



**DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA CIVIL – FAMILIA
(Área Civil)**

**ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada Sustanciadora**

Interlocutorio Apelación. Ejecutivo – **Decide**
Radicación 54001-3153-003-2017-00232-02
C.I.T. **2021-0362**

San José de Cúcuta, veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Procede este Despacho adscrito a la Sala Civil – Familia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en ejercicio de sus competencias legales, a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado del señor RAFAEL MORA CRUZ, promotor del Incidente de Levantamiento de Embargo y Secuestro incoado dentro del Proceso Ejecutivo promovido por **Minerales del Este Colombiano S.A.S. – “MIESCO S.A.S.”** contra **Mineros del Futuro Ltda.**, que se adelanta en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, en contra **del auto emitido el dos (2) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)**, mediante el cual se rechaza *“de plano la solicitud de incidente de levantamiento del secuestro efectuada”* por aquél, arribado a esta Superioridad el 14 de diciembre del año inmediatamente anterior.

2. ANTECEDENTES

En el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta se tramita el proceso ejecutivo en precedencia referenciado, dentro del cual, mediante proveído del 15 de enero de 2018, se dispuso el secuestro del establecimiento de comercio denominado

Mineros del Futuro Ltda., y para su realización se comisionó al Alcalde del Municipio de Chinácota¹.

Agregado el Despacho Comisorio No. 2018-002 de calenda 31 de enero de 2018 (auto del 21 de marzo de 2019 – folio 221 Cdo. Medidas Cautelares), dentro de la oportunidad legal prevista en el numeral 8 del artículo 597 C.G. del P., el señor RAFAEL MORA CRUZ promovió incidente de levantamiento del secuestro –El trámite incidental fue instaurado inicialmente por el aquí recurrente y los señores Fulgencio Izaquita Rincón, Ángela Rodríguez, Carlos Eliécer Arismendy Parada, Tobías Merchán Ortiz, Pastor Torres Soler, Lisímaco Burgos Correa, Margarita Rangel Parada, Pastor Miranda Mendoza, Pablo Abel Villamizar, José Ascensión Galvis Cañas, Alejandro Hernández Rubio, Emiliano de Jesús Chiquillo Durán, Flor del Carmen Estupiñán Villamizar, Gerardo Tambo, Gladis Raquel Arismendy Parada y Leonidas Buitrago León. Sin embargo, mediante proveído del 15 de julio de 2019, salvo respecto del señor Mora Cruz - recurrente, se rechazó frente a los demás el ruego jurídico²-. Tras el recaudo de algunas de las probanzas ordenadas, el incidente fue rechazado “*de plano*” con auto emitido oralmente en audiencia celebrada el día 2 de noviembre de 2021³.

Para arribar a esa determinación, el juzgado cognoscente empezó por puntualizar, que “*son presupuestos para la viabilidad de la **oposición al secuestro** (subraya y resalta la Sala), los siguientes: a) Que sea formulada por un tercero **dentro del término legal**. b) **Que contra ese tercero la sentencia no produjo efectos**. (énfasis de la a quo) c) Que ese tercero tenga el bien en su poder. d) Que ese tercero no derive sus derechos de la persona en quien radica el derecho real de propiedad. d) Que ese tercero alegue hechos constitutivos de su posesión. e) Que ese tercero demuestre plenamente la posesión que alega al tiempo en que se llevó a cabo la diligencia de secuestro”.*

Por ese sendero, sostuvo que “*en el caso tan particular del señor Rafael Mora encontramos que de acuerdo con las probanzas recaudadas*”, esto es, la Escritura Pública No. 3.962 del 23 de octubre de 1998 corrida en la Notaría 3ª de Círculo de Cúcuta, constitutiva de la persona jurídica Mineros del Futuro Ltda., el certificado de existencia y representación de la precitada sociedad, así como lo declarado por el incidentalista –Rafael Mora Cruz–, “*el mismo deriva su participación de los derechos que inicialmente ostentaban su señor padre José David Mora, este último quien como*

1 Folio 38 cuaderno físico. Expediente híbrido, cuaderno primera instancia, subcarpeta digital No. “002CuadernoMedidasCautelares”, actuación No. “001ExpedienteDigitalizado.pdf”

2 Folio 256 al 264 Cdo. No. 3 Incidente de desembargo.

3 Cuaderno primera instancia, subcarpeta No. “003CuadernoIncidenteDesembargo”, actuación No. “028AudienciaJuzgamientoParte1.mp4”, récord de grabación 02:50 a 31:22.

emerge de las pruebas antes descritas sí figuraba como socio de la demandada Mineros del Futuro”.

