio, se ancla en los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, y en el consecuencial derecho a la información; de modo que hoy no es viable ver la relación médico paciente desde un criterio paternalista como acontecía, dada la trascendencia de la libertad y del principio de autodeterminación (pro libertatae) del paciente; es decir, así se garantiza el principio de la autonomía de la voluntad del aquejado. (...)*

*(...)El derecho al consentimiento informado exige para el paciente una información asequible y veraz, tanto de su enfermedad como de los procedimientos médicos, de los efectos principales y secundarios, de las disyuntivas terapéuticas y de los medicamentos para el mejoramiento de su salud, de tal manera que pueda adoptar la decisión acerca del acto médico quirúrgico en relación con su propia vida, o ya sea para paliar su dolor o curar su enfermedad, o sobre la intervención de que pueda ser objeto su cuerpo.(...)"*

**7. Caso concreto.** Como se advirtió en la parte previa de esta providencia, el apelante soportó sus reparos en la indebida valoración que el Juzgado de primera instancia efectuó sobre los elementos probatorios que - según él- sí acreditaron el error médico alegado en la demanda.

Desde ese contexto, la parte impugnante fue incisiva al señalar que cumplió con la carga probatoria que le incumbía, bajo el argumento de que en el curso del proceso logró demostrar de manera contundente los actos constitutivos de culpa, los cuales –y a su juicio- se vieron reflejados en las situaciones que, si bien ya fueron reseñadas en un acápite precedente, por efectos metodológicos, se reiteran y enumeran a continuación:

(i) El extremo recurrente adujo que hubo un error de diagnóstico, bajo el entendido de que, al no presentar flora intestinal o materia fecal en la vagina, la paciente no padecía de la fístula recto-vaginal que fue objeto de la cirugía correctiva.

(ii) En concordancia con lo anterior, la parte apelante indicó que al no haber vestigios de flora intestinal o materia fecal en el órgano reproductor de la víctima directa y, por tanto, al no ser tan evidente la hipotética existencia de una fístula recto-vaginal, era menester acudir a otro tipo de ayudas diagnósticas de laboratorio (tales como una prueba de azul de metileno, un examen directo y de gran de secreción vaginal, entre otros) e imágenes (como lo podrían ser una tomografía, una resonancia, una manometría, una ecografía anorectal y/o un fistulograma), en aras de obtener un diagnóstico adecuado.

(iii) Los accionantes también recalcaron que, al no haberse hecho un adecuado diagnóstico, el tratamiento escogido por el médico tratante tampoco fue el correcto. En otras palabras, la parte impugnante manifestó que en el caso de la paciente no había certeza sobre la necesidad de realizar el procedimiento quirúrgico denominado corrección de fístula recto-vaginal, el cual, y de manera posterior, le produjo a la víctima directa

una evidente pérdida de oportunidad, así como el resto de daños que hoy se le imputan a las entidades pretendidas.

**(iv)** Para los apelantes, el hecho de que la paciente presentase antecedentes complejos, tales como una histerectomía previa y el sufrimiento sistemático de sequedad vaginal, tornaba necesario un tratamiento brindado por un experto en la materia, es decir, hacía menester que la víctima directa fuese tratada por un proctólogo, mas no, por un galeno especialista en ginecológica.

**(v)** En consonancia con lo antes dicho, la parte recurrente señaló que la médica que atendió a la paciente no contaba con la experiencia y los conocimientos requeridos para tratar las patologías que tenía la víctima directa, es decir, reprochó la pericia de dicha médica.

**(vi)** En igual sentido, los demandantes aseveraron que la dehiscencia de la sutura que presentó la víctima directa con posterioridad a la intervención quirúrgica a la que fue sometida, constituyó una complicación que pudo ser prevenida si dicha intervención hubiese sido realizada por un profesional de la salud experto en la materia.

**(vii)** Por último, la parte recurrente reseñó que si bien la víctima directa y su acompañante habían firmado el respectivo consentimiento informado, lo cierto es que el mismo fue insuficiente, bajo el argumento de que en él no se expresaron de manera detallada todos los riesgos que podría conllevar la intervención quirúrgica previamente aludida.

Ahora bien, esclarecidos como se encuentran cada uno de los reproches esgrimidos por la parte apelante, y con fundamento en los

elementos de confirmación que obran en el plenario, se procederá a establecer sí, en efecto, la sentencia de segunda instancia fue proferida con sustento en una inadecuada valoración probatoria y, por tanto, sí en ella se desconoció la existencia de los hechos alegados por la parte actora.

Bajo ese orden de ideas, y en lo que concierne a los tres primeros reparos, la Sala advierte que en la historia clínica expedida por la **Clínica de Urabá S.A.**, obran una serie de registros en los que se plasmó la siguiente información:

En la nota del 29 de marzo de 2010 se establece como motivo de consulta: paciente *“histerectomizada hace 4 años por adenomiosis. Desde entonces con purito vaginal severo, vulvitis a repetición, eritema y edema, fisuración, flujo ocasional postcoital, dispareunia, no flujo fétido, no fiebre. Tiene SX de primenop con adinami astenia algo depresiva y sequedad vaginal además artralgias y parestenia”*. A su vez, se expresó que al momento de hacerse el examen físico pudo encontrarse *“vulva eritematosa y acartonada con micosis además se observa fistula rectovaginal con contaminación fecal de vagina (...)”*. Y, con fundamento en dicho examen, se dio un diagnóstico de *“ otras fistulas de las vías genitourinarias femeninas”* y se trazó como tratamiento a seguir *“tto vaginosis, corrección fistula rectovaginal, lab hormonas”* (fl. 267 del C.1).

Del mismo modo, se observa que en el informe quirúrgico de la cirugía de corrección de fistula recto-vaginal que se le practicó a la paciente el 30 de abril de 2010, se registraron los siguientes hallazgos operatorios: *“ fistula rectovaginal en tercio inferior de vagina, desgarró perineal antiguo grado III”* (fl. 277 del C.1).

La referida cirugía, y según la nota médica hecha el mismo 30 de abril de 2010, se realizó sin complicaciones, pues, al efecto, el personal médico expresó: “*cierre de fistula rectovaginal sin complicaciones*”, “*paciente en el momento estable sin hallazgos patológicos en su examen físico*” (fl. 278 del C.1).

En vista de que la paciente se encontraba en buenas condiciones, fue dada de alta el 1 de mayo de 2010, bajo la siguiente justificación: “*paciente quien tolera la vía oral con adecuada evolución POP por lo que doy de alta*” (fl 282 del C.1).

No obstante, y a los seis días siguientes a la operación, esto es, el 6 de mayo de 2010, la paciente acudió a una consulta, cuyo motivo se expresó de la siguiente manera: “*conocida por corrección de fistula rectovaginal hace 6 días. Ahora dolor intenso y sensación de expulsar materia fecal por vagina, fiebre, poliuria, flujo algo fétido, deposiciones líquidas por bisacolido*”. En dicha ocasión, se indicó como resultado del examen físico lo que a continuación se transcribe: “*eritema y edema de vulva con dehiscencia de algunos puntos internos de la rafia. No encuentro comunicación de recto con vagina. Flujo fétido ajamonado*”. En ese sentido, se ofreció un diagnóstico de “*vaginitis aguda*” y se ordenó como tratamiento “*antibióticos clinda, metronidazol, fitoestimoline. Analgesia*” (fl. 297 del C.1).

Atendiendo a la persistencia del malestar que aquejaba a la paciente, ésta, siendo las 8:18 P.M. del 6 de mayo de 2010, fue hospitalizada hasta el 11 de mayo del mismo año (fls. 299 a 311 del C.1), debido a que presentó “*infección POP + dehiscencia de puntos de sutura*” y una “*fistula vaginal recidiva de fistula*” (fls. 309 y 315 del C.1).

En el transcurso de la mencionada hospitalización, la paciente fue tratada con múltiples antibióticos, antiespasmódicos y analgésicos; y en vista de que la infección pudo ser controlada, el 11 de mayo de 2010 se determinó la necesidad de que continuase su tratamiento de manera ambulatoria, es decir, en casa. De igual manera, y en esa misma fecha, se le advirtió a la accionante que no podía ser intervenida quirúrgicamente de manera inmediata, pues era necesario esperar el proceso de cicatrización y a que se curase de la infección. Así mismo, se le informó que, dadas sus condiciones, no era necesario remitirla a una institución de tercer nivel y, por último, se le prescribió una revisión dentro de 3 meses (fl. 311 y 316 del C.1).

En este punto, es necesario resaltar que en la nota del 11 de mayo de 2010 se indicó de manera literal que *“paciente POP resección de fistula recto-vaginal. Presentó infección en el POP con dehiscencia parcial de los puntos, se observa salida de materia fecal sanguinolenta fecaloide por rafia vaginal pero no se palpa comunicación rectovaginal (...). Paciente muy ansiosa y negativa con su tratamiento, se le explica que la infección y la dehiscencia son complicaciones previsibles en este tipo de cirugías que ya se habían advertido antes, pero ella y la madre se muestran enojadas, poco colaboradoras y sugieren incluso remisión, se les explica que mientras haya infección y la cirugía sea tan reciente no se puede realizar ningún procedimiento QCO ni aquí, ni en Medellín, se le explica además que se completarán 48 horas de tto AB IV para continuar recuperación en casa y que solo hasta que se haya producido una adecuada cicatrización se podrá establecer si se requiere otro procedimiento QCO”* (fl. 316 del C.1).

También, debe resaltarse que no se acreditó que, con posterioridad al 11 de mayo de 2010, la paciente hubiese vuelto a ser atendida por la **Clínica de Urabá S.A.**, aunque sí se demostraron una serie de

atenciones brindadas en el **Hospital Pablo Tobón Uribe** y, más concretamente, se probó que el 28 de junio de 2011 se le realizó a la víctima directa – en dicha institución- los procedimientos denominados “*Dilatación anal + Anoscopia + Fistulectomía + Cierre de fistula rectovaginal + colgajo rectal*”, en aras de tratar la nueva “*fistula única rectovaginal*” que la aquejaba (fl 76 del C.1).

Del contenido de la aludida historia clínica no se evidencia de manera clara la existencia de la culpa alegada en el libelo demandatorio, puesto que, en efecto, hay notas que dan cuenta del acertado diagnóstico que se le brindó a la paciente (en tanto éste fue confirmado con los hallazgos de la respectiva cirugía). La prueba documental referenciada también le permite a esta Sala concluir que a la paciente le fue suministrado un tratamiento para aliviar sus dolencias. Ello, bajo el entendido de que la enfermedad que tenía la actora fue tratada por la especialidad de ginecología, a través de la cirugía correctiva de fístula recto-vaginal; y que las complicaciones que se dieron en el posoperatorio, tales como la dehiscencia de la sutura y la infección, fueron igualmente manejadas durante y después del periodo de hospitalización.

Igual situación se predica de las versiones rendidas por los testigos técnicos traídos por la parte pasiva, señores **Raúl Paredes y Gilberto Arcila** (quienes, en su momento, también vieron a la víctima directa en consulta), pues ellas fueron contestes al señalar lo siguiente:

(i) Indicaron que, en efecto, la paciente padecía de una fístula recto-vaginal.

**(ii)** Adujeron que, en este caso, el diagnóstico de la mencionada patología podía realizarse perfectamente con el examen físico y, por ende, sin que fuese necesario acudir a otro tipo de ayudas diagnósticas. Ello, como quiera que la presencia de materia fecal en la vagina de la víctima directa era evidente, es decir, debido a la claridad del cuadro clínico que aquejaba a la demandante al momento de acudir a la consulta inicial.

**(iii)** Manifestaron que, dadas las características que poseía la accionante, la cirugía de corrección de fístula recto-vaginal era el tratamiento más indicado para tratar la referida enfermedad, la cual, aclararon, fue confirmada con los hallazgos que se registraron al momento de realizarse la intervención quirúrgica.

**(iv)** Reseñaron que, según lo relatado en la historia clínica, la cirugía fue realizada con éxito y que la complicación que se dio de manera posterior a ella, es decir, la dehiscencia de la sutura, es uno de los riesgos más comunes en este tipo de intervenciones; y que su aparición depende de la anatomía y antecedentes clínicos de cada paciente.

**(v)** Aseveraron que con la realización del procedimiento denominado corrección de fístula recto-vaginal no podía garantizarse la cura total de la paciente, teniendo en cuenta que el porcentaje de reaparición o repetición en los casos de fístulas rectovaginales es muy elevado. Ello, aunado al hecho de que la actora tenía antecedentes que no le favorecían, tales como múltiples partos vaginales y un desgarró perineal antiguo.

**(vi)** Por último, los testigos manifestaron que, en atención al grado de complejidad que tenía la fístula recto-vaginal de la víctima directa - era bajo-, no era mandatorio que la cirugía fuese practicada por un proctólogo, pues éste solo debe intervenir en los casos de mayor complejidad

y cuando las fístulas se presentan de manera recidiva. En ese sentido, indicaron que la intervención del proctólogo solo se amerita en aquellos casos en los que hay recidivas y que, por tanto, la intervención inicial puede ser perfectamente realizada por los respectivos ginecólogos, es decir, señalaron que el ginecólogo es el profesional de la salud indicado para tratar el cuadro inicial de la paciente.

Como se advirtió con antelación, de las declaraciones previamente reseñadas, y a diferencia de lo aducido por los recurrentes, esta Judicatura tampoco logra constatar la existencia de la falla médica alegada. Por el contrario, y al igual que la *A quo*, pudo concluir **(i)** que la paciente tuvo un diagnóstico correcto y, por tanto, un tratamiento adecuado; **(ii)** y que los efectos adversos que presentó atendieron a un riesgo inherente a la intervención quirúrgica a la que fue sometida; riesgo éste que, según lo indicado por los testigos previamente referidos, se potencializó con los antecedentes clínicos que tenía la demandante.

En este punto, es menester precisar que, tal y como se expuso en el acápite de consideraciones jurídicas, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, los riesgos inherentes no tienen el carácter de indemnizable, en tanto no están precedidos de un comportamiento culposo y, por ende, *“hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa”*<sup>3</sup>

En el contexto descrito, los tres primeros reproches serán despachados desfavorablemente.

---

<sup>3</sup> Se remite nuevamente a lo dicho por en la sentencia **SC71102017, del 24 de mayo de 2017, radicado No. 05001-31-03-012-2006-00234-01.**

Por otro lado, y frente a los reparos cuarto, quinto y sexto del recurso de alzada, esto es, los atinentes a la falta de pericia de la médico tratante de la accionante, el Despacho observa que la parte actora tampoco allegó elementos de confirmación que diesen cuenta de tal situación. Es mas, debe observarse cómo la demandante reconoce en su escrito de apelación que “ (...) *no sabemos qué conocimiento exactos tiene y ha realizado la señora Marta Palacios en su trayecto laboral (...)*” (fl. 447 del C.1), es decir, admite no tener certeza sobre la idoneidad de la galeno, lo cual resulta, a su vez, contradictorio, de cara al reproche esgrimido, pues, se itera, la apelante parte de la base de que ni ella misma tiene algún tipo de certeza sobre la aludida idoneidad.

Sobre el particular, y contrario a lo argüido por la parte impugnante, es menester recordar que los testigos técnicos antes mencionados, esto es, los médicos **Raúl Paredes y Gilberto Arcila**, fueron claros al señalar que el cuadro inicial de la paciente no requería la intervención de un especialista en proctología, y que, por tanto, podía ser tratado de forma primigenia a través de la especialidad de ginecología. Ello, en atención al bajo grado de complejidad de la fístula recto-vaginal que tenía la accionante al momento de hacer su primer consulta.

Desde ese contexto, y al no acreditarse en debida forma la falta de experticia de la **Dra. Marta Palacios** para tratar las patologías que aquejaron a la paciente, se rechazarán los reproches relacionados con este aspecto.

Ahora, con relación a los anteriores ítems, esta Sala encuentra necesario enfatizar en que el error médico alegado en la demanda no fue debidamente sustentado, pues no bastaba con afirmar que la atención

médica brindada fue indebida, sino que debía sustentarse **jurídica y científicamente** el por qué ella fue negligente y, sobre todo, debía probarse las repercusiones ciertas de la falta de idoneidad de la referida atención. En otras palabras, de las solas afirmaciones de la parte demandante no puede colegirse de forma indubitable una negligencia o impericia en la prestación del servicio, máxime cuando no existe un mínimo de prueba médica que dé cuenta de ello, **en tanto no se aportó ningún dictamen pericial, ni los protocolos médicos presuntamente infringidos. La parte actora tampoco se aseguró de que los testigos que había solicitado como prueba compareciesen a la respectiva audiencia.**

Se reitera que en el caso concreto no fue aportada prueba referente a la existencia y trascendencia de la hipotética falta de idoneidad de la atención médica, sino que sólo se aseguró una atención médica indebida, lo cual es insuficiente para dar por demostrada la responsabilidad reclamada. Igualmente, no se demostró cómo esa presunta indebida atención repercutió médicamente en la salud de la víctima directa, ni la forma en la que supuestamente ello condujo a las patologías que posteriormente causaron la totalidad de los problemas ginecológicos de aquella. Estos cuestionamientos no fueron respondidos por la parte actora, ya que, se itera, no existe una prueba férrea en tal sentido; **todo parte de sus aseveraciones y perspectiva del caso.**

Incluso, si hipotéticamente se planteara una pérdida de oportunidad **-que no fue propuesta desde la demandada, en donde debía haberse esgrimido, pero sí en el recurso de apelación (en el que ya no había lugar)-**, ha de indicarse que en el *sub lite* no se acreditaron los presupuestos requeridos para la configuración de la misma, los cuales fueron

trazados en la sentencia **SC10261-2014, Ref: Expediente No 11001 31 03 003 1998 07770 01, M.P. Margarita Cabello Blanco**, de la siguiente manera:

*“(i) Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba”.*

En otras palabras, esta Sala constata que en el asunto específico no se demostró la certeza respecto a una legítima oportunidad, ni se acreditó que la situación de la paciente fuese apta para obtener el resultado esperado, **en caso de que la atención médica se hubiese dado bajo las circunstancias argumentadas por la parte demandante**, máxime, si se tiene presente que, tal y como lo confesó la accionante en el interrogatorio de parte, ésta no ha podido remediar de manera total su patología, pese a la

segunda cirugía de corrección de fístula recto-vaginal que le fue practicada en el **Hospital Pablo Tobón Uribe**, a través de la especialidad de proctología.

