

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá, D.C., marzo veintiséis de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación : 25899-31-10-001-2016-0046-03
Aprobado : Sala 08 de marzo 18 de 2021.

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por los extremos del proceso contra la sentencia proferida por el juzgado primero de familia de Zipaquirá el 18 de septiembre de 2020, que declaró la existencia de la filiación paterna demandada y le negó el reconocimiento de efectos patrimoniales, al considerar acreditada la excepción de mérito de caducidad de los mismos.

ANTECEDENTES

1. Con escrito presentado el 9 de febrero de 2016, Fernando, José Luis, Sandra y Consuelo Pinzón Rodríguez, obrando como herederos de su fallecido padre José María Pinzón, interponen demanda en contra de los herederos indeterminados del causante Pedro Antonio García Rodríguez, así como contra sus sucesores determinados, hijos matrimoniales Lilia Inés, Marina, Pedro Ignacio, Clara Georgina, Germán Antonio y Juan Alberto García García; Marie Carolina y Eduardo Alfonso García Martínez en representación de su fallecido padre Carlos Eduardo García García hijo matrimonial del demandado causante y los herederos determinados e indeterminados de Marcos García García fallecido hijo del demandado Pedro Antonio García Rodríguez.

Como pretensión principal se pide declarar que José María Pinzón, quien nació el día 26 de octubre de 1936 y murió el 11 de julio de 2011, es hijo extramatrimonial de Pedro Antonio García Rodríguez fallecido el 13 de enero de 2013.

Como pretensiones consecuenciales reclamaron la petición de herencia, que se declarase que los demandantes en representación de su fallecido padre tienen derecho a participar en el reparto herencial de los bienes del causante Pedro Antonio Rodríguez García, en el primer orden hereditario, la reivindicación para la sucesión de seis bienes inmuebles de propiedad de aquél, la nulidad de su memoria testamentaria recogida en la escritura 2096 del 17 de noviembre de 2019 de la notaría 41 del círculo de Bogotá y que se impusiera a los demandados hijos, en razón de los bienes relictos ocultados y distraídos, la sanción del artículo 1824 del C.C.

Se relató que entre el presunto padre demandado y la señora Teresa Pinzón madre del fallecido presunto hijo, existieron relaciones sexuales entre el 26 de diciembre de 1935 y el 26 de abril de 1936, quedando aquella embarazada y dando a luz el día 26 de octubre de 1936 a José María Pinzón.

Teresa Pinzón entregó su hijo recién nacido a su padre, quien entonces tenía 22 años, y este lo dio al cuidado de quien luego fuera su madrina de bautizo Elvira Fajardo, quien al igual que aquellos padres era vecina de Zipaquirá, y durante los primeros 10 años de vida su padre por intermedio de ella le proporcionó todo lo que su hijo necesitaba para su crianza,

educación y establecimiento, configurándose una posesión notoria del estado civil, dándole un trato afectuoso, presentándolo a parientes y amigos como su hijo y, por ello, se le tuvo y aún se le considera como su descendiente.

Pero desde los 10 años de edad el padre empezó a tratar a su hijo como un trabajador suyo y, sin pagarle, le hacía colaborar en sus arduas labores de ganadería, con rudeza le castigaba con maltratos físicos y malquerencias que fueron en aumento, a punto de darle el padre dinero a su hijo para que se fuese a vivir a Venezuela, ofrecimiento que no se aceptó; que esas malquerencias se convirtieron en animadversión, a punto tal que los dos, que terminaron ejerciendo la misma actividad en Zipaquirá, en esos reducidos espacios cuando se cruzaban el padre evitaba al hijo con un desafecto que se mantuvo hasta su muerte.

Que el presunto hijo demandante murió el 11 de julio de 2011 y el demandado padre el 13 de enero de 2013, sin reconocer formalmente su paternidad y sus cuerpos fueron incinerados.

Notificado el extremo pasivo determinado concurrió oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones, aduciendo que no era el demandante hijo del fallecido demandado y que todos los reclamos consecuenciales de contenido económico habían caducado, pues la demanda se presentaba después de 2 años de fallecido el presunto padre.

Asimismo, se negaban los hechos sustento del reclamo y se formularon excepciones de mérito de inexistencia de las relaciones sexuales, inexistencia de los hechos que sustenten la posesión notoria del estado civil, caducidad de toda pretensión de contenido económico, conforme al artículo 10 de la ley 75 de 1968, así como presentando múltiples excepciones contra las demás pretensiones consecuenciales.

El extremo actor entonces reformó la demanda para reducir el reclamo a la declaratoria de filiación y petición de herencia y agregar como hecho nuevo, que ya este reclamo había sido demandado dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre, demanda presenta el 16 de abril de 2013 por los mismos demandantes contra los mismos demandados, que se admitió por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá el 25 de abril de 2013 y que entre el 13 y el 24 de septiembre de 2013 fueron notificados todos los convocados.

Pero formulada la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, la misma prosperó en primera instancia y fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal, auto de diciembre 7 de 2015, que conllevó la terminación del proceso; no obstante, por la regulación de los artículos 94 y 95 del C.G.P., el reclamo de petición de herencia no ha caducado.

Los demandados determinados contestaron a la reforma, que fue admitida con auto de abril 24 de 2017, oponiéndose a la prosperidad de las únicas pretensiones principal y consecencial, y reiteraron sus excepciones de mérito de inexistencia de relaciones sexuales, inexistencia de la posesión notoria del estado civil, carencia de elementos que estructuren la petición de herencia y falta de legitimación en causa activa y pasiva, caducidad de la pretensión de contenido económico petición de herencia, prescripción extintiva o liberatoria, prescripción adquisitiva, posesión de los demandados, buena fe, prescripción extintiva del pago de frutos y enriquecimiento sin causa.