Agregó, que “no puede desconocerse el hecho de que en materia obligacional” de la sociedad limitada, “intrínsecamente se ve reflejado su patrimonio social, el que se encuentra compuesto por el capital o cuotas aportadas por cada uno de los socios y los propios bienes adquiridos por la sociedad, razón que se toma suficiente para concluir que la sentencia judicial proferida por el pasado 24 de enero de 2017 en contra de Mineros del Futuro produce efectos frente al señor Rafael Mora, como socio directo, y [de] los derechos que derivó de su señor padre, José David Mora, fallecido, hoy opositor de la medida de embargo y secuestro decretada sobre el establecimiento de comercio que pertenece a la sociedad demandada”.

*Con todo, dejó sentado que “queda claro que al existir un interés directo del aquí solicitante en la sentencia y las demás decisiones judiciales de ella derivadas, dado precisamente del vínculo con la ejecutada por la condición de socio que despliega a través del ejercicio de la misma de su señor padre, **es lo que hace que deba rechazarse (...) de plano la oposición que formula dando aplicación a lo establecido en el numeral 1 del artículo 309 del Código General del Proceso;** aclarándose que se hace justamente en este momento en atención a que se requirió del recaudo de algunas pruebas que permitieron al despacho llegar a esta conclusión”.*
(subraya y resalta la Sala)

Inconforme con tal decisión, el apoderado judicial de la parte incidentalista interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación⁴. En esencia, argumenta que “una [cosa] es la persona jurídica y otra son los socios, y quererlos concatenar con el tema de los aportes, es hilar muy fino (...), porque realmente en esa parte no hay relación”. Luego, la extensión de los efectos de la sentencia proferida en este asunto a los socios, viola “el debido proceso” pues éstos no fueron citados “para responder en el proceso” como tales. De ahí que, de cara al “proceso judicial, (...) para que la sentencia tenga efectos, ellos (refiriéndose a los socios), tenían que haber sido vinculados al proceso para ejercer su derecho de defensa y (...) contradicción, cosa que no aparece por ninguna parte. Entonces, el señor Rafael Mora, como los demás solicitantes de este levantamiento de medidas cautelares, no están en esa situación

⁴ Ibídem, récord de grabación 31:27 a 46:05.

de que se les extiendan los efectos del mandamiento ejecutivo y de la orden de seguir adelante la ejecución porque no fueron parte en el proceso”.

En tal virtud, tilda que, *“de un plumazo”*, la decisión pone al señor Mora Cruz, *“y a los otros señores”* (refiriéndose a aquellos junto a quienes el señor Rafael Mora Cruz inició este trámite), *(...) frente a una situación en que no pueden ejercer un derecho como es el de posesión que es un derecho fundamental (...) de poseer sus cosas, y aquí es donde era la instancia para ello”*, razón por la que *“se les está cercenando ese derecho fundamental de posesión porque es propiedad de ellos”*.

Añade, que al amparo del control de legalidad se debe tener en cuenta que *“equivocadamente llegaron al inmueble* (refiriéndose al predio en el que funciona el establecimiento de comercio objeto de la diligencia de secuestro), *y nadie se dio cuenta, que, una cosa es el embargo del establecimiento de comercio y otra cosa muy diferente es el embargo de un bien inmueble (...)”* como son *“los patios y la báscula, [que] son bienes inmuebles por destinación, [ya que] los patios son tierra”*. Por ende, reclama que el *a quo* ha debido sobre esta situación *“haberse pronunciado”* en la medida en que, se pregunta, *“cómo se va a hacer si esos inmuebles nunca fueron ni alinderados, ni de ninguna manera ubicados, ni determinados en sus direcciones, [y] no se sabe cuál es su certificado de libertad y tradición”*.

Por lo anterior, ruega la revocatoria de la decisión y, en su lugar, se prosiga con el trámite para *“demostrar que Mineros del Futuro no es poseedor [de] los bienes que fueron embargados allá (...), [toda vez que] (...) no están bajo la posesión de Mineros del Futuro sino de unas personas naturales, que son las que (...) mencion[ó], y en el caso específico el señor Rafael Mora.”*

En la misma diligencia, el recurso horizontal fue despachado desfavorablemente, para lo cual el juzgado de conocimiento, en resumen, reiteró los argumentos con los cuales rechazó el trámite incidental; por tanto, mantuvo la providencia objeto de censura y concedió la alzada impetrada, lo que explica la presencia de la actuación en esta Superioridad.

3. CONSIDERACIONES

Realizado el control de legalidad que manda el artículo 132 del Código General del Proceso, no se advirtió vicio ni irregularidad alguna que configuren nulidad; así

mismo, efectuado el “examen preliminar” dispuesto por el artículo 325 *ibídem*, están cumplidas las exigencias de que trata el artículo 322 *ejusdem*.