En consecuencia, y con sustento en lo expuesto, se ratifica la improcedencia de endilgar responsabilidad civil a la parte pasiva.

Por último, y con relación al reparo relativo la ausencia de consentimiento informado, se verifica que, en efecto, y tal y como lo advirtió la Juez de primera instancia, en el expediente obra prueba del asentimiento que la señora **Alexandra Muñoz Arias** – en su condición de paciente- y su hija **Carolina Muñoz Arias** -en calidad de acompañante-, expresaron frente a la realización del procedimiento médico aquí reprochado.

Sobre el particular, el formulario que milita a folios 275-276 del cuaderno principal, evidencia claramente la información que de manera escrita le fue suministrada a la paciente sobre los riesgos que podía conllevar la intervención quirúrgica a la que fue sometida, así como la firma de ésta y de su acompañante. En este aspecto, debe resaltarse que tanto **Alexandra Muñoz Arias**, como **Carolina Muñoz Arias**, en el interrogatorio de parte que les fue efectuado al interior del este procedimiento, fueron contestes al reconocer a las referidas rubricas como suyas.

Adicionalmente, en vista de que las quejas elevadas por la parte apelante se han circunscrito a la deficiencia que -según su criterio- presenta el aludido consentimiento, esta Sala debe precisarle a dicha parte que no comparte los argumentos expuestos por ella, teniendo cuenta lo siguiente:

(i) Si bien en el aludido formulario no se consignaron de manera expresa los padecimientos que de forma posterior a la intervención quirúrgica aquejaron a la víctima directa y más concretamente, no se mencionó la salida

de materia fecal y flatos por la vagina, lo cierto es que en él sí se indicó que la paciente podría sufrir “(...) *reacciones alérgicas, sangrado, formación de coágulos, efectos secundarios a medicamentos, infecciones (...)*”; e incluso, se informó que podía perder la “(...) *la función de un órgano o la vida (...)*” . En igual sentido, se constata que en el mencionado formato se estableció diáfananamente que “ (...) *También comprendo riesgos particulares asociados con el (los) procedimientos (s) para mí y que estos riesgos incluyen, pero no están limitados a aquellos enumerados en el documento anexo (...)*” “(...) *Estoy consciente de que en la práctica de la medicina pueden ocurrir otros riesgos o complicaciones no prevenibles. También entiendo que durante el curso del (de los) procedimientos (s) propuestos (s) pueden aparecer condiciones no previsibles, requiriendo la realización de procedimientos adicionales, y autorizo la realización de los mismos. Acepto que la medicina es una ciencia inexacta y que no se han hecho garantías o promesas concernientes a los resultados de cualquier procedimiento o tratamiento (...)*” (fls. 275-276 del C.1). De ahí que no asista la razón al apelante cuando aduce que a la víctima directa no se le puso de presente la gravedad de las posibles consecuencias adversas, máxime, si se tiene presente que, de lo anotado, puede inferirse que la paciente estuvo de acuerdo con el acaecimiento de un riesgo mayor al que realmente presentó, esto es, manifestó su conformidad con la muerte y la pérdida de la función de un órgano.

En este punto, y como quiera que en el interrogatorio de parte que rindieron las señoras **Alexandra Muñoz Arias** y su hija **Carolina Muñoz Arias**, éstas confesaron -so pretexto de la premura de la cirugía-, no haber leído el contenido del respectivo consentimiento informado, ha de señalarse que tal situación, en modo alguno, puede justificar la conducta de tales personas y, por ende, puede validar el amparo de derechos que se ha solicitado con la presente demanda, toda vez que ello se torna inaceptable a

la luz del principio que enseña que “**nadie puede ser oído, invocando su propia torpeza**”

En otras palabras, y en virtud del principio ‘*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*’ (cuya aplicación es aceptada en el ordenamiento jurídico colombiano, según se ha explicado en las sentencias **C-083 del 1 de marzo de 1995** y **T-122 de 2017**, proferidas por la Corte Constitucional), esta Sala concluye que la negligencia en la que incurrieron las demandantes a la hora de informarse sobre los riesgos o efectos adversos que podría traer consigo la cirugía de corrección de fístula recto-vaginal, no puede servir como un argumento que valide o justifique la insuficiencia o inexistencia de tal información, mas aun, cuando – se itera- hay una prueba documental que da cuenta de la existencia y suficiencia del mencionado consentimiento; y que, por tanto, desvirtúa los dichos de la parte actora sobre este tópico.

(ii) Bajo la misma línea argumentativa, y de cara a la insuficiencia alegada, también debe precisarse que la parte actora tampoco demostró que el caso de la víctima directa ameritase un **consentimiento informado cualificado**, en la medida en que no acreditó que la cirugía a la que fue sometida era demasiado invasiva o experimental. Tampoco comprobó una situación que limitase la capacidad de consentimiento de la víctima directa, motivo por el cual esta Sala corrobora con mayor razón la improcedencia de los reparos formulados por el impugnante frente a este tópico.

**8.** Como conclusión del análisis precedente y en respuesta al problema jurídico planteado, se impone la confirmación del fallo de primer grado que aquí se revisa por vía de apelación, porque como fue explicado, ninguna de las inconformidades y recriminaciones formuladas por los recurrentes tiene la virtud de derrumbar las presunciones de legalidad y

acierto que amparan la sentencia, ni permiten que se excluya del ordenamiento jurídico; por el contrario, y aunque por algunas razones adicionales a las que expuso la *A quo*, debe compartirse la decisión recurrida.

**9. Costas.** Se condenará en costas a la parte demandante.

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,

**FALLA:**

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

**SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte demandante, conforme al numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

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

El proyecto fue discutido y aprobado, según consta en acta N° 190 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE**  
**Los Magistrados**

**OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

**DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN**

**WILMAR JOSÉ 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: **332a4bda4dae8a692721d2adce458f5bf7c84bfa7f95c5d2920ae2990830411a**

Documento generado en 19/05/2023 03:47:49 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, diecinueve de mayo de dos mil veintitrés

Proceso	: Unión Marital de Hecho
Asunto	: Apelación de sentencia
Ponente	: <b>WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA</b>
Sentencia	: 017
Demandante	: Carmen Rosa Franco Ruíz
Demandado	: Herederos de Jesús María Saldarriaga Restrepo
Interviniente	: Olga Lucia Gil Cataño
Radicado	: 05890318400120180003201
Consecutivo Sría.	: 857-2020
Radicado Interno	: 213-2020

#### ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Carmen Rosa Franco Ruíz frente a la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Yolombó en el proceso declarativo de Existencia de Unión Marital de Hecho, Sociedad Patrimonial y Disolución, instaurado por la apelante contra los herederos de Jesús María Saldarriaga Restrepo, acción en la cual intervino Olga Lucia Gil Cataño en calidad de tercera *ad excludendum*.

#### LAS PRETENSIONES

Se formularon las siguientes:

**“PRIMERA:** Se sirva declarar la EXISTENCIA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO, SU CONSECUENTE DISOLUCIÓN Y LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES, SE DECLARE LA DISOLUCIÓN Y SE ORDENE SU LIQUIDACIÓN CORRESPONDIENTE conformada entre los señores, JESÚS MARÍA SALDARRIAGA RESTREPO, quien en vida se identificaba con Cédula de Ciudadanía No. 8.243.764 y CARMEN ROSA FRANCO RUÍZ quien se identifica con Cédula de Ciudadanía No. 39.326.874, la cual se formó desde el 31 de

*diciembre del año 2011 hasta el día 30 de diciembre de 2017, fecha en la cual falleció el señor JESÚS MARÍA SALDARRIAGA RESTREPO...*

**“SEGUNDA:** *En caso de oposición, solicito sean condenados al pago de las costas del Proceso incluyendo las Agencias en Derecho”*  
(Archivo 005, págs. 3 a 4).

## **ANTECEDENTES**

Expuso los siguientes:

1. Carmen Rosa Franco Ruíz convivió con Jesús María Saldarriaga Restrepo de manera permanente, singular y pública desde mayo de 2005; contrajeron matrimonio civil el 17 de agosto de 2007, vínculo el cual se disolvió por divorcio el 5 de diciembre de 2011, comenzando a convivir nuevamente el 31 de diciembre de ese año hasta el 30 de diciembre de 2017, cuando falleció Saldarriaga Restrepo.

2. Durante los indicados períodos no convivieron con otras personas, y siempre cohabitaron en Yalí, Antioquia.

3. La relación tuvo como fin vivir juntos como marido y mujer, ayudándose mutuamente.

4. Durante la unión no se procrearon ni adoptaron hijos.

5. La accionante contribuyó con el cuidado y el manejo de la casa en donde compartió techo, lecho y mesa con Jesús María Saldarriaga Restrepo, preparando la comida, arreglando la ropa de ambos y llevando a cabo las tareas propias del hogar. Por su parte, Jesús María proveyó alimentos y se hizo cargo del pago de los servicios públicos.

6. La unión acaecida entre la gestora y Saldarriaga Restrepo tuvo como objeto formar una sociedad patrimonial, que surgió como consecuencia del apoyo que se prodigaron ambos compañeros y de su esfuerzo mutuo, la cual se presume, además, por el tiempo de convivencia relatado.

7. La actora no suscribió capitulaciones maritales con Jesús María Saldarriaga Restrepo.

8. Saldarriaga Restrepo para el momento de su fallecimiento era pensionado de las Empresas Públicas de Medellín.

9. Durante la convivencia nunca acaecieron separaciones; por el contrario, los compañeros convivieron siempre de manera armónica.

10. La petente no ha iniciado el proceso de sucesión de Jesús María Saldarriaga Restrepo, habida cuenta que requiere acreditar su calidad de compañera permanente.

11. Saldarriaga Restrepo no tuvo hijos y se desconoce el paradero de los padres de éste y de su único hermano Carlos Saldarriaga Restrepo.

## TRÁMITE Y RÉPLICA

1. En proveído de 1° de junio de 2018, el Juzgado Promiscuo de Familia de Yolombó admitió la demanda y ordenó la notificación al extremo pasivo, mediante emplazamiento.

2. Por la Secretaría de la citada sede judicial se procedió con la inserción de la publicación ordenada, en el registro único de personas emplazadas el 6 de junio de 2018<sup>1</sup>.

3. Vencido el término del aludido llamamiento, mediante auto de 6 de agosto de 2018, la juzgadora de primer grado designó curador *ad litem* a los demandados, quien aceptó el cargo y se notificó personalmente de la demanda el 5 de septiembre de 2018<sup>2</sup>.

4. Por conducto del citado vocero judicial el extremo procesal emplazado asumió las siguientes conductas:

4.1 Frente a los hechos se pronunció, así:

- La comunidad de vida permanente a que refiere la actora desde el 2005 es un hecho a probar.

- El matrimonio acaecido entre la gestora y Jesús María Saldarriaga Restrepo se presume, comoquiera que con el escrito de la demanda se aportó copia de la sentencia que decretó la disolución de dicho acto por divorcio, separación la cual se demostró haber ocurrido en la fecha referida por activa, con la referida providencia.

- La actora deberá acreditar que no se ha liquidado la sociedad conyugal surgida del connubio anotado supra.

- Los demás hechos deberá probarlos la gestora.

4.2 Frente a las pretensiones dijo no oponerse en la medida en que sean demostrados los supuestos fácticos en que se fundamentan.

---

<sup>1</sup> Archivo 18 expediente digital.

<sup>2</sup> Archivo 21 ídem.

5. A su turno, Olga Lucia Gil Cataño, a través de apoderado judicial, el 7 de septiembre de 2018 radicó solicitud con idénticas pretensiones, rotulada como **intervención ad excludendum**.

Con el citado escrito describió los siguientes hechos:

- Olga Lucia Gil Cataño y Jesús María Saldarriaga Restrepo tuvieron una comunidad de vida permanente y singular desde mediados de 2010 hasta la fecha en que falleció este último.

- En diciembre de 2017, Jesús María Saldarriaga Restrepo enfermó, razón por la cual fue necesario trasladarlo de urgencia de Yalí a Medellín, muriendo el 30 de diciembre de esa anualidad.

- Su relación con Saldarriaga Restrepo perduró por más de 7 años continuos, y el domicilio principal de la pareja fue en Girardota, en la vereda Portachuelo, alternando éste con la casa de Jesús María en Bello.

- De la citada convivencia no se procrearon hijos ni tampoco se suscribieron capitulaciones maritales; no se sabe la ubicación de alguna persona que en calidad de heredero de Jesús María Saldarriaga Restrepo pudiese estar interesada en estas diligencias.

6. Gloria Cecilia Saldarriaga Restrepo, sobrina de Jesús María Saldarriaga Restrepo, mediante apoderada judicial se notificó personalmente de la demanda el 19 de diciembre de 2018<sup>3</sup>.

Respecto a los fundamentos de la acción indicó que:

- Del matrimonio contraído por la gestora con Jesús María Saldarriaga Restrepo y de su divorcio no cabe duda, ya que reposa en el expediente prueba documental que así lo prueba.

- También es cierto que Jesús María no tuvo hijos.

- Puso en tela de juicio la comunidad de vida que alegó haber sostenido la demandante con el finado Jesús María luego de haberse éstos divorciado.

- De admitirse lo anterior, dijo, la intervención ad excludendum da al traste con la singularidad que se predica de la referida unión, comoquiera que dicho extremo procesal alegó, a su vez, haber convivido con Jesús María desde 2010 a la fecha del deceso de éste; agregó la demandada que su tío no era un hombre de una sola mujer.

---

<sup>3</sup> Archivo 26 ib.

- Contrario a como se afirmó con la demanda, la relación que sostuvo la actora con Jesús María Saldarriaga Restrepo con posterioridad a su matrimonio fue de novios y no una convivencia, ya que éste vivía sólo.

- No es cierto que Jesús María Saldarriaga Restrepo hubiese vivido en Yolombó o Yalí, localidades las cuales frecuentaba, ya que su domicilio principal era Bello, en donde habitaba; se desconoce de quién es la casa localizada en Yalí, y si el finado aportaba a la manutención de dicho hogar.

- No surgió la sociedad patrimonial aludida con el escrito de la demanda, toda vez que de la intervención ad excludendum se advierte que existe otra persona reclamando idénticos efectos respecto de los mismos tiempos.

- En lo que respecta a las capitulaciones matrimoniales, se trata de una afirmación que en últimas no tendría efecto, habida cuenta que entre la petente y Jesús María Saldarriaga Restrepo no surgió sociedad patrimonial; puntualizó que la sociedad conyugal ilíquida entre los pretensos compañeros estaba en ceros, ya que el único inmueble del cual era titular Jesús María lo adquirió mediante compra en el año 1987 y, por tanto, es un bien propio, y no obstante la demandante se apropió de éste de manera irregular, con posterioridad al fallecimiento de Jesús María y, en la actualidad, se encuentra percibiendo los frutos que produce.

- No es cierto que la demandante principal ni la ad excludendum hubiesen sostenido con Jesús María Saldarriaga Restrepo unión marital de hecho alguna, comoquiera que aquello que verdaderamente pretenden es la pensión de éste, y privar del derecho que legítimamente les corresponde a sus sobrinos en el inmueble que se persigue; lo anterior, ya que de haber sido la intención de finado convivir con alguna de las demandantes, no se hubiese divorciado de ninguna de ellas, lo cual denota la mala fe de las actoras.

- Jesús María Saldarriaga Restrepo vivió sólo en el municipio de Bello; Carmen Rosa Franco Ruíz ocasionalmente lo visitaba, debido a la relación de noviazgo que sostuvieron luego de divorciados; de vez en cuando hacía el aseo en la casa de su tío, precisamente porque vivía sólo, labores que no cumplía la actora.

- Se desconoce si se ha iniciado proceso de sucesión de Jesús María Saldarriaga Restrepo toda vez que ni Yalí ni Yolombo eran sus domicilios.