Con auto del 23 de julio de 2017 se decretó la prueba de marcadores genéticos del ADN, a través de medicina legal, pero ante dificultades en su recaudo, a solicitud del actor, por auto del 9 de febrero de 2018 se dispuso su práctica a través de Servicios Médicos Yunis Turbay

S. en C., con la reconstrucción de los perfiles genéticos de los presuntos padre e hijo fallecidos, a través de las muestras tomadas a los hijos de una y otra stirpe.

El resultado de la prueba se recibió el 14 de junio de 2018 y estableció que la paternidad de Pedro Antonio García Rodríguez respecto de José María Pinzón era no concluyente, con base en los sistemas STRs analizados, pues conforme al artículo 2 de la ley 721 de 2001 debía la probabilidad acumulada de paternidad superar el 99.99 % y en el caso se determinó que era del 99.86523%.

Y sugiere el laboratorio, para complementar ese resultado obtener muestras de la progenitora de José María Pinzón mediante exhumación o bien realizar un haplotipo de cromosoma Y, entre uno de los varones reconocidos como hijos del presunto padre y del presunto hijo, para determinar el vínculo por vía paterna entre ellos, “bajo el principio de que todos los varones provenientes de un mismo linaje paterno tendrán idéntico haplotipo de cromosoma Y”.

Después de una discusión procesal sobre la procedencia de decretar la sugerida prueba del haplotipo Y, que fue zanjada por el Tribunal en auto del 25 de julio de 2019 ordenando al a-quo que la decretase, en auto del 13 de septiembre de 2019 se dispuso su recaudo y con auto del 5 de noviembre siguiente, atendiendo el requerimiento del laboratorio, se comunicó el nombre de los hijos escogidos para la práctica de la prueba.

El resultado se allegó el 21 de enero de 2020 y el análisis concluyó que el haplotipo de cromosoma Y detectado en las muestras de Fernando Pinzón Gutiérrez y Juan Alberto García García es idéntico entre ellos, y “Este resultado demuestra que entre ellos existe vínculo en el linaje paterno del haplotipo del cromosoma Y”

Que, “El haplotipo detectado en las muestras de FERNANDO PINZÓN GUTIÉRREZ código 1929051 y JUAN ALBERTO GARCÍA GARCÍA código 1929052 no se encuentra reportado en YHRD (Y-Chromosome STR Haplotype Reference Database) en 62737 haplotipos reportados el 2019/12/24.”

Corrido el traslado del medio recogido sin que se presentase reparo alguno por los extremos, por auto del 27 de agosto de 2020 se convocó para el 18 de septiembre siguiente para la audiencia de trámite en la que se oyeron alegaciones y se emitió el fallo de instancia inicial.

2. La sentencia apelada.

La jueza, tras el resumen de la demanda, la contestación y el trámite procesal, dejó fijado que actuaban los extremos procesales en representación de los fallecidos hijo demandante y padre demandado y precisó que, tras la reforma de la demanda, las pretensiones se concretaron en una principal de declaratoria de existencia del vínculo filial y una consequential de efectos económicos derivados de aquella o petición de herencia.

Resumió las excepciones de mérito que propuso el extremo demandado, inexistencia de los elementos para dar por probada las relaciones sexuales extramatrimoniales y la posesión notoria del estado civil, así como de los efectos económicos de la filiación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 75 de 1968.

Precisó el carácter obligatorio que desde la ley 721 de 2001 tenía el decreto de la prueba de marcadores genéticos del adn, cuyo resultado garantizaba con mayor grado de certeza la existencia de la filiación, y que la practicada por el laboratorio Yunnis Turbay tras reconstrucción de los perfiles genéticos de los presuntos padre e hijo fallecidos, arrojó un

resultado no concluyente y un índice de paternidad del 99.86125, ante lo cual el laboratorio sugirió la práctica de un examen de Haplotipo de cromosoma Y, entre uno de los hijos reconocidos de los fallecidos demandante y demandado.

Y como realizada la prueba se estableció que “el haplotipo de cromosoma Y es idéntico en los hijos examinados” la prueba resultaba determinante para proferir sentencia estimatoria y desestimar las excepciones de mérito, conforme al numeral 4 del artículo 386 del C.G.P., dado que hubo silencio en los extremos luego del traslado del resultado del examen de haplotipo Y.

Pasó al estudio de la excepción de caducidad de los efectos patrimoniales y señaló que opera en 2 años contados a partir de la muerte del presunto padre, según el artículo 10 del artículo 75 de 1.968, que en las demandas formuladas antes de consumada la caducidad, se podrá interrumpir su cómputo si se notifica al demandado dentro del año siguiente a su presentación y que, si ello no se lograba, sólo se suspendería a partir de la notificación del demandado.

Pero en el caso se configuraba, el presunto padre había fallecido el día 13 de enero de 2013 y la demanda sólo se formuló el 9 de febrero de 2016, y no podría darse aplicación al artículo 94 del C.G.P., ni el artículo 95 ídem, que hace alusión a la interrupción de la prescripción.

Que no era aceptable la alegación del actor de que la caducidad estaba interrumpida por una demanda anterior, presentada el 16 de abril de 2013, en la que se había notificado a los demandados pero la formulación de una excepción previa generó la terminación de ese proceso, pues esa demanda no había interrumpido la caducidad de la acción, no se cumplían las causales de interrupción como lo señala el auto 138 de 2006, ni lo establecido en el artículo 94 del C.G.P., que su definición no produjo efectos de cosa juzgada y se podía volver a presentar, como en efecto ocurrió, pero la interrupción que pudo aquella producir dejó de existir.

Negó entonces la pretensión única consecuencial y dio prosperidad a la excepción de mérito fundada en la falta de prueba de la interrupción de la caducidad, lo que adujo, conllevaba que se hiciese innecesario el estudio de las demás excepciones de mérito.