En esta oportunidad, el problema jurídico a resolver recae en determinar si, de acuerdo con las pruebas recaudas en el proceso, puede colegirse que como “la sentencia judicial proferida por [el a quo] el pasado 24 de enero de 2017 en contra de *Mineros del Futuro produce efectos frente al señor Rafael Mora, como socio directo, y [de] los derechos que derivó de su señor padre, José David Mora, fallecido*”, no se encuentra facultado para promover el presente incidente de levantamiento de secuestro de los bienes que “*pertenece[n] a la sociedad demandada*”.

Para dar respuesta al problema jurídico, es menester primeramente recordar que, a voces del numeral 8 del artículo 597 C.G. del P., y mediante trámite incidental, es factible decretar el levantamiento del embargo y secuestro, cuando un “tercero poseedor” que no estuvo presente en la diligencia de secuestro reclama al juez cognoscente que tenía la “posesión material del bien” al momento en que aquella se practicó. Tal es el texto de la norma: “Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:

(...)

8. Si un tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro solicita al juez del conocimiento, dentro de los veinte (20) días siguientes a la práctica de la diligencia, si lo hizo el juez de conocimiento o a la notificación del auto que ordena agregar el despacho comisorio, que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquella se practicó, y obtiene decisión favorable. La solicitud se tramitará como incidente, **en el cual el solicitante deberá probar su posesión.**”

(Subraya y resalta la Sala)

Como puede verse, en dicho trámite incidental pesa en hombros del incidentante probar su posesión frente al bien objeto de cautela al tiempo en que se practica la diligencia de secuestro.

Sobre el particular, el Tribunal de Casación, en providencia que guarda vigor, tiene explanado, que “el ordenamiento ha previsto un mecanismo eficaz para que los terceros tengan la posibilidad de amparar la posesión que detentan frente al bien objeto de secuestro. Así las cosas, la persona que dice alegar la tenencia con ánimo de señor y dueño de la cosa secuestrada, cuenta con la posibilidad de solicitar el

*levantamiento de esa medida cautelar por medio de un trámite incidental, en el cual deberá demostrar su relación posesoria con el bien cautelado.”*⁵

Y es que, cuando el tercero poseedor afirma que detenta la posesión material del bien objeto de cautela, ello **“conduce a la necesidad de efectuar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y, por contera, implica también el forzoso análisis de la legitimidad de la persona que promueve la petición incidental de que se trata.”**⁶ (Subraya y resalta la Sala)

Lo anterior para significar que, como es bien sabido, si el juzgador aplica disposiciones ajenas al trámite puesto a su consideración, incurre en vía de hecho, y por ahí, trasgrede el derecho fundamental al debido proceso pues la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada.

Visto lo anterior, y teniendo muy en cuenta que el incidentante censura que la determinación adoptada por la juez *a quo* el pasado 2 de noviembre de 2021 trasgrede el derecho fundamental al debido proceso, y *per se*, lo deja en *“una situación en que no pueden ejercer un derecho como es el de posesión”*, adviene apropiado verificar el trámite propuesto por el incidentante, así como analizar si el mismo obtuvo el pronunciamiento que amerita el ruego jurídico.

Anticípese, que lo reclamado por el incidentante no recibió por parte de la juzgadora de primer nivel un pronunciamiento en el que se valore la aserción del señor Rafael Mora Cruz –incidentante– en su originaria significación legal. Véase porqué.

Mediante el escrito genitor el señor Mora Cruz indica en la *“REFERENCIA”* (sic) que el asunto que formula corresponde al *“Incidente de levantamiento de medidas cautelares”*; tanto es así, que en el acápite de *“FUNDAMENTOS DE DERECHO”* indica, desde el punto de vista procedimental, que su trámite encuentra sustento en el *“artículo 597 numeral 8° y concordantes del C.G. del P.”*. Es decir, el incidentalista al amparo de la condición de *“tercero poseedor”*, formula incidente de desembargo de los bienes precisados en el libelo.

5 STC5590-2014, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, 7 de mayo de 2014, reiterada en la STC12642-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco, 28 de septiembre de 2018.

6 Ejusdem.

En tal virtud, y poniendo de presente *“los mismos términos en que quedaron identificados”* los bienes en la diligencia de secuestro de calenda 10 de julio de 2018, anunció que es poseedor *“con ánimo de señor y dueño”* de lo siguiente:

- a. La zona de báscula y pesaje que fue materia de secuestro en la diligencia adelantada el día 10 de julio de 2018.
- b. Los Patios que fueron relacionados dentro de los bienes relacionados en el ilegal secuestro y que se identifican como:

Patio N°1: Encontramos un montículo mediano de carbón y dos (2) pequeños.

Patio N°2: Tres (3) montículos pequeños de carbón.

Patio N°3: Un montículo grande de carbón.

Patio N°4: Vacío.