6. Cumplido el trámite procesal y agotadas las etapas correspondientes, en audiencia del 25 de febrero de 2020 se profirió sentencia que le puso fin a la primera instancia, en la que la Juez Promiscuo de Familia de Yolombó resolvió:

*“PRIMERO: DESESTIMAR las pretensiones reclamadas en las demandas presentadas por CARMEN ROSA FRANCO RUÍZ, al igual que OLGA LUCÍA GIL*

*CATAÑO (interviniente), en contra de los herederos determinados del finado JESÚS MARÍA SALDARRIAGA RESTREPO, y personas indeterminadas en la demanda y, de intervención excluyente de declaratoria de unión marital de hecho.*

*“SEGUNDO: En cuanto al llamamiento de oficio, intervención de la señora GLORIA CECILIA SALDARRIAGA ACEVEDO, no habrá pronunciamiento, todo por cuanto esta decisión versa sobre la declaratoria de unión marital de hecho, que deja avante su pretensión.*

*“TERCERO: CONDENAR al pago de costas, a las partes vencidas CARMEN ROSA FRANCO RUÍZ y OLGA LUCÍA GIL CATAÑO.*

*“CUARTO: Lo aquí resuelto queda notificado por ESTRADOS, se da el uso de la palabra a los apoderados, para que presenten recursos si a bien lo tienen o, soliciten aclaraciones”.*

## **FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMER GRADO**

La *a-quo*, en síntesis, razonó:

- En relación a la comunidad de vida, si bien la misma se predica de los hechos acaecidos entre la pareja, sin que el desconocimiento de terceros conlleve *per se* su inexistencia, lo cierto es que las declaraciones vertidas en juicio dieron cuenta precisamente de lo contrario, esto es, la inexistencia de planes de vida compartidos, así como la ausencia de propósitos sociales y familiares, de los cuales se hubiese podido predicar dicha comunidad entre Jesús María Saldarriaga Restrepo y las actoras.

- Con todo, el pedido de ambas demandantes arrebató de por sí la singularidad necesaria para que respecto de cualquiera de ellas se hubiese declarado la unión marital que ruegan.

- Con la prueba documental que aportó Carmen Rosa Franco Ruíz, poco o nada probó, habida cuenta que la vinculación a la seguridad social a que refieren dichos medios como beneficiaria del pretense compañero datan de 2007, fecha para la cual estuvieron casados; las declaraciones extra juicio fueron claramente controvertidas por las afirmaciones de los declarantes y el certificado de libertad y tradición adosado sólo demuestra una propiedad a nombre del de cujus.

- Idéntica suerte respecto de la documentación que trajo en su oportunidad Olga Lucía Gil Cataño, ya que las fotos que arrimó no revelan fechas especiales ni demostraciones de cariño que supongan algo más que una amistad.

- Analizadas las declaraciones rendidas, se colige que las actoras no compartieron su cotidianidad con Jesús María Saldarriaga Restrepo, y que sus esporádicos encuentros se daban en lugares distintos, ya que no tenían un lugar definido para dicho propósito; las ponencias echan de menos demostraciones

públicas de cariño, ayuda mutua, participación en eventos familiares y sociales; por el contrario, dieron cuenta de simples encuentros ocasionales que sostenía el finado con ambas gestoras.

- Las declaraciones rendidas por parte de los testigos se caracterizaron por su incoherencia, lo que indudablemente les restó la credibilidad que merecían.

- Entre las actoras y Jesús María Saldarriaga Restrepo no existió proyecto de vida definido, sumado a que los hechos relatan una pluralidad de vínculos alternados, propios de una relación de amistad y, en consecuencia, los elementos de comunidad de vida, permanencia y singularidad se encuentran desacreditados, de manera que no hay lugar a estimar lo suplicado.

## **EL RECURSO DE APELACIÓN**

Lo interpuso la demandante Carmen Rosa Franco Ruíz, quien como sustento de su inconformidad expuso lo siguiente:

- Competencia por el factor territorial: Contrario a lo señalado por la interviniente y la demandada determinada, la competencia para estos asuntos viene dada no sólo por el domicilio de la parte demandada sino, además, por la vecindad común anterior de los pretensos compañeros, siempre y cuando la accionante lo conserve, siendo para este caso que Carmen Rosa Franco Ruíz aún mantiene su morada en Yalí, Antioquia.

- Composición del litigio: El escrito de la demanda que se instauró en favor de Carmen Rosa Franco Ruíz se elaboró con la información que ella brindó a quien la ha representado judicialmente a lo largo de la litis, de la cual nunca se concluyó que Jesús María Saldarriaga Restrepo tuviese sobrinos, y menos que la actora conociera de su existencia, de tal suerte que fuera necesario citarlos al proceso por pasiva.

- Indebida valoración de la prueba: Para adoptar la determinación censurada, la juzgadora de primer grado tuvo en cuenta la copia de una la historia clínica emitida por el hospital de Yalí, que fue aportada por la interviniente ad excludendum en el interrogatorio que rindió, sin que para el momento de su incorporación se le hubiese corrido traslado de dicho documento a las demás partes, el cual, por lo demás, tiene reserva, y no se sabe a la fecha cómo lo consiguió la aportante.

Sumado a esto, la *a-quo* excluyó la prueba documental aportada por Carmen Rosa Franco Ruíz y que milita a folios 81 a 116 del expediente, pese a que mediante solicitudes de 12 de octubre de 2018 y de 1° de abril de 2019 se le puso de presente las razones por las cuales resultó imposible acompañar a la demanda con dicha documentación. Desconoció con esto la juzgadora de primera

instancia las directrices impartidas por la Corte Constitucional, órgano jurisdiccional que ha insistido en el deber de juez adoptar las medidas necesarias con el fin de dar con la verdad material respecto de los asuntos que le competen, siendo algunas de estas la distribución o carga dinámica de la prueba o decretando pruebas de oficio.

Adicionalmente, de las declaraciones vertidas en juicio advirtió que María del Socorro Valencia Manrique y Adriana Astrid Osorio son testigos de oídas, sus afirmaciones se deben a lo que les contó la interviniente ad excludendum; Daniel Fernando Goez, por su parte, fue un testigo al parecer preparado por la interviniente y su declaración es dudosa.

Así mismo, el testigo Roberto Betancur Cano en su ponencia favoreció a la apelante, ya que afirmó que ésta efectivamente convivió con el de cujus en Yalí, donde los visitó; que Jesús María Saldarriaga Restrepo le presentó a Carmen como su prima, con quien sostenía una relación una sentimental, y que ésta asistió al funeral.

El declarante Jesús Hernando Zea aseveró que Jesús María Saldarriaga Restrepo convivió con la tercera ad excludendum pero solo por unos días; que Carmen Rosa Franco Ruíz asistía frecuentemente a la casa del finado, y que éste iba en repetidas ocasiones a Yalí. Indicó, igualmente, que la casa de Niquía está en poder de Carmen Rosa Franco Ruíz, quien quedó con las llaves por voluntad de Jesús María.

Gloria Saldarriaga, sobrina de Jesús María Saldarriaga Restrepo y por tanto con interés en el resultado del proceso, manifestó que Olga Lucía Gil Cataño no convivió con el causante, y que en fechas especiales vio a éste con Carmen Rosa Franco Ruíz.

Reinaldo de Jesús Ospina y Rubiela de Carmen Sierra, testigos de la apelante, dejaron de presente en sus declaraciones que Carmen Rosa Franco Ruíz y de Jesús María Saldarriaga Restrepo convivieron juntos por espacio de cinco a seis años, tanto en Yalí como en Niquía; que acudían juntos a reuniones especiales. Apuntaron que nunca vieron a Jesús María Saldarriaga Restrepo con otra persona distinta a Carmen Rosa.

Ultimó la apelante, que no comparte que uno de los motivos por los cuales le fueron negadas las pretensiones, consistió en que en sus declaraciones, Carmen Rosa Franco Ruíz se refirió a Jesús María Saldarriaga Restrepo como “*Don Jesús*”, cuando esa situación se debe a intimidad y trato de cada pareja, sin que ello implique que no existió la convivencia alegada.

- De la cohabitación: Se dolió el apelante de la exigencia hecha por el *a-quo*, consistente en que le era necesario demostrar que Carmen Rosa Franco Ruíz

y Jesús María Saldarriaga Restrepo sostuvieron una convivencia permanente cohabitando bajo el mismo techo, y compartiendo lecho y mesa; que dicha convivencia hubiese sido pública, demostrándose, además, proyectos de vida, situación con la cual se desconoce nuevamente el precedente según el cual, para este propósito no es imperiosamente necesario demostrar que la pareja convive bajo el mismo techo ni que sostiene relaciones sexuales.

- Corrido el traslado para sustentar, la apelante lo hizo con base en los mismos reparos expuestos ante la juzgadora de primer grado.

6. De la sustentación se corrió traslado a la parte demandada, quien guardó silencio, comoquiera que la apoderada que en ese sentido intervino, carece de derecho de postulación.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Nulidades y presupuestos procesales**

Los presupuestos procesales están reunidos en este caso, y no se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta la presente etapa, de manera que se puede efectuar el examen del asunto litigioso para decidirlo de fondo. Adicionalmente, preciso es señalar que la convocatoria para todas las personas que pudieran tener interés en este asunto, se garantizó en debida forma con el emplazamiento de todos los herederos de Jesús María Saldarriaga Restrepo, la posterior notificación del curador *ad-litem* y el ejercicio del derecho de contradicción por este último.

### **2. Competencia del superior en sede de apelación**

Se advierte que la competencia de la Sala se encuentra restringida, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, a los reparos concretos expresados oportunamente por la demandante, Carmen Rosa Franco Ruíz, recurrente en apelación, los cuales fueron sustentados en la oportunidad establecida por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

### **3. El asunto debatido**

#### **3.1 Marco decisorio de la apelación**

Nada se discurrirá en torno a la demanda de la “*tercera ad excludendum*”, pues, los razonamientos que sobre el particular hizo la juzgadora de primera instancia y lo que al final se resolvió sobre ella, no fue impugnado por la interesada, con lo que el marco de competencia de esta Corporación irá, únicamente, con el examen de los reparos y sustentación realizados en cuanto tiene que ver con el libelo de Carmen Rosa Franco Ruíz.

Así las cosas, es necesario establecer, a partir de lo fallado por el juzgado de primera instancia y de los reparos presentados por la impugnante sí, en efecto, habría lugar acoger las súplicas de la demandante Carmen Rosa Franco Ruíz relativas a declarar la existencia de una unión marital de hecho y la consecuente sociedad patrimonial con Jesús María Saldarriaga Restrepo, para un período posterior al del divorcio del matrimonio que ligó a esa pareja. Así mismo, convendrá establecer si las cuestiones de orden adjetiva que se esgrimen en la alzada tienen alguna incidencia en lo resuelto por la juez *a-quo*, o si es oportuno o tempestivo acometerlas en este escenario, atendiendo el principio de la preclusión o eventualidad, tan caro en la organización y desarrollo de cualquier proceso jurisdiccional.

Previo a abordar el análisis de dichos cuestionamientos, es necesario traer a colación las siguientes consideraciones sobre los elementos constitutivos de la unión marital de hecho, sus efectos, y los medios de prueba que conducen a tal fin.

**3.2 Unión marital de hecho.** Es pertinente precisar que antes de la Constitución Política de 1991 la familia natural no gozaba de una amplia protección del Estado, tanto es así, que la Corte Suprema de Justicia en su afán por amparar las relaciones concubinarias, por vía jurisprudencial, les aplicó por interpretación la normativa del Código Civil referente a las sociedades de hecho. Así pues, ante la premura por regular la realidad social de los vínculos naturales, se expidió la Ley 54 de 1990, que en su artículo primero literalmente dispone: *“A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.*

*Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.”*

Por su parte el canon 2 de la misma normativa, modificado por la Ley 975 de 2005, le confiere efectos económicos al consagrar que *“Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes...”* cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años sin impedimento legal para contraer matrimonio, o de haberlo por uno o ambos de sus miembros, estos, hayan disuelto las sociedades de gananciales a título universal previas a la sociedad patrimonial.

El artículo 8° de la Ley 54 de 1990, señala *“Las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros.*

*Parágrafo: La prescripción de que habla este artículo se interrumpirá con la presentación de la demanda.”*

Ahora, los requisitos fundamentales de la unión marital de hecho, que son, la voluntad responsable de conformar una comunidad de vida de manera permanente y singular, bajo una duración mínima de dos años, son hechos positivos y concretos; por lo mismo, quien los afirme dentro de un proceso, como supuesto fáctico en el cual funda la pretensión declarativa de la existencia de la unión marital de hecho con el efecto de reconocimiento de los efectos civiles previstos en esas normas, queda gravado con el *onus probandi* de tales fundamentos de hecho; pues, así está previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso. De manera que, la presunción de existencia de tal figura jurídica no se satisface con la simple afirmación de haber convivido en forma permanente y singular por el tiempo determinado; es necesario, probar los hechos contenidos en tales afirmaciones.

Con relación a los requisitos constitutivos de la unión marital de hecho, la máxima autoridad de la jurisdicción civil se pronunció así:

a.-) *Una comunidad de vida, que no es otra cosa que la concatenación de actos emanados de la voluntad libre y espontánea de los compañeros permanentes, con el fin de aunar esfuerzos en pos de un bienestar común. No depende por lo tanto de una manifestación expresa o el cumplimiento de algún formalismo o ritual preestablecido, sino de la uniformidad en el proceder de la pareja que responde a principios básicos del comportamiento humano, e ineludiblemente conducen a predicar que actúan a la par como si fueran uno solo, que coinciden en sus metas y en lo que quieren hacia el futuro, brindándose soporte y ayuda recíprocos. La misma presupone la conciencia de que forman un núcleo familiar, exteriorizado en la convivencia y la participación en todos los aspectos esenciales de su existencia, dispensándose afecto y socorro, guardándose mutuo respeto, propendiendo por el crecimiento personal, social y profesional del otro. Conlleva también obligaciones de tipo alimentario y de atención sexual recíproca. Las decisiones comunes también se refieren a la determinación de si desean o no tener hijos entre ellos, e incluso acoger los ajenos, fijando de consuno las reglas para su crianza, educación y cuidado personal, naturalmente con las limitaciones, restricciones y prohibiciones del ordenamiento jurídico. La Sala ha destacado que “en lo que hace a la referida ‘voluntad responsable’, en el supuesto de no ser expresa, que no necesariamente requiere de esta forma, ella debe forzosamente inferirse con claridad suficiente de los hechos, de modo que pueda colegirse que la unión de los compañeros en la también ya varias veces mencionada ‘comunidad de vida’ significó para cada uno de ellos, que con ese proceder dieron comienzo a la familia querida por ambos; que a partir de ese momento, dispusieron sus vidas para compartir todos los aspectos fundamentales de su existencia con el otro; y que, desde entonces, procuraron la satisfacción de sus necesidades primordiales en el interior de la pareja de que formaban parte (...) En contraste, será de los hechos que también pueda inferirse que no existió en alguno de los presuntos compañeros, o en ambos, el elemento volitivo de que se viene tratando, lo que acontecerá cuando las circunstancias fácticas contradigan abierta y nitidamente la indicada intención, como cuando de ellas se desprenda que la unión no tuvo por fin constituir una familia, o que no fue el propósito de uno de los partícipes, o de los dos, compartir con el otro todos los aspectos fundamentales de la vida, o, incluso, convivir exclusivamente con él (...) En suma, los comportamientos que, conforme los hechos, desvirtúen la genuina voluntad de los compañeros de conformar una*

'familia', en palabras de la Constitución Política, o de constituir una 'comunidad de vida singular y permanente', en términos de la ley, impiden, per se, el surgimiento de la figura que se viene analizando" (sentencia de 12 de diciembre de 2012, exp. 2003-01261-01). (Subraya para resaltar). b.-) La singularidad, en virtud de la cual no hay campo para compromisos alternos de los compañeros permanentes con terceras personas, toda vez que se requiere una dedicación exclusiva al hogar que se conforma por los hechos, ya que la pluralidad desvirtúa el concepto de unidad familiar que presuponen esta clase de vínculos. Además, con este requisito se pretende evitar la simultaneidad entre sociedades conyugales y de hecho, o varias de estas, no sólo por razones de moralidad sino también para prevenir una fuente inacabable de pleitos, según lo expuesto en la ponencia para el primer debate de la citada Ley 54 de 1990. No obstante, tal restricción no puede confundirse con el incumplimiento al deber de fidelidad mutuo que le es inmanente al acuerdo libre y espontáneo de compartir techo y lecho, toda vez que la debilidad de uno de ellos al incurrir en conductas extraordinarias que puedan ocasionar afrenta a la lealtad exigida respecto de su compañero de vida no tiene los alcances de finiquitar lo que ampara la ley. En otras palabras, no se permite la multiplicidad de uniones maritales, ni mucho menos la coexistencia de una sola con un vínculo matrimonial en el que no estén separados de cuerpos los cónyuges. Sin embargo, cuando hay claridad sobre la presencia de un nexo doméstico de hecho, los simples actos de infidelidad no logran desvirtuarlo, ni se constituyen en causal de disolución del mismo, que sólo se da con la separación efectiva, pues, como toda relación de pareja no le es ajeno el perdón y la reconciliación. La Corte en punto del comentado elemento anotó que "la expresión singular, en defecto de una precisión legislativa en la génesis o formación de la Ley 54 de 1990, como así quedó registrado en las citas efectuadas debe entenderse, acudiendo al uso común de la palabra (art. 28 C.C.), y, tal cual lo resaltó la Corte, deviene indicativa de una sola relación; es decir, la realidad de la unión marital de hecho entre compañeros puede pregonarse siempre y cuando no concurra, por los mismos períodos, otra de similar naturaleza y características, entendiendo como tal la simultaneidad de ataduras, permanente y simple; eventualidad que, según las circunstancias, comportaría la destrucción de cualquiera de ellas ó de ambas, impidiendo, subsecuentemente, el nacimiento de un nexo de ese linaje" (sentencia de 18 de diciembre de 2012, exp. 2007-00313-01). Lo que complementa la advertencia de la Sala en el sentido de que "una vez establecida una unión marital de hecho, la singularidad que le es propia no se destruye por el hecho de que un compañero le sea infiel al otro, pues lo cierto es que aquella, además de las otras circunstancias previstas en la ley, cuyo examen no viene al caso, sólo se disuelve con la separación física y definitiva de los compañeros; por supuesto que como en ella no media un vínculo jurídico de carácter solemne que haya que romper mediante un acto de la misma índole, su disolución por esa causa no requiera declaración judicial. Basta, entonces, que uno de los compañeros, o ambos, decidan darla por terminada, pero, claro está, mediante un acto que así lo exteriorice de manera inequívoca. Trátase, entonces, de una indeleble impronta que la facticidad que caracteriza el surgimiento y existencia de esa especie de relaciones les acuña" (sentencia de casación de 5 de septiembre de 2005, exp. 1999-00150-01). (Énfasis propio). c.-) La permanencia, elemento que como define el DRAE atañe a la "duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad" que se espera del acuerdo de convivencia que da origen a la familia, excluyendo de tal órbita los encuentros esporádicos o estadias que, aunque prolongadas, no alcanzan a generar los lazos necesarios para entender que hay comunidad de vida entre los compañeros. La ley no exige un tiempo determinado de duración para el reconocimiento de las uniones maritales, pero obviamente "la permanencia (...) debe estar unida, no a una