3. Los recursos de apelación

3.1. El demandante inconforme con el numeral segundo del fallo que declarada probada la excepción de caducidad, pide su revocatoria y que se conceda la petición de herencia y demás derechos económicos consecuenciales, tres argumentos soportan su reclamo.

3.1.1. Aduce que conforme lo regula el artículo 94 del C.G.P., desde el 14 de abril de 2013 se impidió que se configurara la caducidad, pues el presunto padre murió el 13 de enero de 2013 y los acá demandantes contra los mismos demandados presentaron ese día similar demanda de filiación y petición de herencia, acumulando otras pretensiones para recuperar la masa de bienes del causante que había ya sido desmantelada por los demandados, que ese libelo se admitió con auto del 23 de abril de 2013.

Que se demandó dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre y notificó a los demandados entre el 14 y el 24 de septiembre de 2013, dentro del año siguiente a la admisión, impidiéndose, conforme al art. 94 del C.G.P., la configuración de la caducidad que viene declarada. Que los demandantes exteriorizaron entonces su interés de reclamar sus derechos herenciales y de ello quedaron enterados los demandados, con la notificación de la demanda; y que la interrupción de la caducidad, ni por haber terminado ese proceso por declararse probada la excepción previa de inepta demanda, por indebida acumulación

de pretensiones, ni por elevarse esta nueva demanda, ya después de dos años de la muerte del presunto padre, ha perdido su eficacia o valor.

3.1.2. Que conforme lo regula el artículo 95 del C.G.P., la excepción previa, relativa, temporal o transitoria que fue allí declarada, inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, no hace inoperante la interrupción de la caducidad.

Pues el juzgado segundo de familia de Zipaquirá la dio por probada en auto del 14 de noviembre de 2014 y el Tribunal la confirmó, en auto del 7 de diciembre de 2015, 2 años y 11 meses después de fallecido el presunto padre, dando por terminado el proceso y haciendo ya imposible que se demandara en tiempo.

Que una lectura desprevenida del artículo 95 del C.G.P., advierte los casos en que opera la caducidad, y no se relaciona entre ellos cuando se declara probada la excepción temporal, relativa o transitoria de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, pues sólo tendría aquella operancia cuando prosperan las excepciones previas señaladas en los numerales 2 y 4 del artículo 95 del C.G.P., lo que no fue observado por el a-quo.

Por ello, declarada la terminación del proceso por encontrarse probada dicha excepción previa, en un proceso en que la demanda había sido oportunamente presentada y notificada a los demandados, nada impedía adecuarla y presentarla de nuevo, con la certeza de que la caducidad no ha operado.

Que la relación de eventos que trae el artículo 95 en los que sí opera la caducidad, es taxativa y no podía hacerse extensiva a otros casos distintos como lo hizo el a-quo, pues el proceso terminado el 7 de diciembre de 2015, 2 años y 7 meses después de haberse iniciado, no habría duda de sus efectos impeditivos sobre la operancia de la caducidad nunca resultaron inocuos.

3.1.3. Que, de existir dudas sobre la anterior conclusión, lo cierto es que en la sentencia recurrida tampoco considera el a-quo que la presentación de esta demanda y su notificación a los demandados por fuera del término, no ocurrió por culpa de la parte actora sino por factores que no le son imputables y no se le pueden entonces acarrear sus consecuencias.

Pues de las pruebas de las actuaciones allegadas se desprende que fue la actora en aquél primer trámite diligente al demandar y notificar a los demandados, que fueron enterados oportunamente, y fue la demora en el actuar de los jueces para decidir las excepciones previas, decisión final del Tribunal fue del 17 de diciembre de 2015 cuando ya era imposible presentar y notificar una nueva demanda dentro de los 2 años siguientes a la defunción del presunto padre, pues se tomó la administración de justicia el tiempo que faltaba para que operara la caducidad y para la segunda demanda ya era físicamente imposible su presentación, admisión y notificación dentro del término legal y que nadie está obligado a lo imposible.

Que tampoco le es atribuible culpa por la acumulación de pretensiones que generó la terminación del primer proceso, pues ante el desmantelamiento que de los bienes herenciales que realizaron los hijos demandados, era justificado el pretender, por economía procesal, la recuperación del activo herencial, acumulando pretensiones ligadas, derivadas del derecho de petición de herencia, “pretensiones de familia por naturaleza y competencia”.

A más de que no estaba entonces claramente definida la competencia para el conocimiento de aquellas, era ello un asunto doctrinario y jurisprudencialmente debatido, tanto así que en una sentencia la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, ante una pretensión de

competencia del juez civil, simulación de una compraventa que se acumuló con una acción reivindicatoria de un bien herencial, fueron ambas acogidas en esa sala de decisión; que era tan poco clara y dubitativa la falta de competencia que en la excepción previa fue declarada, que el juez a-quo había admitido la demanda sin reparo alguno.

Por último, señala que de asumirse que el presente caso si está incluido en el artículo 95 del C.G.P., pide considerar los argumentos de la Corte Constitucional de la sentencia C-666 del 28 de noviembre de 1996, al declarar parcialmente inconstitucional el numeral 4 del artículo 91 del C.P.C., que es similar al del artículo 95 del C.G.P.

Pues se consideró allí contraria a la constitución la sanción de ineficacia de la interrupción de la prescripción y operancia de la caducidad, al demandante que ha actuado de manera oportuna y diligente, cumpliendo sus cargas procesales, y que debido a factores que no le son atribuibles se ve enfrentado a la pérdida de su derecho sustancial así como de la oportunidad para accionar; cuando el error en la escogencia de la jurisdicción y especialidad obedece a divergencias doctrinales y jurisprudenciales en determinadas materias, que generan la nulidad de la actuación, pues vulneraba los artículos 29, 83 229 de la C.P. y dispuso la exclusión de esa sanción procesal en los casos en que las nulidades previstas en el artículo 140 numerales 1 y 2 del C.P.C., se configuraran sin causa atribuible al demandante.