Patio N°5: Un (1) montículo grande de carbón.

Patio N°6: Un (1) montículo grande de carbón y dos (2) pequeños.

Patio N°7: Cuatro (4) montículos grandes de carbón, a la derecha encontramos una bocamina con un letrero con la insignia de NIVEL 3 MINEROS DEL FUTURO LTDA. ÁREA RESTRINGIDA, y un cuarto o habitación de polvorín.

Patio N°8: Un (1) montículo grande de carbón.

Patio N°9: Vacío.

Patio N°10: Vacío.

Patio N°11: tres (3) montículos de carbón pequeños.

Patio N°12: Dos (2) montículos pequeños de carbón.

Y con miras a respaldar esa manifestación de *“posesión material”*, reseña como actos de señorío, *“desde el año 2000”*, los siguientes:

- a. El encerramiento en cercas de alambres de púas y portones metálicos todo ello para su seguridad, lo que incluye la báscula y los patios.
- b. La adecuación de 15 patios en tierra, con su número asignado, que se han hecho durante todo este tiempo, por parte de mis poderdantes.
- c. La instalación de una báscula de manera permanente con su correspondiente software y obras civiles.
- d. El pago de los impuestos de predial y complementarios a nombre de MINAS MATURÍN L.T.D.A., que está bajo la tenencia de mis representados, desde que le fueron entregados como parte de pago.
- e. La explotación económica de esos terrenos y de los patios para el acopio de carbón.
- f. Desde el mes de marzo de 2018, los patios de carbón ya descritos fueron entregados en arrendamiento por mis poderdantes y otros poseedores comunes, a la empresa CARBONES EL EDEN S.A.S., identificada con NIT N° 900488092-7, y cuya destinación de acuerdo al contrato es: *“EL ARRENDATARIO se compromete a utilizar el inmueble para el funcionamiento de un establecimiento de comercio en el cual se desarrollaran únicamente las siguientes actividades: servicios de bascula, acopio de carbón y otros, no podrá ceder pero si subarrendar parcialmente solo los patios de acopio”*.
La empresa CARBONES EL EDÉN S.A.S., ha venido reconociendo puntualmente los cánones de arrendamiento pactados a mis representados.

Además, aclara que *“los predios”* en los que se encuentra la zona de pesaje y báscula, así como los patios de acopio de carbón, todo lo cual quedó secuestrado *“como parte del establecimiento de comercio”* objeto de medida cautelar, fueron

recibidos *“como parte de pago de acreencias laborales por parte”* del empleador Minas Maturín Ltda. (Adosa acta del proceso de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades).

Como puede verse, el señor Rafael Mora Cruz acudió al mecanismo previsto para, como tercero poseedor, amparar la posesión que dice detentar sobre los bienes acabados de reseñar. Es decir, el interesado –Rafael Mora Cruz– promovió, en calidad de tercero, no como socio de la sociedad demandada, incidente de levantamiento de medida cautelar, trámite dentro del que, como quedó explanado, está llamado a acreditar fehacientemente la posesión que aduce ejercer, como persona natural, no como socio, al tiempo de practicarse la diligencia de secuestro.

Si lo anterior es así, como en efecto lo es, trasluce que lo previsto en el numeral 1 del canon 309 C.G. del P. –*“El juez rechazará de plano la oposición a la entrega formulada por persona contra quien produce efectos la sentencia, o por quien sea tenedor a nombre de aquella”*–, que es aplicable por disposición del ordinal 2° del artículo 596 *ejusdem* a la *“oposición al secuestro”*, no tiene cabida en el incidente de desembargo promovido por *“tercero poseedor”*.

En ese orden de ideas, y dado que la solicitud de levantamiento de medida cautelar que incoara el señor Rafael Mora Cruz se rechazó de plano por el juzgado de conocimiento con estribo en que él no se encuentra legitimado para adelantar ese trámite porque la sentencia que dirimió la contienda surte efectos en su contra (numeral 1° del artículo 309 adjetivo), emerge claro que la falladora de instancia inobservó e inaplicó la disposición que gobierna el asunto puesto a su consideración –numeral 8° del artículo 597 C.G. del P.–, en razón a que con tal determinación se relevó de emitir un pronunciamiento que zanje de fondo el asunto, o lo que es lo mismo, pretermitió la emisión de *“un pronunciamiento valorando la citada manifestación de la incidentante en su verdadera significación legal”* ⁷. Dicho de otro modo, omitió la jueza de conocimiento analizar, bajo el estudio de las pruebas oportunamente pedidas y aportadas que han de ser decretadas y practicadas, si queda acreditada fehacientemente la posesión que aduce ejercer el incidentante sobre los bienes secuestrados.