*exigencia o duración o plazo en abstracto, sino concretada en la vida en común con el fin de poder deducir un principio de estabilidad que es lo que le imprime a la unión marital de hecho, la consolidación jurídica para su reconocimiento como tal” (sentencia de 12 de diciembre de 2001, exp. 6721), de ahí que realmente se concreta en una vocación de continuidad y, por tanto, la cohabitación de la pareja no puede ser accidental ni circunstancial sino estable. Es por lo que esta Corporación explicó que tal condición “toca con la duración firme, la constancia, la perseverancia y, sobre todo, la estabilidad de la comunidad de vida, y excluye la que es meramente pasajera o casual” (Sent. Cas. Civ., 20 de septiembre de 2000, exp.6117, criterio reiterado en el fallo de 18 de diciembre de 2012, exp.2007 00313 01). Incluso, en otra decisión sostuvo que los fines que le son propios a la institución en estudio “no pueden cumplirse en uniones transitorias o inestables, pues, según los principios y orientaciones de la Carta Política, es la estabilidad del grupo familiar la que permite la cabal realización humana de sus integrantes y, por ende, por la que propende el orden superior” (Sent. Cas. Civ., 10 de abril de 2007). Lo expuesto sin perjuicio del lapso mínimo de dos años, que establece el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, para que se surtan los efectos económicos involucrados en la sociedad patrimonial entre compañeros permanente, pues, “si bien depende de que exista la ‘unión marital de hecho’, corresponde a una figura con entidad propia que puede o no surgir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su vigencia, siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos que señala la norma, esto es, que el vínculo se haya extendido por más de dos años y, que de estar impedido legalmente uno o ambos compañeros permanentes para contraer matrimonio, hayan disuelto sus sociedades conyugales, así se encuentren ilíquidas” (sentencia de 15 de noviembre de 2012, exp. 2008-00322-01).”<sup>4</sup>*

#### **4. Sub-exámene**

Construido el marco conceptual pertinente, se apresta la Sala a resolver los reparos planteados por la recurrente, comenzando por aquellos de estirpe netamente jurídica, esto es, los relacionados con la competencia del juzgador de primer grado por el factor territorial, la composición del litigio y el tema de la cohabitación como elemento de la unión marital de hecho.

4.1. En cuanto a que la *a-quo* posee o no competencia para dirimir la pretensión objeto de este mérito por el factor territorial, encuentra la Sala que para el estadio procesal que ocupa, esto es, definida en primera instancia la contienda jurídico procesal, la vicisitud que aqueja al apelante carece de peso, en la medida que, previo al proferimiento del fallo confutado, -el cual, a la sazón, saneó toda irregularidad que respecto a la competencia se tratase-, la juzgadora de primer grado, en sede de incidente de nulidad, atendió el particular.

Conforme se anotó, el planteamiento tendiente a la falta de competencia anotado, se puso de presente por una de las demandadas, quien instauró incidente de nulidad fundado en lo expuesto, situación definida por la juez de primera instancia mediante providencia adiada del 12 de marzo de 2019<sup>5</sup>, según la cual

---

<sup>4</sup> Sala de Casación Civil CSJ, sentencia de 5 de agosto de 2013, Exp.2008-00084-02, M.P Fernando Giraldo Gutiérrez.

<sup>5</sup> Archivo 33 ib.

declaró improcedente los cuestionamientos dirigidos en contra de su aptitud para dirimir la litis, por la vecindad de las partes, conservando, en consecuencia, el fuero para desatar el asunto entre manos.

Al efecto, anotó que a voces del inciso 2° del art. 135 del C. G del P., no podrá alegar nulidad alguna quien omitió aducirla como excepción previa, ergo, despachó desfavorablemente tal pedido, sin que, para el momento en que se profirió la sentencia de primer nivel, otro interesado, oportunamente hubiese alegado similar cargo, saneándose, de contera, y como se anotó supra, cualquier irregularidad que al respecto hubiesen podido mancillar la validez de lo actuado en primera instancia.

De manera que, tanto la providencia que se analiza, como las actuaciones emitidas en el proceso en cuestión, no adolecen de la irregularidad que el apelante volvió a traer a colación.

En suma, la sentenciadora de primera instancia contaba con las facultades propias que su jurisdiccionalidad le confieren, en aras de desatar el objeto de este mérito.

4.2. La otra censura de orden netamente legal adjetivo recae en la composición del litigio, como quiera que la demanda se instauró en contra de las personas que según información dada por la apelante a su apoderado estaban llamados a resistir la acción, a saber, los herederos indeterminados de Jesús María Saldarriaga Restrepo, sin haberse dirigido la acción, desde un comienzo, además, en contra de los sobrinos del pretense compañero.

Al respecto, se tiene que admitida la demanda, se ordenó el emplazamiento tanto a los herederos determinados como a los indeterminados del finado Jesús María Saldarriaga Restrepo, llamamiento el cual se llevó a cabo, con arreglo a la ley, tal y como se colige de las piezas procesales que militan en archivos números 13 y 18 del dossier virtual, siendo así que, como resultado de tal gestión procesal, armaron a la litis María Yolanda Saldarriaga de Cano y Gloria Cecilia Saldarriaga Acevedo, sobrinas del causante, de tal suerte que, el llamamiento al extremo procesal referido, con acierto, logró su cometido, en la medida en que, las personas legitimadas a defender el embate judicial, fueron debidamente enteradas del proceso, con el citado emplazamiento, participando activamente algunos y guardando silencio los demás.

4.3. Finalmente, en lo que respecta a la cohabitación, de lo analizado delantadamente se tiene que dicho elemento no se compadece con requisito alguno de aquel tridente expuesto supra, y del cual se predica la figura entre manos, esto es, i) convivencia de vida, ii) permanente y iii) singular; por tanto, su exigencia, no se ampara en la ley, habida cuenta que, las disposiciones que reglamentan la materia en modo alguno contemplaron exigencia tal.

En relación con esto, sumado al precedente citado supra, la Corte Suprema de Justicia puntualmente ha precisado el hecho de que no es necesaria la cohabitación, debido a múltiples modelos de vida que pueda adoptar la pareja, y al respecto ha señalado que

*“El requisito de permanencia denota la estabilidad, continuidad o perseverancia en la comunidad de vida, al margen de elementos accidentales involucrados en su devenir, como acaece con el trato sexual, la cohabitación o su notoriedad, los cuales pueden existir o dejar de existir, según las circunstancias surgidas de la misma relación fáctica o establecidas por los interesados. Así, por ejemplo, la procreación o el trato carnal es factible que sea el resultado de disposición o de concesión de los miembros de la pareja, o impuestas por distintas razones, por ejemplo, impotencia o avanzada edad, etc., sin que por ello la comunidad de vida desaparezca, porque de ese modo dos personas de la tercera edad no podrían optar por la unión marital; tampoco, necesariamente, implica residir constantemente bajo el mismo techo, dado que ello puede estar justificado por motivos de salud; o por causas económicas o laborales, entre otras, cual ocurre también en la vida matrimonial (artículo 178 del Código Civil); y la socialización o no de la relación simplemente facilita o dificulta la prueba de su existencia. La presencia de esas circunstancias no puede significar el aniquilamiento de los elementos internos de carácter psíquico en la pareja que fundan el entrecruzamiento de voluntades, inteligencia y afectos para hacerla permanente y duradera, pero que muchas veces externamente no aparecen ostensibles por circunstancias propias de los compañeros permanentes, por ejemplo, la cercanía en el parentesco, la diferencia de edades, las discriminaciones de género, la fuerza mayor, el caso fortuito o la satisfacción de las necesidades para la propia comunidad familiar, como cuando uno o ambos deben perentoriamente aceptar un empleo o un trabajo lejos del domicilio común, eso sí, conservando la singularidad”.* (Subraya de esta Sala).

De lo glosado se colige que le asiste entera razón al apelante, al haberse dolido del requisito analizado, habida cuenta que, como se anotó, en efecto, es perfectamente válido predicar la existencia de la unión marital de hecho sin que por el hecho de que la pareja en cuestión, con motivos válidos, necesariamente no cohabiten bajo el mismo techo.

Por lo expuesto, los cargos hasta acá analizados no están llamados a prosperar, a excepción de aquel relacionado con la exigencia que en la sentencia impugnada planteó la a quo, respecto de la necesidad de la cohabitación, el cual saldrá avante, y sus repercusiones decantadas a continuación.

4.4. Ahora bien, en lo que respecta a la valoración de la prueba, lo cual constituye el centro de la confrontación frente a lo decidido por la juzgadora de primer grado en torno a las súplicas de la demanda inicial, se aprecia lo siguiente:

---

<sup>6</sup> Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC15173-2016.

Conviene hacer una relación sucinta de los medios de acreditación recibidos en este asunto, para luego establecer sí, en verdad, a partir de los mismos, se infiere que, en efecto, habría lugar a declarar la existencia de la unión marital de hecho entre Carmen Rosa Franco Ruíz y Jesús María Saldarriaga Restrepo por el periodo pedido con la demanda o si, por el contrario, le asistió razón a la juzgadora de primer grado al negarlo.

- La demandante **Carmen Rosa Franco Ruíz** indicó en su declaración ser ama de casa, haber sido la madrina del matrimonio contraído entre Jesús María Saldarriaga Restrepo y Olga Lucia Gil Cataño, hecho acaecido en el año 2001, del cual no nacieron hijos; desconocer de alguna relación sentimental entre estos luego de divorciados, esto es, luego del 2003; precisó que a partir de esta fecha, Jesús María Saldarriaga Restrepo comenzó a buscarla y en el año 2005 principiaron a vivir juntos; dicha convivencia se extendió hasta el 17 de agosto de 2007 cuando se casaron, matrimonio el cual duró hasta el 5 de diciembre de 2011; puntualizó que el 31 de ese mes y año Jesús María volvió a buscarla, con el fin de vivir juntos, a lo cual ella le respondió que de ser así sería en su pueblo, lo cual él aceptó y desde esa fecha se fueron a convivir. Puntualizó concretamente que *“Él me llamó, porque tenía una cita médica y me dijo que si lo acompañaba como compañera, yo asumí y fui con él al Pablo Tobón, y de ahí volvimos a cuadrar las cosas porque él me dijo que estaba muy aburrido sólo, y enfermo, y que no tenía quien le ayudara, yo volví a convivir con él”*. A la pregunta de si convivieron de manera constante y permanente desde el 31 de diciembre de 2011 en Yalí, contestó: *“Sí doctor, de mi pueblo nos desplazábamos sino a Medellín, a las citas médicas de él, y a cobrar”*; acá precisó que ningún familiar de Jesús María fue a Yalí a visitarlos; aseveró compartir en las fechas especiales con Jesús María, Sandra y Gloria, de quienes indicó son hijas no reconocidas del causante; manifestó conocer a las señoras Yolanda y Gloria Saldarriaga, sobrinas del difunto y acá demandadas, puesto que iba a la casa de ellas con Jesús María; agregó haber sido beneficiaria de Jesús María en la EPS de EPM; manifestó que durante la convivencia le hicieron mejoras al inmueble del cual es titular Jesús María en Niquía; indicó que Jesús María era el encargado de los gastos del hogar. Cuando se le preguntó por el proyecto de vida expuso: *“yo mantenía en la casa con él, pendiente de la ropa, de la ropa de él, de la alimentación, pendiente de todo lo de él”*; añadió que tenían planeado ir de viaje al mar en diciembre de 2017, en el carro de él, y que diariamente se dedicaban a salir a caminar y hacer deporte; que los últimos momentos de vida de Jesús María los paso con ella; que al hospital en donde estaba internado el finado fueron a visitarlo Sandra y Gloria. Agregó que antes del proceso, las sobrinas de Jesús María la citaron para conciliar este tema.

- La convocada **Gloria Cecilia Saldarriaga Restrepo**, sobrina de Jesús María Saldarriaga Restrepo, en su ponencia afirmó que visitaba con su pareja a su tío *“hasta que tuve una discusión con la señora Carmen Rosa”*. Cuando se le preguntó cuál era la relación que sostuvieron Carmen Rosa y Jesús María indicó: *“Pues si ellos tuvieron su, y se casaron y todo pero, se separaron y, como le dijera yo, ya ella se fue para Yalí, y ella iba de vez en cuando a visitar a mi tío”*. Manifestó conocer también a Olga Lucia Gil Cataño, quien fue la primera esposa de su tío; que aquella y su familiar después

del divorcio sí se encontraban, pero que hayan tenido alguna relación no; precisó no saber con quién vivió su pariente en el periodo comprendido entre 2005 a 2017. Declaró no saber cuál era el proyecto de vida de Jesús María; que las fechas especiales las pasabas solo, otras veces con Carmen Rosa. Cuando se le preguntó hasta cuando vivió su tío con Carmen Rosa respondió: *“sinceramente no lo recuerdo”*; aseguró saber que su tío tenía problemas del corazón y estaba en un tratamiento para tal enfermedad, mas no quién lo acompañaba a esas citas; expresó que el inmueble de Niquía quedó en poder de Carmen Rosa; señaló no saber dónde reposan los restos de su tío; manifestó haber ido 3 o 4 veces a Yalí, y que la mayoría de las veces su familiar estaba allí.

- **Jesús Hernando Zea Berrio**, testigo de la parte demandada, expresó que sabe de Carmen Rosa desde hace 10 años; que la conoció por medio de Jesús María, quien fue su vecino de toda la vida; que desconoce en qué términos se refería Jesús María sobre Carmen Rosa, y tampoco si ellos tenían alguna relación; que pese a su vecindad, sus conversaciones se limitaban al saludo de todos los días o las reuniones decembrinas, en algunas de la cuales vio a Jesús María acompañado de Carmen Rosa. También manifestó que Jesús María vivía sólo en la casa de Niquía; que Carmen Rosa lo visitaba con cierta frecuencia; que Jesús María iba a Yalí, a visitar una tierrita que habría comprado allí; aseveró que la casa de Niquía está en poder de Carmen Rosa, *“porque cuando se murió chucho (Jesús María) ella quedó con la llave”*; exteriorizó haber ido al hospital a visitar a Jesús María, en donde lo vio por última vez, acompañado de Carmen Rosa.

- **Rubiela del Carmen Sierra Serna**, deponente de la actora, indicó conocer a Carme Rosa, en razón a una relación de amistad y a Jesús María durante el tiempo que convivió con ésta, convivencia que era permanente, pues se trataba de una relación de pareja normal ante los ojos de la sociedad. Señaló que convivieron primero en Medellín y luego en Yalí. Cuando se le preguntó por qué lo sabía, respondió: *“porque los vi. ¿usted iba y los visitaba? Sí. Rumbéábamos juntos, salíamos juntos, se encontraban en El Paso”*. Manifestó que visitaba a Carmen Rosa por ahí cada 8 o 15 días; indicó saber que Carmen Rosa y Jesús María estuvieron casados y que luego de separados, volvieron al poco tiempo, como a los 8 días. Cuestionado sobre con quien compartía Jesús María en fechas especiales, respondió *“Con la señora Carmen Franco. ¿Siempre? Siempre. ¿Usted alguna vez acudió a esas reuniones? Si ¿En dónde eran esas reuniones? Estuvimos en Yalí, ¿En diciembre?, Sí”*. Manifestó saber que la convivencia de Carmen Rosa con Jesús María se desarrolló por un periodo de 6 años, durante los cuales siempre los vio juntos *“en Medellín, en Yalí, en la casa de ella, aquí en La Proveedora, estuvieron en mi casa, siempre los veía juntos”*

- **María del Socorro Valencia Manrique**, citada por la interviniente *ad excludendum*, apuntó que conoce a Olga Lucía Gil Cataño por cuanto era la ex esposa de Jesús María, y que éste la tenía a ella afiliada a la EPS de EPM en calidad de beneficiaria. Indicó saber esto porque trabajó como enfermera en dicha EPS y ellos iban al departamento médico a consultar; agregó que los veía cada que iban al hospital, aproximadamente cada 4 meses; que nunca los visitó en la

casa de ellos; manifestó encontrarse con ellos, además, en algunas reuniones de cumpleaños de familiares de Olga Lucia, lo cual acaeció en el 2016 o 2017; adujo no haber visitado nunca la casa de Niquía, ni haber ido al hospital en donde estuvo interno Jesús María en su última enfermedad, ni a su velorio; manifestó no recordar cómo llamaba Jesús María a Olga Lucia; apuntó que no le constan situaciones de afecto o cariño entre Jesús María y Olga Lucia; cuando la testigo fue requerida para que se ratificara en su declaración extra juicio, según la cual le consta que Jesús María y Olga Lucia compartían techo, lecho y mesa, indicó saber esto porque Olga Lucia se lo decía; agregó que los datos de identificación de Jesús María y Olga Lucia a que refirió en el citado extra juicio los sabe *“porque ella me dio los datos”*.