.- Al recorrer el traslado el extremo demandado se opone a la prosperidad del recurso de su contraparte, aduce que la nueva demanda se presentó ya transcurridos dos años de la muerte del presunto padre, la caducidad estaba configurada y debía declararse porque la primera demanda fue rechazada y ese proceso desapareció del mundo jurídico como si nunca hubiese existido, y que lo contrario sería sostener que por el rechazo de una demanda que fue oportunamente presentada, podrían formularse en adelante, en cualquier tiempo, una o miles de demandas y que la caducidad ya no operaría.

Que no puede aceptarse el sustento de una sentencia de control de constitucionalidad, C-662 de 2004, que tiene otro objeto, para revocar la decisión que tiene un sustento legal atendible, pues la caducidad de la acción se sustenta en que el derecho de acceso a la justicia no es indefinido en el tiempo, su ejercicio está limitado por el legislador y es carga procesal del interesado ejercerlo a tiempo, so pena de que se extinga, por ello el artículo 278 inc. 3° del C.G.P., impone al juez el deber de decretarla oficiosamente mediante sentencia anticipada, cuando la encuentre establecida.

La caducidad regulada en el artículo 10 de la ley 75 de 1968, impone que fallecido el presunto padre existe un término de 2 años a partir de ese hecho para demandar y alcanzar los efectos económicos de la declaración que se extingue finalizado ese bienio, y si no se hace así, es el propio Estado a través del juez quien debe no seguir actuando en lo patrimonial pues la acción se ha extinguido.

Y como lo admite el actor en su demanda, el otro libelo que formuló en enero de 2013, inicialmente fue admitido, pero el proceso terminó porque se declaró probada una excepción previa que el Tribunal confirmó, en auto del 7 de diciembre de 2015.

Que son falaces los sustentos de la apelación, pues las normas que regulan la inoperancia de la caducidad, artículos 94 y 95 del C.G.P., no buscan ampliar el término de caducidad, sino determinar la fecha cierta a partir de la cual la presentación de una demanda puede interrumpir la caducidad, los efectos de la presentación de la demanda frente a la caducidad y la prescripción; que se aplican de forma objetiva, sin importar si quien demanda cumplió con sus cargas o el demandado con el deber de lealtad, o si los jueces observaron en debida forma sus funciones.

Pues no es atendible el argumento del actor de que la sola presentación de una demanda anterior, independientemente de lo que ocurre con su trámite y resultado final, sea suficiente para que opere la interrupción de la caducidad, pues equivaldría a que se extendiera o ampliara el término a futuro, contrariando las reglas de la hermenéutica, y lo convirtiera en indefinido al querer de un demandante.

Que el numeral segundo confutado observa el principio de legalidad y la doctrina probable, y pretende el apelante imponer su propia interpretación, con una cita de una sentencia de la Corte Constitucional para darle unos alcances que no tiene, tanto por la naturaleza del fallo como por los principios que fueron allí objeto de ponderación, omitiendo precisar que esa decisión está referida a casos en los que el proceso continúa y hay una decisión definitiva del juez que tiene jurisdicción y competencia; y no de una actuación en el que el demandante persiste en desacatar una orden procesal que conlleva el rechazo de la demanda y que se tenga por no formulada, como en el caso aconteció.

Que pretende el apelante revivir un asunto ya concluido con efectos de cosa juzgada, pues Juez y Tribunal consideraron que la demanda había sido mal formulada, en decisión que se encuentra ejecutoriada.

3.2. La parte demandada recurre inconforme con la prosperidad de la pretensión principal que pide sea revocada, considera que conforme al artículo 2º de la ley 721 de 2001, al tratarse de presunto padre y presunto hijo fallecido, debió obtenerse un resultado de la prueba de marcadores genéticos que arrojara una probabilidad de parentesco superior al 99.99 %, y ninguno de los múltiples exámenes alcanzó la plena prueba o certeza que es imperativo, como lo señala la ley y lo interpreta la Corte Constitucional en sentencia C- 476 de 2005.

Que tampoco existe prueba que permita dar por demostrada alguna de las demás causales establecidas en el artículo 4 de la ley 75 de 1968 para declarar la existencia de la paternidad, y a ellas debía acudir en casos en lo que, como acá ocurre, no se alcanza la plenitud de certeza sino sólo un porcentaje de probabilidad y debió hacerse uso de otros medios de prueba para acreditar una causal.

Y por el contrario están demostrados hechos que en la jurisprudencia y doctrina se aceptan como indicios negativos de paternidad, como que el presunto hijo en vida nunca demandó, de lo que se infiere que no tenía conocimiento de quien era su padre, que no hubo trato alguno entre los presuntos padre e hijo como se relata en la demanda ni se configura la posesión notoria, que sólo se presentaba una malquerencia del padre al hijo desde su edad menor que poco a poco se convirtió en animadversión total.

A más de que ni de la demanda ni los documentos con ella allegados se infiere situación alguna de donde presumir la existencia de relaciones sexuales o de cualquier otro hecho de donde derivar la paternidad extramatrimonial.

.- Al descorrer el traslado el actor se opone, aduce que aunque la prueba de marcadores genéticos recogida con los perfiles reconstruidos del presunto padre y del presunto hijo, a través de muestras de sangre de todos los hijos de uno y otro causante y practicada por el laboratorio Yunes Turbay no fue concluyente, sí determinó una probabilidad acumulada de 99.86.523% que faltaron 13.477 cienmilésimas, y si bien no alcanzó el 99.99% exigido por la ley, tampoco determinó incompatibilidades definitivas.