Por lo tanto, razón le asiste al apoderado del recurrente para aseverar que la decisión censurada deja al señor Mora Cruz *“frente a una situación en que no puede*

7 STC5590-2014, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, 7 de mayo de 2014.

ejercer un derecho como es el de posesión”, y de esa forma, se trasgrede el derecho fundamental al debido proceso del incidentante.

Puestas de tal modo las cosas, fulgura que la determinación adoptada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta mediante auto adiado 2 de noviembre de 2021, esto es, mediante el cual se rechaza de plano el incidente de desembargo, carece de soporte jurídico, razones suficientes para proceder a su revocatoria y devolver lo actuado a objeto de que la jueza de conocimiento continúe con el trámite y profiera la decisión sobre el fondo del asunto teniendo muy presente lo discurrido en esta providencia. Sin costas por no haber lugar a ellas.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala Civil – Familia,**

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el auto proferido el dos (2) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **DEVOLVER** lo actuado al juzgado de origen para que continúe con el trámite y tome en cuenta lo precisado en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas por no haber lugar a ellas.

TERCERO: En firme la presente providencia, **devuélvase la actuación** al juzgado de origen, previa constancia de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁸

ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada

Firmado Por:

Angela Giovanna Carreño Navas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Civil Familia
Tribunal Superior De Cucuta - N. De Santander

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:

841d3cbbedcf378f7979243443eeb7e1ae781de9e406a1dbf7c36c6e8fc388cd4

Documento generado en 27/01/2022 08:56:22 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente: ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ

Ref. Alberto Balaguera Mendoza vs Sofy Esmeralda Sánchez Suarez
Rad 1ra Inst. 540013160002-2020-00281-00 - Rad. 2da. Inst. 2021-0299-01

San José de Cúcuta, Veintisiete (27) de
Enero de dos mil veintidós (2022)

1.- Al despacho presidido por el suscrito servidor le fue encomendada la tarea de definir la apelación que la abogada de la demandada formuló en contra del auto adiado 25 de Junio de 2021. Tal proveído fue dictado por la Juez Segunda de Familia de esta capital, en el marco del proceso de impugnación e investigación de paternidad adelantado por Alberto Balaguera Mendoza en contra de Sofy Esmeralda Sánchez Suarez, madre de la menor H.V.B.S.

ANTECEDENTES

1.- El nombrado demandante decidió emprender el tipo de litigio relacionado con antelación, en procura de lograr que se declare que no es el padre de la menor H.V.B.S., a quien había reconocido voluntariamente. Pidió, además, que se hiciesen las correcciones a que hubiere lugar en el registro civil de nacimiento para los efectos pertinentes.

Para ver de obtener ese cometido contó que antes de promover la acción impugnaticia se sometió a una prueba de marcadores genéticos junto a la infante. Gracias a ello descubrió la inexistencia del vínculo paternal biológico, pues el resultado de la pericia arrojó la exclusión de paternidad¹.

2.- Tramitar el proceso fue responsabilidad asignada al Juzgado Segundo de Familia de Cúcuta, previo surtimiento del reparto de rigor. Notificada que fue del admisorio, la demandada se opuso al triunfo de las pretensiones, proponiendo para el efecto las excepciones de caducidad y

¹ Archivo 001 - Expediente Digitalizado folios pdf 9 al 11

*"Renuncia al derecho de impugnar la paternidad por reconocimiento voluntario y expreso en documento público"*².

Así trabada la relación procesal, la juez de conocimiento emitió proveído el 21 de Abril de 2021 por medio del cual corrió traslado a las partes de la prueba de ADN anexa al libelo. En respuesta, la abogada de Sofy Esmeralda manifestó su oposición a esa probanza y solicitó la práctica de un nuevo dictamen de marcadores genéticos, que incluyera a todo el grupo familiar. Es que, según explicó, las observaciones consignadas en la experticia exhibida no tienen la contundencia, ni tampoco la certeza absoluta indispensable para establecer la verdad buscada y determinante para proferir decisión de fondo. Sumado a que no aparece la certificación expedida por la Comisión de Acreditación y Vigilancia que garantice la eficiencia científica de los resultados³.