- **Reinaldo de Jesús Ospina Rúa**, testigo de Carmen Rosa Franco Ruíz, manifestó que conoció a Jesús María hace 7 u 8 años, por cuanto salía con éste y Carmen Rosa, quienes tenían una relación, *“vivían en la proveedora, en una casa, y en Yalí”*. Cuando se le preguntó si sabía si Carmen Rosa y Jesús María también vivían en Niquía aseguró *“también tenían una propiedad ahí, ellos vivían subiendo y bajando”*, Agregó el testigo haberlos visitado en el municipio de Yalí; a la pregunta de cómo conoció a la pareja indicó *“ambos, ambos juntos ¿los conoció el mismo día juntos? si ¿y cómo se presentaron ellos ante usted? En la relación comercial con doña Carmen y con Don Jesús, me compraban panela y Don Jesús en el mismo carro transportaba panela, y ahí fue donde los conocí ¿y él se la presentó en calidad de qué? Como la señora, la presentaba a ella, porque inclusive con la misma tarjeta de él, de Bancolombia, me pagaba la panela a mí”*. Cuando se le indagó por la última vez que los vio juntos, aseguró que *“en diciembre de 2017 estuvimos compartiendo 8 días y, a los 8 días después, supe que lo transmitieron al hospital de Yalí, y de Yalí en una ambulancia hacia Medellín”*. Indicó jamás haber visto a Jesús María con otra mujer que no fuera Carmen Rosa; precisó que los veía cada 8 o 15 días, que eran *“una pareja normal, saliendo, comparten”*, puntualizó que le consta personalmente que se trataban como pareja.

- **Roberto Betancur Cano**, testigo de la parte demandada, en su ponencia afirmó ser amigo de Gloria Cecilia Saldarriaga Restrepo y que ella le presentó a su tío Jesús María, hace 22 años, quien a su vez le presentó a Carmen Rosa Franco Ruiz y a Olga Lucia Gil Cataño; cuando se le indagó acerca de si sabía si entre Jesús María y Carmen Rosa hubo una relación de unión marital de hecho indicó *“si tenían ahí una relación entre ellos dos”*. Cuando se le cuestionó sobre cuándo inició dicha relación manifestó *“más o menos hace once años”*. Aseveró que Jesús María para el 2017 vivía en el municipio de Bello, en donde él lo visitaba, aproximadamente cada 2 meses, y que en dichas visitas veía allí a Carmen Rosa *“muchas veces”*. Al preguntársele por el proyecto de vida de Jesús María aseguró que *“él le gustaba mucho venir a pasear por acá a Yalí ¿Cuándo él venía a pasear a Yalí donde se quedaba? En la casa de Carmen”*; agregó haber asistido al funeral de Jesús María y haber visto allá a Carmen Rosa, no a Olga Lucia; expuso haber estado con Gloria Cecilia Saldarriaga Restrepo y Olga Lucia Gil Cataño en la casa de Jesús María en Niquía para el momento en que ocurrieron los hechos por los cuales fueron denunciadas éstas, y al respecto puntualizó *“Que ella (Gloria Cecilia) llamó a un señor*

de Colmena y les cambio las chapas a eso ¿las cambió o tumbó la puerta de la casa? El de Colmena le cambió la clave de la casa ¿Para el momento en que eso sucedió, quien tenía las llaves de esa casa? Carmen”.

- **Adriana Astrid Osorio**, testigo de la interviniente *ad excludendum*, adujo conocer a Jesús María y a Olga Lucía Gil Cataño en una reunión a la cual éstos fueron juntos, aproximadamente entre los años 2012 y 2013. Manifestó no conocer a Carmen Rosa; indicó que el señor Jesús María vivía con Olga Lucia Gil Cataño en una finca en Girardota, a donde declaró haber ido; cuando se le cuestionó cuanto tiempo había estado allí puntualizó *“entrada por salida ¿o sea, que no viste que el señor (Jesús María) durmiera en esa casa? A no”*; al respecto agregó *“a la finca yo iba muy poquito, yo siempre los veía en el momento de las reuniones ¿y cada cuanto eran esas reuniones? Cuando viene la hija de Doña Olga acá a Colombia, pues a Medellín, se celebra los cumpleaños, o se hace la bienvenida de ellos ¿Y dónde está la hija de doña Olga? En Estados Unidos ¿Y cada cuando viene ella? Ella no tiene fecha, cuando le da la locura llega, (...) ella viene mucho, por ahí cada 6 meses, si se demora mucho no se demora 2 años para volver acá”*, sumó a lo dicho, que no veía a estos en otro tipo de escenarios que no fuera en las reuniones que se llevaban a cabo en Girardota; exteriorizó no saber si Jesús María convivió con Olga Lucia en Niquía. Dijo saber la fecha de la defunción de Jesús María porque Olga Lucía se la contó; y no constarle la fecha en que éstos comenzaron su convivencia.

- **Daniel Fernando Goez**, testigo de la interviniente *ad excludendum*, indicó en su ponencia no conocer a Carmen Rosa y sí a Jesús María y a Olga Lucia Gil Cataño; que los conoció hace 10 años cuando se los presentó los hijos de Olga Lucia Gil Cataño, y que éstos vivían en Portachuelo, Girardota en donde él trabajó y en donde el pernoctaba cada que iba; cuando se le preguntó por el periodo de tiempo en que trabajo para Olga Lucia Gil Cataño puntualizó *“la primera vez fue hace cuatro años ¿en qué fecha? Eso fue julio, más o menos, años de feria de flores, años de feria de flores en el 2015 ¿y que hacías en esa casa? aseo, yo me fui a hacer aseo a esa señora ¿y en ese mes que trabajaste allá dormías en esa casa? sí, ¿y el señor Jesús también convivía en esa casa? sí ¿se quedaba todos los días? sí ¿Cuándo volviste a trabajar? hace dos años ¿Cuánto trabajaste hace dos años? tres meses ¿también te quedaste pernoctando allá? sí, aunque salía más a Medellín, mas constantemente por mis estudios ¿y cuando te quedabas en esa casa, también vivía el señor Jesús en esa casa? sí ¿lo veías dormir? sí, lo veía convivir como pareja de la señora, ellos se acostaban en la cama, en la misma habitación ¿Cuánto tiempo duraste trabajando hace dos años, es decir para el año 2017? tres meses”* En cuanto a la relación propiamente dicha entre Jesús María y Olga Lucia afirmó que era *“una relación normal de pareja, yo los veía a veces discutir por cosas, que tenían que pagar una cuenta, que salir no podemos, y los veía en su romance, “mi amor, que vamos hacer hoy, amor mira” porque al hecho de ser una finca no tenía mucho de salir por ahí, entonces compartíamos también los tres”*, finalizó su declaración indicando que la última vez que vio a Jesús María fue *“El 2017, agosto, en una feria de flores ¿en dónde lo viste, que estaban haciendo? Festejando en la setenta, había llegado la hija de doña Olga, con la que tengo muy buena relación, y ello estaban ahí con la familia, estaba un hermano, además de Yimi los hijos de doña Olga, que son prácticamente uno de mis mejores amigos en el exterior y así empezamos a festejar en ese entonces”*

- **Olga Lucia Gil Cataño**, interviniente *ad excludendum*, indicó tener 4 hijos, todos mayores de edad, llamados Sandra Milena, Jaime, Paola y Amanda, de quienes indicó viven en el exterior; manifestó haber conocido a Jesús María y Carmen Rosa en el año 2000, que con el primero contrajo matrimonio ya que tenían intenciones de irse a vivir en el extranjero, y la segunda fue la madrina de dicha boda; cuando se le preguntó por los motivos de su divorcio con Jesús María aseveró *“La relación se terminó porque él tenía una adicción de alcohol, y tenía muchos problemas de bipolaridad, muchos cambios”*; luego del divorcio, lo cual ocurrió en el año 2005, adujo que *“nosotros nos veíamos, no teníamos sexo pero, ya después en el 2011, ya volvimos, ya entablamos una relación permanente”*, indicó que era una relación normal de pareja; argumentó además que Jesús María dormía en su finca, en Girardota, y en la casa de él en Niquía, a donde ella iba esporádicamente, ya que *“nosotros nos amañábamos en la finca”*; aseguró que pasaban juntos fechas especiales *“por ejemplo, cuando venía mi familia de Estados Unidos, él le gustaba compartir con mi hermano, salíamos a la setenta, invitábamos gente, él era de mucho ambiente porque le gustaba el trago, salíamos con muchas personas”*; tenían planeado, además, ir a Estados Unidos y a Europa, sin embargo, no habían comprado tiquetes o algún paquete turístico; manifestó no haber adquirido ningún bien con Jesús María durante su convivencia, indicó no haber acompañado a Jesús María en el Hospital ni saber donde reposan sus restos; cuando se le indagó sobre la actividad de Jesús María informó que este ya estaba pensionado, por EPM, sin embargo, *“él decía que hacía negocios en Yalí y Betania”*, cuando se le preguntó por la convivencia que alegó Carmen Rosa haber sostenido con Jesús María puntualizó *“Eso es mentira, total, él nunca vivió en Yalí, permanentemente”*.

Pues bien, de las citadas declaraciones para esta Sala surge la vocación de prosperidad de la censura expuesta en la impugnación en lo que atañe a la valoración de las pruebas y, de contera, a la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial, comoquiera que tanto Carmen Rosa Franco Ruiz como los testigos que citó, Reinaldo de Jesús Ospina Rúa y Rubiela del Carmen Sierra, fueron contestes y coherentes al afirmar que **Carmen Rosa Franco Ruiz y Jesús María Saldarriaga Restrepo** sostuvieron una relación caracterizada por el apoyo, socorro mutuo, permanencia, y sin terceras persona en la escena, la cual se desarrolló en los municipios de Yalí y Bello desde finales del año 2011 hasta el deceso de Jesús María Saldarriaga Restrepo.

De dichas exposiciones se colige, además, que no sólo salían y compartían con la pareja para el periodo reclamado por activa como de la unión de marital de hecho, sino que, también, sostuvieron relaciones comerciales con estos, en donde la mentada dupla se desenvolvía como pareja.

Aunado a lo expuesto, Roberto Betancur Cano, testigo de la demandada, manifestó que conoció a Carmen Rosa Franco Ruiz, precisamente, porque el finado Jesús María se la presentó, y respecto de los cuales aseveró que tenían una relación, que tuvo su génesis hace aproximadamente once años, de donde se concluye, además, que al inicio de la citada relación Jesús María vivía en Bello en

donde Carme Rosa lo visitaba “*muchas veces*”, y que cuando aquel iba a Yalí, se quedaba con la demandante, declaraciones que respaldan las pretensiones del libelo introductor, inclusive, en mayor medida que las ponencias de los propios testigos citados por activa.

Como si fuera poco, Jesús Hernando Zea Berrio, testigo de la parte demandada, indicó igualmente que conoció a Carmen Rosa aproximadamente hace 10 años, por medio de Jesús María, quien fue su vecino y conocido de toda la vida; que los vio juntos en algunas reuniones decembrinas, sin calificar dicho acompañamiento como alguna mera amistad o relación que no fuera sentimental, la cual, adujo desconocer, mas no negó; de su ponencia conviene, con todo, resaltar que debido a su proximidad con el finado, lo acompañó en sus últimos momentos en el hospital, y allí lo vio acompañado de Carmen Rosa.

Respaldan dichas afirmaciones la siguiente documentación:

- Registro civil de defunción de Jesús María Saldarriaga Restrepo, el cual da cuenta que su deceso acaeció en la ciudad de Medellín, el 30 de diciembre de 2017.

- Declaración extra juicio del 15 de marzo de 2018 en la cual Gustavo de Jesús Mira Torres manifestó bajo juramento que conoce hace 43 años a Carmen Rosa Franco Ruiz, y que ésta convivió desde el año 2005 con Jesús María Saldarriaga Restrepo hasta la fecha en que falleció éste.

- Declaración extra juicio del 15 de marzo de 2018 en la cual Carlos Mario Escobar Zapata manifestó bajo juramento que conoce hace 9 años a Carmen Rosa Franco Ruiz, y que ésta convivió desde el año 2005 con Jesús María Saldarriaga Restrepo hasta la fecha en que falleció éste.

- Copia de la sentencia Nro. 189 del once de junio de 2003, proferida por el Juzgado 2 de Familia de Bello, Antioquia, que da cuenta de la cesación de los efectos civiles de matrimonio católico contraído entre Jesús María Saldarriaga Restrepo y Olga Lucia Gil Cataño el 5 de enero de 2001.

- Declaración extra juicio del 23 de enero de 2007 en la cual Luis Carlos Arango Ramírez manifestó bajo juramento que conoce hace 40 años a Jesús María Saldarriaga Restrepo, y que éste convivió desde hace tres años contados desde la fecha de la declaración con Carmen Rosa Franco Ruiz.

- Declaración extra juicio del 23 de enero de 2007 en la cual Humberto de Jesús Arango Arias manifestó bajo juramento que conoce hace 35 años a Jesús María Saldarriaga Restrepo, y que éste convivió desde hace tres años contados desde la fecha de la declaración con Carmen Rosa Franco Ruiz.

- Seis (6) declaraciones de consentimiento informado suscritas por Carmen Rosa Franco Ruiz, ante el Hospital Pablo Tobón Uribe, que dan cuenta que ella en efecto, asistió la enfermedad del causante hasta su muerte, instrumentos los cuales, en su mayoría, suscribió como esposa.

De suerte que a la luz de todo lo expuesto, necesario es inferir que el citado grupo de declarantes dio cuenta que, ciertamente, inmediatamente después del divorcio entre Carmen Rosa Franco Ruiz y Jesús María Saldarriaga Restrepo, ellos, sin impedimento alguno para contraer nuevas nupcias, retornaron a la convivencia que venían llevando a cabo en ocasión al citado connubio, el cual data de 2007, por lo que no se trataba de una relación surgida de la nada.

Por el contrario, hay una historia que de tiempo atrás ampara su relación, misma que sostuvieron de manera permanente, en los municipios de Yalí y Bello, sin que los desplazamientos del extinto Jesús María a Bello, en ocasiones, sin la gestora, implicasen el desvanecimiento del elemento volitivo de la comunidad de vida, pues como apuntó el precedente ya mentado, no es necesaria la estricta cohabitación, en el sentido que los desplazamientos se justifiquen en situaciones laborales, o en modos de vida de la pareja, y en efecto, quedó demostrado que, los esporádicos traslados de Jesús María sin Carmen Rosa a Bello no conllevaron la desnaturalización del vínculo.

En cuanto a las declaraciones de María del Socorro Valencia Manrique y Adriana Astrid Osorio, de ellas se descarta su credibilidad, su versión de los hechos viene dada por lo que les manifestaron terceros y no por su contacto directo con los acontecimientos. Los pocos contactos con la situación denunciada provienen de esporádicos encuentros con los familiares de Olga Lucia, de quienes se señaló viven en el extranjero, y vienen al país cada seis meses.

Idéntica suerte respecto de lo dicho por Daniel Fernando Goez, testigo de la interviniente ad excludendum, quien a la sazón fue el único en dar cuenta, de manera contundente, acerca de la relación que presuntamente sostuvieron Olga Lucia y Jesús María desde el 2010 a la fecha en que falleció éste, habida cuenta que, al llevarse a cabo acá el ejercicio valorativo de toda la prueba practicada, de manera convergente y sistemática, la sana crítica que de allí se deriva da al traste con semejantes afirmaciones, las cuales no encuentran eco sino en lo dicho por Olga Lucia, como era apenas lógico, de tal modo que, esta declaración, por sí misma, tampoco tiene la fuerza necesaria para derribar, sola ella, las afirmaciones hasta acá demostradas por Carmen Rosa.

Sin embargo, llama poderosamente la atención de la Sala que los testigos de Olga Lucia y ella misma, en sus declaraciones, afirmaron haber compartido en varias oportunidades con el hermano de la ad excludendum, sus cuatro hijos, y varias personas, en reuniones en donde estaban Olga Lucia y Jesús María, como pareja; sin embargo, ni el hermano de Olga Lucia, ni ninguno de sus hijos, todos

mayores, e independiente de que vivan en el extranjero, ni ninguna otra persona de las que se indicó estuvo presente es dichos escenarios coadyuvó las afirmaciones acá vertidas por Adriana Astrid Osorio y de Daniel Fernando Goez, lo cual hubiese sido contundente para las pretensiones de la tercera interviniente, cuando por su relación de parentesco, los primeros, estaban llamados a asistirle, abandonando a su suerte la declaración de Daniel Fernando Goez.