Que la prueba fue complementada con otra prueba directa científica y contundente, la del haplotipo del cromosoma Y que sugirió el propio laboratorio y que se practicó desde las mismas muestras de sangre a Fernando Pinzón hijo reconocido de José María Pinzón y a Juan Alberto García García hijo reconocido del demandado Pedro Antonio García

Rodríguez, para determinar el vínculo por vía paterna bajo el principio que todos los hijos varones provenientes del mismo linaje paterno tendrán idéntico haplotipo y cromosoma Y, dando como resultado que entre los examinados hijos existe un vínculo en el linaje paterno, del haplotipo del cromosoma Y, y que el resultado de esa prueba no fue controvertido.

Que esas dos pruebas científicas por lo armónicas, coherentes, valoradas en conjunto son prueba directa, científica, cierta e inequívoca que fundan válidamente la paternidad demandada, como lo decidió el a-quo, que son prueba de las relaciones sexuales que debieron existir entre Pedro Antonio García Rodríguez y María Teresa Pinzón Pachón, en el tiempo en que la ley presume la concepción del fallecido demandante, pues de lo contrario no tendrían los hijos de los extremos analizados el mismo cromosoma Y al que se hizo alusión.

Que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de septiembre de 2004, 2 de agosto de 2006 y diciembre 27 de 2008, aun en eventos en que el índice de paternidad ha sido inferior al determinado en la ley, la prueba de ese valor probabilístico es altamente persuasiva y su importancia no se desvanece y permite inferir que hubo relaciones sexuales, al no existir otra explicación probable para que la impronta genética del padre aparezca en el demandante.

CONSIDERACIONES

1. El análisis se inicia recordando las restricciones que la ley procesal le impone al ad-quem, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P., que señala que el recurso de apelación "...tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión", y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, que éste "deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio"

Por lo que, atendiendo los reparos que los recursos plantean, el Tribunal los resolverá empezando por el propuesto por el extremo demandado, pues como el mismo discute la declaratoria de existencia de la filiación paterna declarada, de prosperar haría improcedente cualquier estudio frente al reparo de apelación del demandante que alude a que se conceda la pretensión de reconocimiento de efectos patrimoniales que supone, necesariamente, que se mantenga la declaración de la paternidad.

2. La solución de la alzada.

2.1. Sabido es que en tratándose de determinación de la filiación del ser humano, desde la lectura de la jurisprudencia que rige y ha regido la materia, se puede afirmar que la ciencia ha venido de la mano con el derecho proporcionándole elementos de juicio en ese proceso investigativo, que desde muy vieja data se aceptó¹ por ser una verdad científica, que la prueba de hemoclasificación o de grupo sanguíneo, era determinante para excluir la paternidad del presunto padre demandado, cuando el contraste de los de aquel y del presunto hijo, así lo permitían aseverar.

Que luego la prueba antropoheredobiológica se constituyó en herramienta importante para el juzgador, pues su resultado positivo era un medio más que sumado al natural recaudo de la

¹ C.S.J. Sentencia de junio 11 de 1958, Sentencia de 6 de junio de 1995. Sentencia de agosto 12 de 1997. E-4533. "... siendo negativo a la paternidad natural reclamada, el análisis comparativo de los grupos sanguíneos de la madre de la demandante, de ésta y del presunto padre, no se hace necesario entrar a estudiar cada una de las causales de presunción de paternidad aducidas, por aparecer desvirtuadas con la prueba pericial practicada, razón por la cual la sentencia impugnada debe ser revocada en todas sus partes, para, en su lugar, absolver a la parte pasiva de las pretensiones formuladas.

prueba testimonial, corroboraba la prueba de la causal invocada, las más de las veces, relaciones sexuales extramatrimoniales entre el presunto padre y la madre del menor en el periodo de la concepción.²

Posteriormente, aparece la prueba de huella genética del ADN y su importancia en los procesos de reclamación e impugnación del estado civil se volvió trascendente a tal punto que en ellos, el derecho hubo de aceptar, primero por desarrollo jurisprudencial³ y luego por disposición legal, porque la ley 721 de 2001 impuso su decreto con el auto admisorio de la demanda y la definición del proceso acorde con el resultado de la misma,⁴ que lo que antes era una investigación para acreditar los hechos que conducían a establecer o desvirtuar una presunción legal, de la cual derivar la causal de impugnación o establecimiento del estado civil, se tornaba ahora en una comprobación científica, que aun sin ninguna otra inferencia, la estructura genética del componente ADN, factor transmisible de generación en generación, podrá determinar con probabilidad cercana a la certeza, qué ser humano derivaba o no del otro, o lo que es igual, si el demandado era o no el padre del demandante.

Y sometida a control de constitucionalidad esa disposición legal, la Corte Constitucional⁵ la declara exequible y expone en su fallo que: “*De lo anterior, podemos inferir que el legislador obligó al juez a decretar la prueba, que en el estado actual de la ciencia, es definitiva para que el niño pueda saber con exactitud quienes son sus padres...*”

2.1.1. Vinculación de estos procesos con la prueba genética que no varió con las reformas introducidas por el artículo 386 del C.G.P.⁶, que sigue imponiendo el recaudo de la prueba y esa regulación la Corte Constitucional la encontró conforme a la Carta Política y en sentencia C- 258 de mayo 6 de 2015, sobre la protección de derechos fundamentales que de ella emana destacó: “...*la importancia de la prueba radica no sólo en que puede establecer los verdaderos vínculos de filiación de una persona, sino en el efecto que de ello se deriva, que consiste en la protección efectiva de los derechos del presunto hijo a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella, a tener un estado civil, y a la dignidad humana. De igual manera, supone la protección de los derechos fundamentales del presunto padre o madre a decidir libremente y en pareja el número de hijos que desea tener, a la personalidad jurídica, a la filiación y al acceso efectivo a la administración de justicia*”.