EL AUTO RECURRIDO

1.- La *a quo* se pronunció al respecto de esto último mediante proveído del 25 de Junio siguiente. Se decantó por negar el decreto de la prueba peticionada, considerando que⁴:

a) Ahora bien, dentro del término legal concedido, la apoderada demandada presentó solicitud de práctica de nuevo dictamen, escrito en el que no se alegaron razones que constituyan reproche alguno al resultado obtenido en el informe pericial aportado con el escrito genitor pues la togada de la parte pasiva se limitó a indicar: "(...) En el ítem Interpretación del análisis de la toma de muestras de sangre que arrojó el resultado de ADN se dice que "... para que la paternidad sea compatible se requiere que ella hijo (a) herede unos alelos de la madre biológica y el otro alelo del padre..." (...) Por otra parte se aprecia en dicho dictamen en el ítem de resultado podría ser explicado por las siguientes situaciones: (...) que se tratara de un quílmico genético. Sin embargo, en el perfil genético obtenido del usuario Alberto Balaguera Mendoza código 2008292, no se evidencian alelos adicionales en ninguno de los loci analizados, que indicaran la presencia de esta rara situación genética (...) En la información suministrada en la cadena de custodia se dice que el usuario Alberto Balaguera Mendoza código 2008292 no ha tenido un trasplante (sic) de médula ósea. En el evento que la información aportada sobre trasplante de médula ósea no sea correcta, se tendría que evaluar otro tipo de tejido para llevar a cabo el estudio y se tendría que valorar el resultado con base a los perfiles que se obtengan del reanálisis genético (...)". De igual manera manifestó que: "(...) No aparece acreditada certificación expedida por la Comisión de Acreditación y Vigilancia que garantice la eficiencia científica de los resultados (...)".

contrario a lo manifestado, lo cierto es que dicho laboratorio sí se encuentra acreditado y certificado para realizar la práctica de la prueba de ADN según lo consignado en la página web del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/laboratorios_acreditados_actualizado_dic_2017.pdf

2.- Contra esa determinación se presentó reposición y en subsidio apelación por la integrante del extremo accionado, a fin de revertir lo que allí se decidió. Para alcanzar ese

² Archivo 005 - Contestación de la demanda

³ Archivo 024 - Solicitud de Información y Contestación

⁴ Archivo 037 - AutoNo.1146

objetivo, luego de hablar sobre la conducencia y pertinencia de la prueba, argumentó que la juez de primer grado dejó de analizar todo lo referido en el escrito a través del cual se señalaron los reparos al dictamen allegado por el demandante. Agregó que allí sí se hicieron análisis de las razones y motivos justificatorios de la obtención de una nueva experticia. Y aprovechó para dejar dicho que esta última carece del porcentaje de probabilidad superior al 99.9% exigible por la Ley 721 de 2001, lo que solo puede esclarecerse tras realizar una segunda valoración científica⁵.

3.- Mediante auto del 11 de Octubre se le dio solución a la reposición incoada, en sentido de declararla improcedente por no haber sido debidamente fundamentada. Se echó de menos, en concreto, cuál era la falencia en que supuestamente se había incurrido por la juzgadora, por modo de volver la mirada sobre el auto atacado a efectos de poder eventualmente modificarlo⁶.

Concedió, eso sí, la apelación propuesta en subsidio, al verificar que su proveído era pasible de ser atacado por esa vía, de acuerdo a la descripción contenida en el numeral 3 del artículo 321 de la legislación adjetiva en vigor. Y escogió para su tramitación el efecto devolutivo, todo lo cual explica la presencia de la actuación en esta Superioridad.

Y para cumplir con ese laborío se pasa a continuación a exponer estas breves:

CONSIDERACIONES

1.- La Sala es competente para conocer de esta cuestión, conforme al artículo 31 del Código General del Proceso. Además, está a salvo de duda que la providencia cuestionada es pasible de alzada, por cuanto se ajusta a la descripción contenida en el numeral 3 del artículo 321 del Código General del Proceso. Por lo demás, su proposición fue oportuna, provino de la partícipe del litigio a quien lo decidido causa agravio (legitimación), el efecto escogido (devolutivo) fue el correcto, y se dio cumplimiento a lo reglado en los artículos 326 y 322 numeral 3 *ejusdem*.

2.- En orden a darle solución a la censura es preciso principiar por decir que el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 de manera expresa dispuso que en esta clase de procesos el juez, de oficio o a solicitud de parte:

⁵ Archivo 039 - Anexo1

⁶ Archivo 042 - AutoNo.1790

"...decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales trasmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia".

No obstante, la Corte Suprema de Justicia se encargó por vía jurisprudencial de señalar que en beneficio de la certeza de la paternidad y del derecho a conocer quiénes son los padres biológicos de una persona, el citado canon no es de aplicación optativa, sino que constituye una "potestad-deber".

2.1.- Con ocasión de los avances tecnológicos y científicos, se expidió la Ley 721 de 2001, la que en concordancia con la Ley 1060 de 2006, estima que en los casos en los cuales se discuta la paternidad o maternidad es imprescindible practicar la prueba de ADN, constituida como el material genético que se halla en los seres vivos y contiene características heredadas de los padres biológicos, cuya probabilidad de determinar filiación sea superior al 99.9%.

La Ley 721 de 2001 consagra en su artículo 1 lo siguiente:

"En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%".