Por lo expuesto, esta Sala considera que el análisis y la debida valoración del material probatorio recaudado en el decurso de este asunto, contrario a como concluyó la a quo, sí da lugar a estimar lo pedido por Carmen Rosa Franco Ruiz, por cuanto, se itera, quedó claro que, con el señor Jesús María Saldarriaga Restrepo sostuvo una relación, por poco, sin solución de continuidad, esto es, desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el día 30 de diciembre de 2017, fecha en la cual falleció Jesús María, y que la misma, pese a desarrollarse en las localidades de Yalí y Bello, perpetuó la comunidad de vida entre ellos acaecida desde su relación matrimonial, de manera permanente y singular, sin que las posibles relaciones extra maritales de finado implicasen paralelismo alguno de la convivencia de vida con tercera personas; relación la cual, quedó claro, tuvo, entre otros, el loable fin de cuidarse y apoyarse mutuamente, como en efecto acaeció, ya que, además, quedó demostrado que la actora principal no solo lo acompañó en toda su enfermedad final, sino, además, se hizo cargo de que los restos de su finado compañero tuviesen un digno final.

Corolario de lo expuesto, se estimará el cargo analizado.

**Conclusión.** De las probanzas recaudadas se colige que Carmen Rosa Franco Ruiz y Jesús María Saldarriaga Restrepo tuvieron una unión marital de hecho desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el día 30 de diciembre de 2017, fecha en que falleció éste. En este orden de cosas, imperioso resulta revocar parcialmente el numeral primero de la sentencia opugnada, en lo que concierne a que, contrario a como allí se indicó, se estimarán las pretensiones de la demanda respecto a Carmen Rosa Franco Ruíz, y en consecuencia, se declarará la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre Carmen Rosa Franco Ruiz y Jesús María Saldarriaga Restrepo desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el día 30 de diciembre de 2017, fecha en que se disolvió el vínculo, y en consecuencia, la sociedad patrimonial, por el fallecimiento de éste. En lo demás, se confirmará la sentencia confutada.

**Las costas.** En aplicación del numeral 4° y 6° del artículo 365 del Código General del Proceso, se impondrán costas de ambas instancias a la parte demanda y a la *“tercera ad excludendum”* por partes iguales. Las agencias en derecho, en segundo grado, se fijarán por auto de ponente.

## **LA DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia de fecha, contenido y procedencia, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre Carmen Rosa Franco Ruiz, identificada con cédula de ciudadanía 39.326.874 y Jesús María Saldarriaga Restrepo, quien en vida se identificaba con cédula de ciudadanía 8.243.764, desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el día 30 de diciembre de 2017, fecha en que se disolvió el vínculo y, en consecuencia, la sociedad patrimonial, por el fallecimiento de éste.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia confutada.

**CUARTO: CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandada. Las agencias en derecho de la alzada se fijarán por auto de ponente.

**QUINTO:** Devuélvase el expediente físico y digital a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Discutido y aprobado según consta en Acta No. 165

**Los Magistrados,**

(Firma electrónica)  
**WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**

(Firma electrónica)  
**CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL**

(Firma electrónica)  
**OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

**Firmado Por:**

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

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

**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: **502c43f74c42fe7e4ac3d26bd701295d73b90f1905810f48271162057c843504**

Documento generado en 19/05/2023 11:31:52 AM

**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**

**Referencia:** Verbal de Reivindicatorio  
**Accionante:** Jesús Ángel Londoño Londoño y Otros  
**Accionado:** Nabor Arturo Londoño Londoño  
**Asunto:** CONFIRMA AUTO APELADO.  
**Radicado:** 05664 31 89 001 2019 00137 01  
**Sentencia No.:** 116

**Medellín**, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la apelación elevada por la parte demandada, contra el auto proferido por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SAN PEDRO DE LOS MILAGROS, mediante el cual rechazó de plano una solicitud de nulidad, en el marco del proceso Verbal Reivindicatorio, instaurado por JESUS ANGEL, JOSE RODRIGO, LUIS EDUARDO y GILDARDO LONDOÑO LONDOÑO, en contra de NABOR ARTURO LONDOÑO LONDOÑO.

**I. ANTECEDENTES**

**1.-** El juzgado referido, mediante auto, admitió la demanda verbal reivindicatoria de la referencia y además ordenó su notificación a los accionados.

**2.-** Luego del trasegar procesal, el juez de la causa, convocó a audiencia inicial, para el 2 de diciembre de 2020 a las 2:00

pm, la cual se surtiría de manera virtual, por lo que requirió a las partes para que suministren el correo electrónico al que pudiera enviarles el enlace o link.

**3.-** Celebrada tal audiencia inicial, a la cual la parte demandada no asistió, fue declarado el fracaso de la etapa conciliatoria y se abrieron paso la recepción de los interrogatorios de los demandantes, el control de legalidad y el pronunciamiento sobre los medios probatorios solicitados.

**4.-** Posteriormente, la parte demandada allega solicitud de nulidad manifestando que, remitió la contestación a la demanda el 4 de julio de 2020 a las 11:32 de la mañana al correo [jo1crt2pedromilagroscendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jo1crt2pedromilagroscendoj.ramajudicial.gov.co), del cual posteriormente se enteró que estaba errado, ya que revisando el TYBA, no encontraba actuación alguna de notificación. Igualmente pone de presente que el numero de radicado estaba defectuoso en el auto con el que se notificó la fecha de audiencia inicial; que el 22 de octubre de 2020, envió correo al despacho solicitando información, pero que tal petición no fue resuelta; que el 2 de noviembre del mismo año envió correo advirtiendo su interés por participar en la audiencia programada, pero tampoco recibió respuesta alguna y que virtud de que no recibieron el link para ingresar a la audiencia del 2 de diciembre de 2020 radicaron derecho de petición, que fue resuelto el 16 de diciembre de 2020; que el día de la audiencia estuvieron pendientes ya que habían manifestado su interés por participar en la misma, pero el encargado de enviar la invitación nunca la suministro, aduciendo que el apoderado de la parte demandada no había allegado respuesta de la demanda y el poder para actuar; y que no fue citado a la audiencia por no tener correo electrónico, y tampoco se le comunicó a la dirección física indicada en la demanda.

En razón de lo anterior considera el apoderado de la parte demandada que, se ha vulnerado el debido proceso y que se ha presentado una **Nulidad Constitucional** y pone de presente que al demandado lo convocaron a audiencia de conciliación ante el Notario de Medellín, en la cual el advierte que se hizo en ese lugar para que el demandado no pudiera asistir y lograr el acta fallida de conciliación, por lo que considera que la demanda debió ser inadmitida por no haber agotado el requisito de procedibilidad, e igualmente por no haber citado en debida forma los linderos actuales del predio ni los nombres de los colindantes. Aduce la parte demandada que en razón a la entrada en vigencia de la virtualidad y la falta de preparación para el manejo de las mismas el demandado no pudo materializar efectivamente su derecho de defensa, pues ha incurrido en un error involuntario al enviar la respuesta de la demanda a un correo institucional equivocado.

**5.-** La parte demandante se pronunció sobre la solicitud de nulidad, manifestando que no vislumbra violación a las preceptivas constitucionales a que se hace alusión en el incidente, pues todas las actuaciones del despacho se han adelantado con estricto apego y extremado respeto por las garantías procesales de las partes; que es claro que cuando fue presentada la supuesta respuesta a la demanda, estaba vigente el decreto 806 de 2020, que obliga al uso de las tecnologías de la información según su artículo 3° del que hace transliteración, lo que implicaba que las partes que intervienen en el proceso debían tener claras, como mínimo, las direcciones electrónicas, no solo de los despacho judiciales, sino también las de las demás partes y por eso no encuentra acertada la justificación del apoderado, pese a que insista en achacar una responsabilidad al empleado del Juzgado para que tiempo después se hubiera dado cuenta de que él envió de la contestación de la demanda había sido infructuoso. Aduce el demandante que al apoderado de la parte demandada, se le vencieron los términos de ley para contestar la demanda y pretende ahora

escudarse en un argumento falaz de que se le han violado sus derechos fundamentales, buscando revivir los términos que por su descuido y negligencia precluyeron. Y por otra parte, manifiesta que no es cierto que no se haya adelantado la audiencia prejudicial, pues ella ocurrió en la Personería de Medellín y fue atendida por el abogado que ahora suscribe la presente nulidad.

**6.-** El A quo rechazó de plano la nulidad rogada, al no encontrar mérito para su prosperidad, dada la amatividad que obliga las normas del CGP en este sentido, para que prospere alguna causal de anulación del proceso.

**7.-** Inconforme con tal determinación, la parte demandada e incidentista por nulidad, presenta recurso de apelación, que ocupa ahora la atención de la Sala.

## **II. AUTO APELADO**

El Juzgado resolvió la solicitud de nulidad considerando que *"En lo que tiene que ver con las nulidades procesales, nuestro ordenamiento jurídico, tal y como lo expresó la Honorable Corte Constitucional, consagra en forma taxativa, las causales de nulidad enlistadas en el artículo 133 CGP, norma que restringe la posibilidad de que dentro del trámite de un proceso como el que nos ocupa, sean alegadas causales de nulidad distintas a las allí señaladas."*; que la parte solicitante de la nulidad no expresó cuál o cuáles de las causales contempladas en el artículo 133 del CGP, son las que se invocan para proceder con su análisis, sino que el incidentista se ampara en la generalidad del artículo 29 de la Carta Política.

Agregó el A quo que surtió en debida forma la notificación del auto admisorio al demandado, que le entregó copia de la demanda y sus anexos, cumpliendo así su carga procesal; que si bien es cierto que la administración de justicia implementó la virtualidad, entregando a cada agencia judicial una dirección electrónica para recibir las comunicaciones, estas pueden ser revisadas en la página de la rama judicial, por lo que no aceptada el argumento de la parte demandada que desconoce dicha dirección electrónica para buscar la nulidad de las actuaciones, y dice *“Así que si no allegó la respuesta en la forma ordenada en la virtualidad es una responsabilidad que solo cabe al incidentista, pues mírese como reconoce que tuvo un error en su envío, el cual sea voluntario o involuntario (que no está probado); bien se sabe que nadie puede alegar en su beneficio su propio error, dolo, culpa o torpeza como ahora lo hace el incidentista.”*

Añadió que el accionado tenía la responsabilidad de velar por su propio caso; que de sus escritos se desprende que sabia y conocía de la providencia del 9 de octubre de 2020, con la que se citó a la audiencia inicial, donde se previno a las partes y apoderados para que suministraran una dirección electrónica para poder enviar el enlace o link para acceder a la misma, pero el incidentista no lo hizo.

Por último, en lo que refiere a los requisitos de procedibilidad para la admisión de la demanda, considera el A quo que *“...era algo que bien podía alegar mediante excepciones o incluso en la etapa de saneamiento de que trata la audiencia inicial y no lo hizo, sin embargo al verificarse no tienen en cuenta el memorialista que se en el presente caso la demanda contienen una medida cautelar, además de que a folios 29 aparece previamente acta de no conciliación en la que aparece como compareciente el accionado por intermedio del mismo*

*apoderado que ahora actúa en favor de aquel, como lo detecta el apoderado de la contraparte."*

### **III. LA APELACION**

Inconforme con la decisión del A quo, el demandante interpone recurso de apelación en pro de su revocatoria, manifestando que el fundamento de la nulidad elevada, no estribaba en la violación de una de las causales consagradas en el 133 del CGP, pues es claro al expresar que *"se trataba de una violación artera al DEBIDO PROCESO que consagra el art. 29 de la carta y, en razón de lo cual, es factible predicar que se trata de una NULIDAD CONSTITUCIONAL Y NO DE UNA PROCESAL."*

Pone de presente el apelante, que la falta de cumplimiento de un requisito, como el de procedibilidad en los procesos declarativos, no se puede llenar o superar por la simple omisión del interesado en proponer la excepción procesal respectiva. Igualmente manifiesta que se siente sorprendido que el juez se muestre riguroso con la exigencia en el conocimiento de la virtualidad en sus comienzos ante la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, argumenta el incidentista, que el artículo 27 de la ley 640 de 2001, relaciona los funcionarios o instituciones que pueden actuar como conciliadores en derecho, y lo hace de manera ordenada y escalonada, es decir a falta de uno, puede actuar otro y no se deja al arbitrio del interesado escoger al funcionario de su conveniencia. Igualmente pone de presente el incidentista que para la fecha en que se tramitó la audiencia inicial, además de no haber allegado la invitación a la parte demandada para que ingresara a la misma, el demandado se encontraba con problemas médicos según certificación. Y por último manifiesta, que también hace parte del debido proceso una

actuación diligente y pronta, que conlleve a realizarse dentro de un plazo razonable, sin dilaciones ni demoras injustificadas, lo cual no se cumple, máxime que no hay prueba de *"que el demandante hubiese requerido al señor juez actuar con mayor dinamismo, lo que significa que ha habido por parte de la parte actora una inactividad superior a un año y en cumplimiento del art 317 del CGP, en su numeral 2, de oficio, se le debe declarar el DESISTIMIENTO TACITO."*

#### **IV. CONSIDERACIONES**

**1.-** El Derecho Procesal está orientado por unos principios básicos que lo dotan de autonomía y fisonomía propias, los cuales acentúan la necesidad de la presencia de las llamadas nulidades procesales, pues en ese escenario, tienen la misión de evitar que el trámite se adelante en contraposición a derechos fundamentales como el Debido Proceso, del cual hace parte el derecho defensa o de contradicción. Se propende pues por la rectitud de la actuación, o, en otras palabras, por la eficacia y validez de los actos procesales, garantizando que se hayan realizado cumpliendo los requisitos legales.

Las nulidades procesales fueron instituidas por el legislador con la finalidad de salvaguardar el Derecho Fundamental al Debido Proceso traído por el artículo 29 de la Carta Política que al efecto preceptúa: *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se les imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. ..."*

De tal disposición constitucional, se desprende que el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales exige que todo procedimiento previsto en la ley, se adecue a las reglas básicas como la existencia de un proceso, en donde se garantice el cumplimiento de los trámites establecidos por ley, so pena de alterar las reglas mínimas que deben ser observadas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, por lo que indubitadamente se desprende que ninguna autoridad pública puede dejar de lado mencionado precepto, cuyo postulado Constitucional debe ser observado dentro de todo proceso judicial.

Así mismo, en aras de garantizar el principio de la seguridad jurídica, la procedencia de la declaratoria de nulidad de una actuación procesal se encuentra supeditada a las causales taxativamente señaladas por el artículo 133 del Código General del Proceso y obviamente a lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Magna, ya que más que una forma de saneamiento del proceso, se estatuyen como una forma de protección a los intereses y derechos tanto de la parte afectada con la actuación errada como de la parte no perjudicada.

La Corte Suprema de Justicia, en auto de 21 de marzo de 2012, expediente Nro. 2006- 00492-00, dijo sobre el particular que es dable: *"sostener que las nulidades procesales corresponden al remedio establecido por el legislador para que las partes y, en ciertos casos, los terceros, puedan conjurar los agravios irrogados a sus derechos por actuaciones cumplidas en el interior de un proceso judicial, instituto que, por ende, es restringido, razón por la que opera únicamente en los supuestos taxativamente determinados por la ley, y al que sólo pueden recurrir las personas directamente afectadas con el acto ilegítimo, siempre y cuando no lo hayan convalidado expresa o tácitamente"* (sentencia de 30 de noviembre de 2011, exp. 2000- 00229-01)".

Por su parte, el artículo 135 *ídem*, regula los requisitos para alegar o solicitar la nulidad, entre ellos, el interés de quien la alega y la oportunidad para alegarla, y el artículo 136 establece el régimen de saneamiento de las nulidades.

Las referidas normas constituyen el fundamento de los principios que la jurisprudencia y la doctrina han denominado de especificidad o taxatividad, de protección y de convalidación en materia de nulidades. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia enseña: *"El legislador de 1.970 adoptó como principios básicos reguladores del régimen de nulidades procesales, los de especificidad, protección y convalidación. Fúndase el primero en la consagración positiva del criterio taxativo, conforme al cual no hay irregularidad capaz de estructurar una nulidad adjetiva sin ley específica que la establezca; consiste el segundo en la necesidad de establecer la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y radica el tercero en que la nulidad, salvo contadas excepciones, desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio"*. (Sentencia del 5 de diciembre de 1.975)<sup>1</sup>.

En aplicación del principio de taxatividad o especificidad, el inciso cuarto del artículo 135 del Código General del Proceso dispone que **"el juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo (...)"**.

Partiendo de esta premisa normativa, el juez puede proceder al rechazo *in limine* de la solicitud de nulidad, entre otras, cuando: **Se funde en causal distinta de las determinadas en**

---

<sup>1</sup> En el mismo sentido puede consultarse la sentencia del 22 de mayo de 1.997, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

**Capítulo II que trata el tema de las nulidades procesales** y cuando se proponga después de saneada

Lo anterior significa que el fallador no puede imprimirle trámite a una solicitud de nulidad que pretenda debatir asuntos que no tienen la capacidad de estructurar una causal de anulación, tal como sucede en el presente caso, en el que los motivos que sirven de fundamento al juez para deprecar la mentada nulidad, no están comprendidos en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 133 del Código General del Proceso.