2.1.2. El reparo del extremo demandado se centra en la afirmación de que como no fue concluyente para la existencia de la paternidad demandada el resultado de la prueba de marcadores genéticos, inferior al exigido 99.99%, no se probó una causal de las que, conforme a la ley Cecilia, permitiría la declaratoria de existencia del vínculo filial y por ello la declaración efectuada en el numeral primero del fallo debe revocarse, pues tal exigencia es un imperativo legal como lo interpreta la Corte en sentencia C- 476 de 2005.

En efecto, la prueba de marcadores genéticos del DNA acatamiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 721 de 2001, en auto del 9 de marzo de 2016, y fue realizada por el Instituto de Genética Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C., que previa reconstrucción de perfiles genéticos del presunto hijo y del presunto padre y practicó la

² “... la penitencia, per se desprovista de cualquier otro elemento de convicción no tiene la virtualidad de ubicar en el tiempo el trato sexual...” C.S.J sentencia de 24 de noviembre de 1987. M.P. Eduardo García Sarmiento. G.J. 2427.

³ C.S.J. Sentencia de marzo 10 de 2000 “El dictamen pericial hoy no solo permite excluir sino incluir con grado de certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto. De la prueba crítica, en la que el razonamiento legislativo para inferir la paternidad y autorizarla a declarar judicialmente recorre varios caminos (el hecho conocido y probado -v.gr. el trato especial entre la pareja -el hecho inferido -las relaciones sexuales y el segundo hecho inferido -la paternidad-) se pasa hoy, con ayuda de la ciencia, a una prueba de los hechos científica, cual es la de excluir a alguien como padre o la de incluirlo con grado de certeza prácticamente absoluta, mediante análisis y procedimientos técnicos avalados mundialmente y tomados en el estado presente como ciertos e indubitables. Se pasa hoy, casi directamente al fin último de las presunciones legales que contempla la ley 75 de 1968: declarar la paternidad o desestimarla”

⁴ Art. 8° parágrafo 2° Ley 721 de 2001 “En firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el juez procederá a decretarla, en caso contrario se absolverá al demandado o demandada”

⁵ Corte Constitucional C- C-807 de 2002

⁶ Artículo 386 numeral 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 renuncia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial.*

prueba genética que analizó 14 perfiles de ADN que arrojó un resultado no concluyente y un índice de paternidad acumulado de 99,86523%.

2.1.2.1. Sin embargo, en estos eventos en los que la prueba genética no acredita la exclusión de la paternidad, ni tampoco el porcentaje en el índice de probabilidad que señaló el legislador necesario para acceder al reclamo, puede el juez acudir a la práctica de otras pruebas que le permitan, con la valoración de aquella, acceder o negar el reclamo.

Consideración que fue el soporte de la decisión de ése Tribunal de decretar la realización del examen de haplotipo de cromosoma Y entre uno de los hijos varones reconocidos del señor Pedro Antonio García Rodríguez y uno de los varones reconocidos por el señor José María Pinzón para determinar el vínculo por vía paterna entre ellos, bajo el principio de que todos los varones provenientes del mismo linaje paterno tendrán idéntico haplotipo de cromosoma Y, que como alternativa proponía el laboratorio que practicó el análisis inicial.

Auto del 25 de julio de 2019 en el que se precisó que “... el juez está obligado no solamente a “disponer que la prueba de ADN se practique en el curso del proceso, sino que además, lo conmina a que ésta se evacúe con el auxilio de todos los adelantos científicos disponibles, para así alcanzar la convicción necesaria para decidir”, lo que implica que el fallador debe comprometerse “con el recaudo efectivo e íntegro de la prueba”⁷.

En esos términos, la expectativa que ofrece la ley es que los exámenes genéticos excluyan definitivamente la paternidad o arrojen altísimas probabilidades de paternidad, por lo que al juez le corresponde colmar ese anhelo, “al punto que no resulta aceptable que abandone la prueba, ni que la deje a medio camino cuando sus resultados no son concluyentes, sino que es menester que enfoque su actividad a agotarla hasta donde sea posible”⁸, motivo por el que es válido concluir que cuando el juzgador no agota en plenitud la prueba genética, lo que ésta haciendo es impidiendo su efectiva práctica, dejando a las partes en un estado de incertidumbre equivalente a la ignorancia, lesionando su garantía de probar la paternidad y el derecho fundamental a la filiación.

5. Ahora bien, por ser pertinente para resolver la apelación que se plantea, debe aclararse que la ciencia ha señalado que después de la fecundación, la mitad del ADN del cigoto tendrá origen materno y la otra mitad paterno, de la madre y el padre se heredan un conjunto de veintitrés cromosomas cada uno, entre los que se encuentra el cromosoma que determina el sexo biológico de la descendencia, así: la madre cede obligatoriamente un cromosoma X, mientras que el padre puede contribuir con un cromosoma X o Y, de manera que si acaece la primera opción, el cigoto será biológicamente de sexo femenino, pero si se aporta un cromosoma Y, tendrá sexo masculino⁹.

Durante el proceso de reproducción sexual, esos cromosomas heredados recombinan sus genes, esto es, intercambian información genética entre sí, lo que determina la combinación de características y la eliminación de otras que pueden ser desventajosas para una población.

El cromosoma Y es un importante componente del genoma humano que aun siendo uno de los más pequeños, con un tamaño aproximado de 60 Mb, lleva a cabo funciones biológicas esenciales, como lo son la determinación del sexo y su intervención en la fertilidad masculina¹⁰.