Además, en los parágrafos 1°, 2° y 3° de dicho canon preceptúa que:

"Parágrafo 1°. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales".

"Parágrafo 2°. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo"

"Parágrafo 3°. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información.

a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;

b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;

c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;

d) *Frecuencias poblacionales utilizadas;*

e) *Descripción del control de calidad del laboratorio.*

Así las cosas, la mentada disposición introdujo unos cambios trascendentales en la disciplina probatoria aplicable a los procesos de filiación. A partir suyo resulta mandatorio para el juez decretar la prueba científica de marcadores genéticos, pero no en cualquier lugar, sino en aquellos laboratorios que se encuentren certificados conforme estándares internacionales. Además, como es lógico, debe velar porque la experticia presentada se ofrezca clara, precisa y descriptiva de los métodos empleados.

2.2.- Con la expedición del Código General del Proceso se derogaron los artículos 11, 14 y 16 a 18 de la Ley 75 de 1968, así como el 7 y 8 de la 721. En su remplazo, el nuevo estatuto describió en su precepto 386 las reglas especiales a seguir "en todos los procesos de investigación e impugnación". Tales reglas son las siguientes:

1. *La demanda deberá contener todos los hechos, causales y petición de pruebas, en la forma y términos previstos en el artículo 82 de este Código.*

2. *Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial.*

De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

Las disposiciones especiales de este artículo sobre la prueba científica prevalecerán sobre las normas generales de presentación y contradicción de la prueba pericial contenidas en la parte general de este código.

El juez ordenará a las partes para que presten toda la colaboración necesaria en la toma de muestras.

3. *No será necesaria la práctica de la prueba científica cuando el demandado no se oponga a las pretensiones, sin perjuicio de que el juez pueda decretar pruebas en el caso de impugnación de la filiación de menores.*

4. *Se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda en los siguientes casos:*

a) *Cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 3.*

b) *Si practicada la prueba genética su resultado es favorable al demandante y la parte demandada no solicita la práctica de un nuevo dictamen oportunamente y en la forma prevista en este artículo.*

5. *En el proceso de investigación de la paternidad, podrán decretarse alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que el juez encuentre que la demanda tiene un fundamento razonable o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de la paternidad. Así mismo podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad.*

6. *Cuando además de la filiación el juez tenga que tomar medidas sobre visitas, custodia, alimentos, patria potestad y guarda, en el mismo proceso podrá, una vez agotado el trámite previsto en el inciso segundo del numeral segundo de este artículo, decretar las pruebas pedidas en la demanda o las que de oficio considere necesarias, para practicarlas en audiencia.*

7. *En lo pertinente, para la práctica de la prueba científica y para las declaraciones consecuenciales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 721 de 2001 y las normas que la adicionen o sustituyan.*

2.3.- En cuanto a la obtención y aportación de los dictámenes periciales, no puede dejar de decirse que al entrar en escena el CGP se introdujeron también cambios sustanciales a esta especie de medio suasorio. Resulta ser que el sistema previsto en el Código de Procedimiento Civil era reconocido como "dictamen con perito oficial". En la nueva normatividad, por el contrario, se adoptó el llamado sistema de "perito de parte", de inveterada usanza en el derecho anglosajón. La idea en que se sostiene este último es que la parte que pretenda hacer valer un dictamen pericial, tendrá que aportarlo y por ello mismo habrá de ser ella quien libremente escoja al experto que tendrá la misión de elaborarlo. El juez, por ende, no interviene en su producción sino nada más para ponerlo en conocimiento de la contraparte, controvertirlo y valorarlo. Esto permite darle agilidad al proceso, en especial a los jueces, puesto que les ahorra el trabajo de solicitud, admisión y decreto del dictamen. Así se desprende, *expressis verbis*, del canon 227 de la codificación en comentario, cuyo texto es así:

"La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas."

Otra de las modificaciones de la nueva reglamentación concierne con la contradicción del dictamen. Anteriormente este acto debía hacerse por medio de los trámites de adición, aclaración, complementación u objeción por error grave. Pero con la entrada en vigencia de la oralidad, la forma de hacer oposición cambió y ahora se surte según indica el artículo 228, así:

"La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor".

2.4.- No obstante lo anterior, es necesario destacar que en los procesos de investigación de paternidad tanto la Ley 721 como el vigente artículo 386, imponen como obligatorio un examen científico susceptible de contradicción. En ese orden, este último texto contempla la posibilidad de pedir nuevas pruebas, según se aprecia en el numeral 2:

"De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen".

A reglón seguido, estipula el inciso 2 que:

"Las disposiciones especiales de este artículo sobre la prueba científica prevalecerán sobre las normas generales de presentación y contradicción de la prueba pericial contenidas en la parte general de este código"

Con todo, este aparte guarda armonía con el 228, que en su párrafo único también se refiere a lo imperativo que resulta justificar cuáles han de ser aquellos errores que desmerecen, deprecian o hacen dudoso el dictamen originalmente presentado por una de las partes. La norma en cita dice esto:

"PAR. - En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito.