Debe resaltarse que lo importante de una causal de nulidad no es el nombre que se le asigne, sino que los hechos en que se funden unas u otras, estén consagrados por el legislador como causales de anulabilidad o de excepción previa, respectivamente, correspondiéndole al juzgador, en razón del principio "*iura novit curia*", aplicar el derecho, en relación con los hechos que se expongan. Ha dicho la jurisprudencia: "*... son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia*"<sup>2</sup>.

En el caso *sub júdice*, se pretende la declaratoria de nulidad por violación al debido proceso.

De lo dicho y de la información que ofrece el expediente, puede concluirse que la parte incidentista no invocó causal alguna de nulidad de las consagradas en el artículo 133 del C.G.P. La irregularidad denunciada pudo presentarse, pero no alcanza a configurar la nulidad pretendida, dado que sus supuestos no encajan dentro de las causales de invalidación que el legislador consagró, que son las que, en últimas consideró de tal trascendencia que de presentarse generarían una

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de diciembre de 1.941.

nulidad, por lo que la situación aquí planteada no encuadra en una de ellas.

En conclusión, como no se configuró, en estricto sentido, ninguna de las causales taxativamente consagradas por el legislador para derivar la consecuencia jurídica deprecada, existe razón suficiente para confirmar la decisión del Juez de primer nivel.

Ahora, la nulidad planteada invoca violación al debido proceso, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, pese a que bien sentado está por la jurisprudencia, que las nulidades supralegales pueden estructurarse y son viables en casos excepcionales como el de las pruebas ilícitas y no como paliativo de toda irregularidad no prevista taxativamente por la ley. Así lo ha precisado la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en el pronunciamiento que esta Sala comparte y acoge, por tratarse de un precedente vertical señalando:

*"1. Como se expuso en la providencia recurrida, el régimen jurídico de las nulidades procesales está presidido por una serie de principios, entre ellos, el de la especificidad o taxatividad, por virtud del cual sólo aquellos vicios expresamente consagrados por el legislador como susceptibles de provocar la ineficacia total o parcial de un proceso pueden ser admitidos a tal propósito, o lo que es igual, no existe motivo de nulidad sin norma que lo instituya como tal, razón por la cual en su aplicación rige un criterio restrictivo, que impide reconocer eficacia invalidativa a motivos distintos de los explícitamente definidos por el legislador.*

*2. Entre tales motivos, como también se indicó, no se prevé uno que específicamente se identifique, de manera abstracta por lo demás, como transgresión del derecho al debido proceso, circunstancia*

*que se explica, porque la realización tanto jurídica como material de esta garantía fundamental, reconocida por el artículo 29 de la Constitución, se asegura con el señalamiento de las formas y trámites que rigen el proceso civil, cuya observancia se impone por igual a todos los sujetos procesales, así como las irregularidades que tienen potencialidad para conculcarla, tarea que ha sido deferida al legislador y sólo por excepción asume el Constituyente, **como ocurre con el motivo de nulidad consagrado por el artículo 29 de la Constitución antes citado, referente a la prueba obtenida con violación del debido proceso.***

*Como lo precisó la Corte Constitucional en su sentencia C-491 de 2 de noviembre de 1995, "...La Constitución en el art. 29 señala los fundamentos básicos que rigen el debido proceso; pero corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respecto. En tal virtud, la regulación del régimen de las nulidades, es asunto que atañe en principio al legislador, el cual puede señalar, con arreglo a dichos criterios y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que generan nulidad, a efecto de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso.*

*"Conforme a lo anterior no corresponde, en principio, al Constituyente señalar las causales de nulidad en los procesos. La aludida nulidad constitucional que consagra el art. 29 constituye una excepción a dicha regla".*

*3. Conforme a lo anterior, la procedencia de una solicitud de nulidad procesal está subordinada a que la irregularidad invocada como constitutiva de la misma esté prevista como tal por el artículo 133 del Código General del proceso, o se trate específicamente de la nulidad*

*de la prueba obtenida con violación del debido proceso, con la cual fueron adicionadas por la Constitución, las causas legales de nulidad procesal, único motivo de tal linaje que puede ser invocado con tal propósito.*

**Así las cosas, como la violación al derecho debido proceso no está expresamente prevista por dicho precepto como hecho generador de nulidad procesal, ni es susceptible de ser argüida con tal carácter por su consagración como derecho fundamental por la Constitución, fuerza concluir que debía procederse como lo ordena el artículo 135 - 4 ibídem, rechazando de plano la solicitud de nulidad que en tal circunstancia se apoya.**

*Sin otras consideraciones, por cuanto la otra argumentación aducida concierne al hecho mismo del cual se hace derivar la nulidad invocada, cuya improcedencia ha quedado clara, se mantendrá la resolución impugnada<sup>3</sup> (negrilla y subrayado, fuera de texto).*

De la anterior cita puede evidenciarse que al igual que en el caso que se estudia, se trata de una nulidad innominada, la cual se basa principalmente en la imposibilidad de allegar la contestación de la demanda y el poder para actuar en el término establecido, imposibilidad que surgió, como el mismo incidentista lo manifiesta “de un error involuntario” , al enviar el poder para actuar y la contestación de la demanda a una dirección electrónica errada, debida a su falta de conocimiento de la virtualidad y de las fuentes de información de la rama judicial.

---

<sup>3</sup> Nulidad Supralegal / Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 3 de julio de 2002, Referencia: Expediente No. 25290-3103-002-1998-0350-01, M.P. José Fernando Ramírez Gómez

Igualmente menciona el incidentista que no recibió el link para poder asistir a la audiencia inicial surtida el 2 de diciembre de 2020, pese a haber solicitado dicho enlace; las manifestaciones del incidentista si bien pueden dar cuenta de una situación irregular, no dan pie a una causal de nulidad de las establecidas taxativamente en el artículo 133 del CGP, pues la evidencia que se encuentra en el expediente, demuestra que el demandado se encontraba debidamente notificado por lo que conocía del proceso en su contra, igualmente se encontraban a su disposición las fuentes o formas para verificar la dirección electrónica del despacho para allegar los documentos o información pertinente, por lo que no es de recibo el argumento esgrimido de falta de conocimiento de la virtualidad, pues de no conocer los medios, debió buscar asesoría; igualmente el despacho en el auto que convoca a audiencia inicial, solicitó a las partes allegar la dirección electrónica a la cual se debía enviar la invitación, enlace o link para la audiencia inicial, información que el incidentista no allegó en su momento, por lo que el juzgado no contaba con los datos pertinentes para realizar dicha invitación.

Por otra parte, alega el reclamante que fue cumplido el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, pues la conciliación que se surtida el 17 de septiembre del 2019, se realizó por fuera del municipio en el que residía el demandado, pero lo que observa la Sala es que a dicha conciliación compareció el apoderado de la parte demandada, por lo que no es viable alegar una violación al debido proceso, pues dicha conciliación si tuvo lugar, pese a que las partes no hayan llegado a ningún acuerdo, lo que da por surtido el requisito de procedibilidad.

Por último, respecto a la posibilidad de declaratoria de desistimiento tácito que expresa el incidentista, el Tribunal solo tiene para decir que esto no debe de ser alegado a través del presente

mecanismo, pues si bien considera la parte demandada que debe declararse tal figura procesal, así debió plantearlo pero en el momento pertinente y ante la autoridad competente para resolver, y no utilizar la oportunidad para sustentar un recurso de aplicación encaminada a un asunto distinto, para arrimar argumentos nuevos tendientes a esa declaratoria.

En las condiciones descritas, con fundamento en las consideraciones esbozadas y teniendo en cuenta el trasegar procesal relacionado, se infiere que en efecto no hubo la indebida aplicación normativa que se denuncia como irregular y como con acierto lo dispuso el A-quo, la decisión sometida a control de legalidad, vía apelación, se advierte conforme a derecho y por ello habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia.

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

**TERCERO:** Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

### **NOTIFÍQUESE**

**OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

**Magistrado**

**Firmado Por:**

**Oscar Hernando Castro Rivera**

**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: **e91cf4aae09435ee1d62bcab9fea299b9a670b2cdf041afa180619946d3b5bcb**

Documento generado en 19/05/2023 11:56:18 AM

**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**

**Referencia:** LIQUIDACION SOCIEDAD CONYUGAL

**Accionante:** SANTIAGO VALDERDE MONCAYO

**Accionado:** SANDRA MILENA RAMÍREZ ALEGRÍAS

**Asunto:** CONFIRMA AUTO APELADO

**Radicado:** 05440 31 84 001 2021 00121 01

**Sentencia No.:** 117

**Medellín**, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la apelación del auto proferido en audiencia del 16 de mayo de 2022, proferido por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE MARINILLA, mediante el cual resuelve las objeciones a la diligencia de inventarios y avalúos y excluye algunos pasivos y activos de la sociedad, en el marco del proceso de Liquidación de la Sociedad Conyugal, instaurado por SANTIAGO VALDERDE MONCAYO, contra SANDRA MILENA RAMÍREZ ALEGRÍAS.

**I. ANTECEDENTES**

**1.-** El señor SANTIAGO VALDERDE MONCAYO, inició proceso de Liquidación de la Sociedad Conyugal, en contra de la señora SANDRA MILENA RAMÍREZ ALEGRÍAS, la cual fue admitida el 19 de mayo de 2021, por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE MARINILLA.

**2.-** Transcurridas las respectivas etapas procesales, fue fijada como fecha para audiencia inicial, el 16 de septiembre de 2021, y dentro de la diligencia de inventarios y avalúos, fueron consolidadas algunas partidas y objetadas; fueron decretadas las pruebas que se y fijada fecha para recaudarlas y para resolver las objeciones planteadas.

**3.-** Entre el 11 y el 16 de mayo de 2022, (por suspensión), tuvo lugar la audiencia de práctica de pruebas y resolución de objeciones, en la que el A quo accedió a las objeciones presentadas por las partes a la diligencia de inventarios y avalúos y excluyó de aquellos inventarios los siguientes bienes:

demandante:

ACTIVO	
DESCRIPCION	VALOR
Dinero producto de venta de semovientes	\$1.000.000
PASIVOS	
CREDITO DE MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO	€ 106.000,00
A SANTIAGO VALVERDE MONCAYO POR ALIMENTOS PERROS	\$645.000,00
A SANTIAGO VALVERDE MONCAYO POR ALIMENTOS DE YEGUAS	\$647.500,00

SE EXCLUYE de los inventarios las siguientes partidas relacionadas por la parte demandada:

ACTIVO	
DESCRIPCION	VALOR
TRUCHERA	\$60.000.000,00
3 YEGUAS	\$15.000.000,00
PASIVOS	
CREDITO LETRA ASTRID	\$4.100.000,00
CREDITO ROBINSON	Por saldo no reconocido total de \$8.800.000,00

SE EXCLUYE de los inventarios las siguientes deudas presentadas por acreedores:

MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO: € 106.000,00 EUROS

ROBINSON RICARDO HENAO OSORIO: por \$8.800.000

JUAN FELIPE AGUDELO por \$2.000.000.

TERCERO: El inventario de bienes de la sociedad conyugal quedará así:

Argumenta el A quo, frente al emprendimiento agropecuario de la truchera, que se acreditó que el proyecto existió, pero que se extinguió estando en vigencia la sociedad conyugal, por lo

que el bien no debe de inventariarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 28 de 1932. Igualmente, al referirse sobre los semovientes asegura que los bienes ya no existen dentro de la sociedad, pues fueron vendidos por la parte demandante y su ganancia fue invertida en el mantenimiento de los mismos, por lo que lo que este activo no podrá sumarse en los bienes inventariados. Respecto al crédito a la señora Astrid Jiménez Cardona, sostiene que se acreditó que la deuda es personal de la demandada, pues esta fue adquirida después de haberse realizado el divorcio, por lo que se excluye del inventario. Frente a los pasivos internos, referentes a los alimentos de los perros se excluirán por haberse causado luego de generado el divorcio y los mismos fueron en preservación de los bienes sociales. **Finalmente, frente a la deuda a la señora MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO expresa el A quo que, el demandante no logró acreditar el título a través del cual dicho dinero entró a endosar las arcas de la sociedad, es decir si esto fue una donación o un préstamo, pues aunque se demostró que el dinero existió y con este se compró un inmueble en el barrio Los Colores de Medellín, la cual era parte de la sociedad conyugal, el cual posteriormente fue vendido para comprar el inmueble inventariado con M.I 018-154607, expresa el A quo que, no se entiende la razón por la cual no se le devolvió el dinero a la señora MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO si en ese momento la sociedad contaba con el dinero para hacerlo, en igual sentido nunca se le pagó alguna clase de intereses o abonos y sorprende que dada la cantidad de dinero, la supuesta acreedora no se haya garantizado dicha acreencia en alguna evidencia contundente que respaldara el contrato de mutuo que se predica celebrado y más teniendo en cuenta la animadversión que posee con la demandada. Así las cosas, decide el A quo que, no hay prueba contundente de la existencia de la naturaleza onerosa alegada ni puede declararse un**

**contrato gratuito como la donación, ya que se está en un escenario liquidatorio y no declarativo ni se aportó prueba del requisito de insinuación, por lo que no se podrá incluir este pasivo dentro del inventario de avalúo.**

4.- Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, pidiendo que se revoque la exclusión del pasivo de 106.000 euros, argumentando que, dado el material probatorio allegado al juzgado, como los extractos bancarios de la acreedora (señora MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO) y de la demandada, los interrogatorios a la parte demandante, como a la misma acreedora, se logró demostrar que ese dinero efectivamente salió de la cuenta de la señora MONCAYO DELGADO e ingresó posteriormente a la cuenta de la señora RAMIREZ A. *"y no en calidad de regalo o donación como trato de hacerlo ver la parte demandada ya que así como mismo lo manifestó el señor Juez, es una suma bastante considerable como para ser donada así por puro placer; no entiende el suscrito como el señor Juez tuvo el argumento de "es una gran cantidad de dinero, si era un préstamo debió blindarse de alguna manera, con algún documento" y no tomo ese mismo argumento para fundamentar que era un regalo o donación, se pregunta este profesional del derecho ¿acaso no es una gran cantidad de dinero para ser donada?".* Argumenta el apelante, que tanto en el interrogatorio del señor VALVERDE como en el testimonio de la señora MONCAYO se escuchó que tal dinero era un préstamo, un negocio jurídico verbal, por lo cual, dicho dinero debía ser devuelto, una vez estuvieran en condiciones económicas de hacerlo. Así las cosas, manifiesta el apelante que, no comprende la decisión del A quo de excluir ese pasivo de 106.000 euros *"dentro de los cuales se encuentra la evidente cercanía de amor entre madre (Manuela Moncayo) e hijo (Santiago Valverde), para él fue un indicio de dadiva de su madre hacia su hijo, pero reitero, ambos en sus testimonios manifestaron que no fue*

*un regalo, fue un préstamo para ayudar al inicio de la nueva vida conyugal el cual debería devolverse una vez tuvieran la estabilidad económica.”Igualmente frente a la manifestación del A quo cuando dice que el testimonio de la señora MANUELA MONCAYO no fue creíble dada su desorientación en tiempo y espacio que presentaba al rendir su testimonio, manifiesta el apelante que “El señor Juez a la hora de valorar este testimonio solo acogió los elementos o argumentos que favorecían su tesis de no incluir este pasivo, ya que tomo argumentos muy personales, como el vínculo sanguíneo y emocional existente entre las partes (madre e hijo), también acogió el tema de que la señora Moncayo no agrada mucho de la ex esposa de su hijo ya que por cosas que no son objeto de este debate se fueron dando al transcurrir el tiempo, considera el suscrito que entre madre e hijo pueden celebrarse este tipo de negocios jurídicos y no por ello dejan de ser válidos, aun sin necesidad de suscribir un documento como protección”*

Por otra parte, la señora MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO quien buscó intervenir como acreedora de los 106.000 euros referidos, a través de su apoderado, presentó su apelación con argumentos muy similares a los anteriormente expuestos.

## **II. CONSIDERACIONES**

**1.-** De conformidad con lo reglado en el artículo 523 del Código General del Proceso, que desarrolla lo concerniente a la liquidación de sociedad conyugal o patrimonial, los inventarios presentados podrán ser objetados lo cual, por expresa remisión normativa, habrá de resolverse de conformidad con las reglas establecidas para el proceso de sucesión.

2.- Por su parte, el inciso 3º del numeral 1º del artículo 501 del Código General del Proceso indica: "En el pasivo de la sucesión se incluirán las obligaciones **que consten en título** que preste mérito ejecutivo, siempre que en la audiencia **no se objeten**, y las que a pesar de no tener dicha calidad se acepten expresamente en ella por todos los herederos o por estos y por el cónyuge o compañero permanente, cuando conciernan a la sociedad conyugal o patrimonial. En caso contrario las objeciones se resolverán en la forma indicada en el numeral 3. Se entenderá que quienes no concurren a la audiencia aceptan las deudas que los demás hayan admitido". (Subrayado fuera de texto original).