Los estudios cito-genéticos identifican varias regiones de este cromosoma: la porción pseudoautosómica (dividida a su vez en las regiones PAR y PAR 2) y una específica del cromosoma Y.

⁷ *Ibíd.*, pág. 46.

⁸ *Ibíd.*, pág. 47.

⁹ DÍAZ SARMIENTO, Luisa Fernanda. Análisis de 17 loci de STR de cromosoma Y en las poblaciones de Bogotá y Santander con fines genético poblacionales y forenses. Tesis presentada para optar al título de magíster en Ciencias Biológicas. Bogotá, D.C.: Instituto de Genética Humana. Facultad de Medicina. Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

¹⁰ QUINTANA-MURCI, Lluís y FELLOUS, Marc. The Human Y Chromosome: The Biological Role of a “Functional Wasteland”. [en línea]. *En: J Biomedical Biotechnol.* 2001, vol. 1.1, p. 18-24. [Consultado el 8 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC79676>.

Las primeras permiten el intercambio de material genético con sus homólogas del cromosoma X durante la meiosis, representando sólo un 5% del tamaño total del cromosoma Y, mientras que su región específica alcanza la mayoría de la extensión del mismo y está compuesto por el denominado “NRY” o sección no recombinante, la cual no se intercambia “con ninguno de los cromosomas, por lo cual sus loci se transmiten inalteradamente por línea paterna de generación en generación”¹¹.

Ciertamente, además del ADNmt, que se transmite por vía materna sin sufrir recombinación, el cromosoma Y, “portador de los genes determinantes del sexo masculino, también se hereda uniparentalmente (en este caso por vía paterna) y no padece fenómenos de recombinación en prácticamente toda su extensión (...)”¹². “Esta falta de recombinación hace que el cromosoma se comporte como un gran fragmento único de ADN, portador de un haplotipo que se transmite intacto de padres a hijos, a no ser que actúen fenómenos de mutación”¹³.

Así, la parte no recombinante del cromosoma Y retiene un historial de los eventos transformadores que han ocurrido en un linaje masculino a lo largo de la evolución. Ello se debe a que aquel es holándricamente transmitido, de padres a hijos, sin recombinarse durante la meiosis. Por tanto, el estudio de las diferentes mutaciones que esta molécula ha sufrido durante su evolución puede contribuir a descifrar las historias de las poblaciones humanas¹⁴.

Se entiende entonces porqué los laboratorios genéticos han venido utilizando ampliamente el análisis del cromosoma Y, “tanto en casos rutinarios, en los que se dispone de todas las muestras necesarias, como en casos especiales de difícil solución por métodos clásicos, por ejemplo, aquellos en los que se carece de muestra perteneciente al presunto padre (Odelberg et al 1988), análisis de líquido amniótico para determinación de paternidad en fetos (Ishiyama et al 1988), paternidades a realizar sobre restos óseos, en ausencia de madre, con familiares en ausencia de ambos progenitores, etc”¹⁵.

Pues señala la ciencia en la materia que: “los polimorfismos de cromosoma Y (STRs) pueden proporcionar información adicional en casos de investigación biológica de paternidad en hijos varones cuando, por fallecimiento del progenitor u otras causas, no estén disponibles datos genéticos relativos al presunto padre (Pena y Chakraborty 1994). **Esta falta de datos puede suplirse con los obtenidos de familiares varones por línea paterna para comprobar si su haplotipo coincide con el del supuesto hijo. También pueden aportar ayuda en la confirmación de exclusiones.** Trabetti et al (1996) y Weichhold et al (1996) han revisado paternidades con exclusión probada y la han corroborado, en un elevado porcentaje de ellas, utilizando únicamente el sistema DYS19”¹⁶.

6. De donde se comprende la sugerencia del laboratorio que adelantó la prueba inicial, pues comoquiera que la herencia del cromosoma Y es exclusivamente paterna y se mantiene generación tras generación a lo largo del linaje masculino, sin ningún otro cambio que los producidos por eventos mutacionales, el análisis de este cromosoma en la investigación de la paternidad ha permitido una mayor eficacia en casos difíciles, como aquellos en los que el presunto padre ha fallecido y es necesario tomar muestras de restos cadavéricos y otros familiares directos del mismo, los cuales no pueden ser descifrados con el nivel de certeza necesario bajo la metodología de los STRs autosómicos.

Y como lo han sostenido numerosos informes de investigación, aunque no es posible obtener un resultado inclusivo a través de esta prueba, ella sí tiene la potencialidad de complementar el dictamen tradicional, excluyendo definitivamente la paternidad o corroborando los datos recopilados en éste último, en eventos de extrema dificultad como los que se presentan cuando el presunto padre ha

¹¹ CAL TEBA, María Luisa. Análisis de polimorfismos de ADN microsatélite de cromosoma Y. Estudio de la población de Galicia y aplicaciones forenses. Tesis presentada para optar al título de doctora en Medicina. Santiago de Compostela: Facultad de Medicina. Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pág. 28.

¹² *Ibid.*, pág. 31.

¹³ “Las secuencias autosómicas recombinan en cada generación, mientras que la región específica del cromosoma Y y el ADNmt no lo hacen. Por consiguiente, el material autosómico de un individuo procede de múltiples ancestros, pero tanto el cromosoma Y (excluyendo las regiones pseudoautosómicas) como el ADNmt provienen de un único antepasado” (*Ibid.*, pág. 31).

¹⁴ *Op. cit.*, QUINTANA-MURCI y FELLOUS, pág. 24.

¹⁵ *Op. cit.*, CAL TEBA, pág. 43.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 44.

fallecido y no se puede disponer de una muestra biológica de aquel, pues permite investigar a cualquiera de sus parientes y comprobar si su haplotipo es coincidente.”