En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen".

3.- Estas brevísimas y apretadas explicaciones lucen suficientes, con todo, para desatar los embates de que fue blanco la decisión cuestionada. Es que muy al pronto se aprecia que la petición probatoria de orden pericial postulada por la apoderada de la demandada, no se hizo acorde a las exigencias que consagra normativa que orienta este medio de convicción.

Recuérdese que lo que en el caso se discute es la filiación del demandante con la menor HVBS, la cual se encuentra dubitada por cuenta de la prueba genética preprocesal que concluyó que entre ellos no existe vínculo biológico alguno. La madre de la niña -integrante del extremo accionado- a través de su abogada cuestiona y desconoce los resultados de la experticia. Y en aras de infirmarla pide que se practique una nueva prueba de ese mismo tipo.

Sin embargo, cierto fue que al postular lo del segundo dictamen lo hizo con desapego de las cargas mínimas que el legislador le exige para ese menester. Esto es, en momento alguno se ocupó de indicar *"los errores que se estiman presentes en el primer dictamen"*, tal como se lo exige el segundo inciso del artículo 386 transcrito en precedencia.

Es que, según se lee en su memorial, la recurrente se limitó a requerir el decreto de una segunda prueba de marcadores genéticos, pasando por alto hacer ver con exactitud cuáles fueron los supuestos errores en que incurrió el primer perito. Esta condición o requisito trae consigo una carga argumentativa, en pos de evidenciar que el dictamen inicial adolece de yerros que ameriten recibir otra visión experta.

En el caso concreto, la petición elevada por el extremo demandado no se halla debidamente postulada y motivada, ni tampoco se concretaron en ella los errores del examen genético practicado por el Instituto de Genética Servicios Médicos Yunis Turbay Y Cía. S.A.S., órgano certificado para tales efectos, como lo consigna en el reporte. Ratificada, además, por la información que aparece en la página web del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Es que la opositora se contentó con señalar de modo genérico y abstracto que el dictamen era insuficiente para el cabal descubrimiento de la verdad de interés a la causa. En efecto, tras hacer transcripción de varios de los apartes de las conclusiones de los genetistas, remató la solicitud de práctica de la nueva experticia con este texto:

Conforme a lo consignado se observa señora juez, que el dictamen emitido no tiene la contundencia ni tampoco la certeza absoluta indispensables para establecer la verdad ni determinante para para proferir decisión de fondo, reiterando entonces disponer la práctica de una nueva prueba antropoheredobiológica con la presencia de todo el grupo familiar..."

Recibo notificaciones en las direcciones que aparecen en la actividad procesal.

Por más amplio, garantista y comprensivo que se pudiera ser, lo que se observa con mucha claridad es que en momento alguno se dice en ese aparte cuál fue el desperfecto de técnica o de procedimiento en que incurrieron quienes tomaron las muestras, quienes las procesaron y quienes determinaron su resultado. Es decir, no hubo una motivación racional para justificar la obtención de una nueva prueba genética, merced a que el solo inconformismo frente a un resultado arrojado por un ente certificado para la realización de este tipo de muestras, no basta para justificar su refacción.

Amén que no se trajeron unos fundamentos sólidos y/o técnicos que tuvieran la fuerza suficiente para al menos generar la curiosidad por la práctica de un nuevo dictamen. No se generó un estado de vacilación frente a la experticia presentada, ya que solo se hicieron planteamientos subjetivos de la parte inconforme con el resultado, a fin lograr denigrar el aportado por el demandante y darle licencia a uno nuevo.

4.- Todo ello apunta a que efectivamente no se podía acceder a la práctica de la probanza mencionada en este proveído, tal como lo concluyó la juez a quo. Y por ello luce incuestionable la decisión apelada, por lo que aquí habrá de recibir íntegra confirmación.

DECISIÓN

En mérito de lo considerado, el suscrito magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR lo resuelto en el auto adiado 25 de Junio de 2021, proferido por la Juez Segunda de Familia de esta capital en el marco del proceso de impugnación de paternidad adelantado por Alberto Balaguera Mendoza en contra de Sofy Esmeralda Sánchez Suárez, madre de la menor H.V.B.S.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Por la secretaría de la Sala procédase a devolver el expediente digitalizado al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Roberto Carlos Orozco Nuñez
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Cucuta - N. De Santander**

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:

044dc40fd1f2bd0cf7ef9ede35dfeddab6ee8f1a2618c6027d471b86d11f7394

Documento generado en 27/01/2022 02:43:39 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**