De la transcrita disposición normativa ha de colegirse que tanto las obligaciones que consten en títulos ejecutivos como las que no, podrán incluirse como pasivo social siempre que, en el caso de las primeras, consten el título y no se objeten o en el caso de las segundas, se acepten expresamente, o lo que es lo mismo, no por no incorporarse un título ejecutivo que pruebe la existencia de una obligación habrá lugar a su exclusión de tajo, pues en el marco del principio de libertad probatoria, podrá acreditarse por cualquiera de los medios disponibles en el ordenamiento.

Ahora bien, tal y como lo dispone el numeral 3º del precitado artículo, se practicarán las pruebas que las partes soliciten y las que de oficio sean decretadas en aras de resolver la objeción presentada y determinar si está llamada a prosperar.

**3.-** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación persiguen, tal precepto se encuentra estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso y es conocido como la carga de la prueba; la cual, ante su inobservancia, no produce más efectos que el de desfavorecer a quien, teniendo en su cabeza la necesidad de probar un supuesto fáctico para obtener una decisión favorable a sus propios intereses, no lo hace o lo hace de manera insuficiente.

Al respecto, la Corte Constitucional señala con precisión: *"En principio, el influjo e importancia del sistema dispositivo en el país, hizo que algunas normas de derecho civil incorporaran la teoría de la carga de la prueba. De conformidad con este principio, las partes tienen la responsabilidad de probar todo aquello que alegan en su interés. Esto permite, según la doctrina, que (i) las partes participen en igualdad de condiciones, (ii) entre ellas se geste un diálogo técnico y reglado; y, (iii) se garantice el principio democrático.*

*Con todo, aún con las pruebas aportadas por las partes, puede subsistir la incertidumbre en el proceso. En este tipo de escenarios, la doctrina ha propuesto una solución que permitiría develar la verdad. La tesis de la carga de la prueba tiene como base la libertad humana. Es por esto que las partes son libres de demostrar la ocurrencia de los hechos que pretenden hacer valer y, siéndolo, también son responsables por no actuar en procura de sus intereses"<sup>1</sup>.*

Así pues, pese a la flexibilización de tal concepto con la introducción de figuras como la de la carga dinámica de la prueba

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-129 de 2021.

tendiente a garantizar un escenario de verdadera igualdad procesal (que no es más que la materialización de la equidad en nuestro ordenamiento), la regla general impone al fallador descartar las tesis que, aún ventiladas oportunamente dentro del proceso, no encuentran asidero probatorio en el marco del mismo.

**4.-** Descendiendo al asunto bajo consideración, en el marco del proceso de liquidación de sociedad conyugal promovido por SANTIAGO VALDERDE MONCAYO, contra SANDRA MILENA RAMÍREZ ALEGRIAS, coincidieron las partes con el activo inventariado dentro de la masa patrimonial, no obstante, presentaron discrepancias únicamente frente al pasivo relacionado por la parte demandante, descrito como un crédito en favor de la señora MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO por la suma de 106.000 euros.

Como sustento de su objeción, la parte demandada manifiesta que, dicho dinero fue transferido como una colaboración a la sociedad conformada por las partes, no a título de crédito o alguna otra condición.

Tal y como aconteció en la audiencia de inventarios y avalúos, no cabe duda para esta Sala que, aunque se logró demostrar a través de las pruebas documentales aportadas en el expediente, la salida del dinero de la cuenta de la señora MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO y el ingreso a la cuenta de la señora SANDRA MILENA RAMÍREZ ALEGRIAS, no pudo establecerse fehacientemente la naturaleza de dicha transferencia, puesto que no se aportó ningún título ejecutivo que respalde lo argumentado por la parte demandante al manifestar que se trata de un préstamo, crédito o mutuo, al igual que no se aportó la insinuación de Donación de dicha suma de dinero que garantice lo manifestado por la parte demandada, máxime que debe

tenerse en cuenta que la parte demandada se opone rotundamente a considerar la existencia de dicho crédito o pasivo.

De la evidencia aportada en el expediente digital, queda claro que no existió título ejecutivo que garantizara la calidad o naturaleza de dichas transacciones, las únicas pruebas tendientes a demostrar la existencia de dicho crédito, que no logran tal objetivo, son las decretadas y practicadas, como los extractos bancarios y los interrogatorios practicados en audiencia del 11 de mayo del 2022, de las cuales solo se logró demostrar que, el señor SANTIAGO VALDERDE MONCAYO tiene un poder general sobre los bienes de su madre, la señora MARIA MANUELA MONCAYO DELGADO, lo que le permitía hacer uso de su patrimonio y realizar transacciones de su cuenta personal, se demostró la existencia de dicha suma de dinero a través de tres transferencias realizadas desde la cuenta de la señora MONCAYO DELGADO a la cuenta de la señora SANDRA MILENA RAMÍREZ ALEGRIAS, mas no se logró probarse, como bien lo dijo el juez de primer nivel, la naturaleza onerosa o gratuita de dichas transferencias.

En las condiciones descritas y con fundamento en las consideraciones esbozadas, teniendo en cuenta el trasegar procesal, se infiere que hubo una debida exclusión de pasivos en la diligencia de inventarios y avalúos, pese a que ello se denuncia como irregular, y que con acierto dispuso el A-quo tal exclusión, y así la decisión sometida a control de legalidad, vía apelación, se advierte conforme a derecho y por ello habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia.

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

**TERCERO:** Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE**

**OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

**Magistrado**

Firmado Por:  
Oscar Hernando Castro Rivera  
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: **dd25ec85060745ba19274d6085058e008ea244dfafcb910cd1889c42ee305952**

Documento generado en 19/05/2023 11:58:55 AM

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 - Impugnación Actos Asamblea  
**Demandante:** SONIA CLARA OSPINA OSORIO y otros  
**Demandado:** PARCELACIÓN COLINAS JUANITO LAGUNA P.H.  
**Asunto:** Revoca parcialmente auto apelado  
**Radicado:** 05376 31 12 001 2021 00279 00  
**Auto N°:** 115

**Medellín**, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a decidir el recuso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto del 26 de octubre de 2022, mediante el cual el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA CEJA, denegó la practica de unas pruebas testimoniales rogadas por la recurrente, dentro del proceso verbal de Impugnación de Actos de Asamblea, instaurado por SONIA CLARA OSPINA OSORIO, MARÍA CAMILA VIERA GUTIÉRREZ, MARÍA CECILIA GEALE DE FERNÁNDEZ, MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ RESTREPO, contra la PARCELACIÓN COLINAS DE JUANITO LAGUNA P.H.

**I. ANTECEDENTES**

**1.-** Ante la agencia judicial referida, se adelanta el proceso verbal de IMPUGNACIÓN ACTOS DE ASAMBLEA de la referencia.

**2.-** Dentro del escrito de demanda, la parte actora pidió entre otros, el decreto y práctica de los testimonios de ANDRES RESTREPO ISAZA y ESTEBAN ARROYAVE TRUJILLO.

**3.-** Por su parte, el extremo pasivo, al contestar la demanda, solicita decretar los testimonios de los señores ANDRES RESTREPO ISAZA y ESTEBAN ARROYAVE TRUJILLO, para que declaren *"sobre la citación, quorum y el transcurrir mismo de la asamblea"*

**4.-** Mediante auto proferido en audiencia del 26 de octubre de 2022, el Juez de conocimiento, dispuso el decreto de las pruebas pedidas por las partes, pero se abstuvo de decretar las probanzas testimoniales referidas, al considerar que no resultan necesarias, ni pertinentes para los fines del proceso, conforme a la fijación del litigio.

**5.-** Frente a tal decisión, la parte demandada interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, alegando que las pruebas si son conducentes y pertinentes con el fin de solventar su contradicción a la demanda.

**6.-** En la misma audiencia referida, el A quo resolvió el primero de ellos de forma desfavorable a su promotora y concedió el segundo, mismo que ahora ocupa la atención de la Sala.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

**1.-** Una de las máximas que ha dominado el aspecto demostrativo en el interior de un proceso judicial o de sus actuaciones adyacentes, se circunscribe a que las partes deben probar los hechos en que cimientan sus pedimentos *-onus probandi incumbit actore-*, pues de lo contrario verán frustradas sus aspiraciones. Es una regla general, que debe observarse tanto desde el punto de vista del pretensor como del resistente, independientemente de la posición procesal que desplieguen, en la medida en que el primero debe acreditar los elementos fácticos en los que basa su querer, pero con la correlativa obligación para el segundo de demostrar los mismos elementos, ya en torno de sus defensas; en otras palabras, lo que cada parte alegue debe ser evidenciado, para que en la misma forma sea declarado por el juzgador, circunstancia que no se opone a que existan presunciones a favor de una de las partes o que, por la facilidad para su aportación, se traslade la carga de probar cierto hecho al contrincante de quien lo trae a colación -cargas dinámicas de la prueba-, pues lo realmente importante es el conocimiento que a modo de comunidad de prueba empape al fallador, de surte tal que pueda resolver el conflicto con una verdad procesal equivalente a la real, aunque esto último suene a un ideal de justicia.

El caso es que en línea de principio el demandante o el opositor, según la situación, debe probar los hechos que soportan su petitum para que éste salga avante. Contrario sensu, salvo que por otra vía llegue la convicción, el mismo no prosperará.

La prueba constituye insumo fundamental para que el Juzgador adquiera el convencimiento y certeza que requiere para fundar su decisión, *thema decidendum*, conforme al debate planteado por el actor y el opositor en la relación jurídico procesal.

Los criterios que deben guiar al juez al momento de decretar las pruebas pedidas por las partes, son los de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, definidos entre otros, por el profesor Jairo Parra Quijano en su libro *"Manual de derecho Probatorio"* así:

*"LA CONDOCENCIA. Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado, el sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley. La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio.*

*LA PERTINENCIA. Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso. Así, como en nuestra vida diaria, al estar conversando con una persona sobre un determinado tema, consideramos bienvenidos a los que quieren hablar sobre el mismo y predicamos la impertinencia de quienes introducen*

*conversaciones sobre otros temas, exactamente lo mismo sucede en el proceso.*

*UTILIDAD DE LA PRUEBA. En principio las pruebas inconducentes e impertinentes, son inútiles, pero puede suceder que a pesar de que la prueba sea pertinente y conducente, resulte inútil. Los casos de inutilidad son: a) Cuando se llevan pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho, esto es, las llamadas *jure et de jure*, las que no admiten prueba en contrario. b) Cuando se trata de demostrar el hecho presumido sea por presunción *jure et de jure* o *juris tantum* cuando no se está discutiendo aquél. c) Cuando el hecho está plenamente demostrado en el proceso y se pretende con otras pruebas demostrarlo. Por ejemplo, el hecho es susceptible de confesión, está confesado y se piden otras pruebas para demostrarlo. d) Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y que ha hecho tránsito a cosa juzgada; o en el evento en que se trata de demostrar, con otras pruebas, lo ya declarado en la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada”.*

Entonces, una prueba resulta inconducente cuando no cuenta con la autorización legal de acreditar lo que aquella pretende demostrar (por ejemplo: prueba solemne o prueba con tarifa legal); es impertinente cuando el hecho del que se pretende su constatación dentro del proceso no tiene ningún vínculo con el objeto que se discute por las partes en el proceso, y por último, es inútil cuando no brinda ninguna convicción para el juez, como ocurre al querer comprobar una situación que ya se encuentra plenamente acreditada dentro del proceso y que por tal razón la prueba ya resulta innecesaria.

Dispone el art. 168 del C.G.P.: "*RECHAZO DE PLANO. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.*"

La prueba testimonial regulada en los artículos 208 y siguientes contenidos en el capítulo V del título Único de la sección tercera del Código General del Proceso ha sido definida por la doctrina como una narración que un tercero hace al juez sobre su conocimiento de los hechos en que se basa la pretensión o la excepción, según el caso. En tal sentido ha enseñado el maestro Hernando Devis Echandía que el "*testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza*"<sup>1</sup>.

**2.-** En el presente caso pide la parte recurrente la revocatoria del auto que negó por innecesarias e impertinentes las pruebas testimoniales varias veces mencionada, dentro del proceso verbal de Impugnación de Actos de Asamblea de la referencia.

El artículo 382 del Código General del Proceso se ocupa de definir la IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE ASAMBLEAS, JUNTAS DIRECTIVAS O DE SOCIOS, como "*La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los*

---

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo segundo, pag. 27

*dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.*

*En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.”*

En este entendido entonces, a quien invoca la impugnación de los actos o decisiones de asamblea, le corresponde probar las vulneraciones que manifiesta por este medio, mientras que el extremo pasivo, debe probar la legalidad de dichos actos.

**3.-** En busca de la verdad que necesita el asunto y del soporte de la decisión que ha de adoptar, el juez goza de amplias facultades para autorizar la practica de pruebas solicitadas, labor en la cual es admisible cualquier medio probatorio de los consagrados en el Código General del Proceso “...y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez...”<sup>2</sup>, pero en la labor de no permitir que el proceso pierda su rumbo y que la evidencia resulte de utilidad, también el juzgador tiene la posibilidad de rechazar in limine las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente

---

<sup>2</sup> Artículo 165 del C.G.P

superfluas; ese poder-deber deviene del contenido del artículo 168 del CGP.

Cualquier desvío del objeto de la prueba no es suficiente para ameritar su reproche, pues el legislador expresamente exige, como fue destacado, que se trate de "*las notoriamente impertinentes*". (Cursiva y subrayas con intención)

La expresión subrayada ya permite deducir que la impertinencia de la prueba debe saltar de bulto, aparecer al rompe o en otros términos observarse a primera vista, porque cualquier caso de duda al respecto obliga a que se opte por el recibo de la prueba en aras de no oponerse ni permitir que se ensombrezca la verdad, la "verdad verdadera" de que hablara Francesco Carnelutti en su obra LA PRUEBA CIVIL, es decir, como la finalidad del proceso es alcanzar la verdad verdadera y no la verdad formal, en caso de duda sobre la pertinencia de la prueba el juez debe optar por acceder a su práctica.

Todo para decir que el juez en tales casos debe actuar con suma ponderación y con criterio razonablemente laxo, porque bordea el riesgo de que cualquier yerro al respecto prive a la parte, al juez y a la justicia de alcanzar el derecho que se suplica en juicio.

**4.-** Si con los criterios esbozados se desciende al caso sub-júdice, desde ya es palpable que en la decisión atacada desacertó al negar el decreto de las pruebas testimoniales referidas, porque si bien el legislador otorgó al Juez la facultad de rechazar una prueba, cuando no cumpla con los requisitos de pertinencia, necesidad y

utilidad respecto de lo que es motivo de debate, en este caso los referidos preceptos se verifican en la prueba testimonial solicitada, pues lo que se pretende demostrar con ella, como bien lo manifiesta la parte recurrente, es que rindan testimonio *"sobre la citación, quorum y el transcurrir mismo de la asamblea"* objeto del litigio, es decir, demostrar si la convocatoria a la Asamblea Extraordinaria se realizó conforme a los estatutos y si dentro de la misma se cumplió con el orden del día, actos que son objeto y motivo de estudio que concierne a este proceso.

Finalmente, la admisión de la citada prueba, no implica un prejuzgamiento por parte del A quo, pues no hace suponer la convicción del hecho que se alega, dado que el alcance demostrativo de tales pruebas sólo puede estimarse al momento de la valoración del medio de convicción, no solo de manera individual, sino con el examen conjunto de todas las pruebas, al momento de decidir, toda vez que es el fallador quien puede considerar que la misma no cumplió el fin para el cual fue decretada. Tal como lo indicó el tratadista Hernando Devis Echandía en su libro "Teoría General de la Prueba Judicial", *"En la admisión de la prueba opera una calificación previa de la legalidad del medio presentado o aducido y su relación con los hechos del litigio o la causa sin que por ello, se esté valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción, que es una tarea propia del acto decisorio"*.

Las anteriores circunstancias obligan a que se practiquen las pruebas testimoniales referidas y rogadas por las partes, mismas que han venido citando, pero se repite, su valoración y eficacia a los

fines propuestos queda diferida para el momento de definir la instancia, todo en garantía del derecho al debido proceso.

Lo expuesto es suficiente para que se revoque la decisión protestada, y en su lugar se ordene al Juez de conocimiento, decretar las pruebas testimoniales referidas y solicitadas por las partes, fijando la agenda que corresponda, para luego valorarlas en la decisión de fondo que en derecho corresponda.

Por último, considera la Sala pertinente el pronunciamiento del A quo frente a la solicitud de la incorporación de la Licencia de Construcción otorgada mediante Resolución 1382 del 05 de abril 2022, pues la misma no se hace necesaria, ya que esta no hace referencia al objeto del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión de procedencia y naturaleza mencionada, y en su lugar se **ORDENA** al Juzgado Civil del Circuito de la Ceja, decretar las pruebas testimoniales referidas y solicitadas por la parte demandada, fijando la agenda que corresponda, para luego valorarlas en la decisión de fondo que en derecho corresponda, según lo expuesto en la motivación de este proveído.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas, porque las mismas no se causaron.

## **NOTIFÍQUESE**

**OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**  
**Magistrado**

Firmado Por:  
Oscar Hernando Castro Rivera  
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: **50f71713a8e2c27a2548d4c299fef825fe94081a29e058e48a63d84339997cde**

Documento generado en 18/05/2023 04:46:45 PM

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