2.1.2.2. Ahora bien, como resultado del examen se concluyó que el haplotipo de cromosoma Y detectado en las muestras de Fernando Pinzón Gutiérrez y Juan Alberto García García es idéntico, y “Este resultado demuestra que entre ellos existe vínculo en el linaje paterno del haplotipo del cromosoma Y”, para la Sala resulta válido concluir que si fue el fallecido demandado padre del también fallecido demandante, pues sólo ello explica que examinados los 14 STRs de sus perfiles genéticos reconstruidos a partir de las muestras de sangre de sus hijos tengan índice de paternidad acumulado de 99,86523%, y que los señalados hijos de uno y otro, compartan entre sí y con aquellos, padre e hijo, un idéntico haplotipo de cromosoma Y.

No se comparte entonces la alegación del recurrente de que el artículo 2° de la ley 721 de 2001 y la sentencia de control de constitucionalidad C-475 de 2005, impidan que se acceda a la declaración de paternidad si no se alcanza el índice de paternidad acumulado que sería del 99.99% en el caso, por tratarse de padre fallecido.

Pues en el citado fallo, que analizaba la exequibilidad de los artículos 3° y un inciso del artículo 8° de la ley 721 de 2001, en lo que es doctrina constante de la Corte Constitucional, sin desconocer que la ley dejó abierta la regulación a los avances de la ciencia, rescata el que no se dejó de lado la valoración probatoria del juzgador *“Mientras la situación no varíe hasta tal punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones. Así, no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto “porcentaje de certeza” que constituye “índice de probabilidad” que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios de prueba permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial”*.

Son reiterados los pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁷, de que en los eventos en que la prueba genética no alcanza el índice de probabilidad de la paternidad que la ley exige, ella sigue siendo persuasiva y su importancia no se desvanece, aunque deben buscarse otros elementos probatorios que permitan afianzar la persuasión que con esa sola prueba no se alcanza, lo que no debe necesariamente entenderse dirigido a la prueba de la causal o causales de declaratoria de paternidad que en la demanda se invocaron, como alega el recurrente, pues nada impide que esos medios de prueba adicionales, que resalten el alcance del medio científico no concluyente, sean otras pruebas científicas de mismo orden, entre ellas, la acá practicada con resultados de compatibilidad haplotipo de cromosoma Y; medio que no es ajeno a los estudios de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia del 10 de octubre de 2006, exp. 00432-01 M.P., hizo referencia a la prueba de haplotipo de cromosoma Y, que allí se practicó y que ratificaba las conclusiones del examen de marcadores genéticos del ADN.

Es decir, para la Sala, desde la trascendencia que jurisprudencial y legalmente se le ha reconocido a la prueba científica, cuando, como sucede en el caso, siendo el resultado no concluyente y un índice de paternidad acumulado inferior al que la ley señala, pero teniendo el mismo un margen alto de probabilidad de acierto, nada impide que ese valor persuasivo

¹⁷ sentencia del 21 de septiembre de 2004, 2 de agosto de 2006 y diciembre 27 de 2008.

del medio se deduzca de la práctica de otras pruebas científicas, que sugeridas por el propio laboratorio complementen esos resultados.

Máxime si al juzgador lo persuaden los resultados de dichas pruebas, por sus conclusiones y las explicaciones del laboratorio que las practicó, sobre la forma como se reconstruyeron los marcadores genéticos para la prueba inicial y el procedimiento seguido para el estudio y la determinación del resultado del análisis del cromosoma Y, cuyo alcance para lograr el convencimiento de la existencia del vínculo de paternidad se dejó atrás expuesto.

Por ello, el recurso de apelación del extremo demandado no prospera y se abre paso la confirmación del numeral primero de la sentencia recurrida, que declaró la paternidad.

2.2. Frente a la apelación del demandante contra el numeral segundo del fallo que negó los efectos patrimoniales de la filiación declarada o petición de herencia, debe iniciarse recordando que de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la ley 75 de 1968, la declaratoria de paternidad extramatrimonial comporta para hijo cuya paternidad se define, efectos patrimoniales que sólo se producirán *“a favor o en contra de quienes hayan sido parte del juicio y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción”*.

La jueza de instancia negó efectos patrimoniales al encontrar probada la excepción de caducidad de aquellos, porque la demanda se formuló el 9 de febrero de 2016 y el presunto padre había fallecido el día 13 de enero de 2013; no era entonces aplicable el artículo 94 del C.G.P., la caducidad no se había interrumpido ni podía darse tal alcance al hecho de haberse presentado otra demanda el 16 de abril de 2013, que se notificó a los demandados oportunamente, pues el proceso terminó con auto del 17 de diciembre de 2015 que confirmó la declaratoria de configurada de la excepción previa de inepta demanda y la terminación del proceso.

2.2.1. No discute el recurrente las fechas de presentación de ésta demanda ni la de defunción del demandado causante, su reparo inicial se centra en considerar que su demanda anterior interrumpió el término de caducidad que entonces corría, pues demandó dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre y notificó a los demandados dentro del año siguiente a la admisión, y lo que impediría que se configure la caducidad que viene declarada, conforme lo regula en artículo 94 del C.G.P., pues los demandantes en aquél trámite exteriorizaron su interés de reclamar sus derechos herenciales y de ello quedaron notificados los demandados.

A más de que la declaratoria de probada de la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, no está prevista en el artículo 95 del C.G.P., como uno de los eventos en los que se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, que es esa relación taxativa y, por ende, no podía hacerse extensiva a otros casos; pues en el proceso terminó el 7 de diciembre de 2015, 2 años y 7 meses después de haberse iniciado y no habría duda de que la demanda allá presentada generó efectos impeditivos sobre la operancia de la caducidad.

2.2.1.1. Para resolver debe señalarse que, en efecto, con las copias de las piezas procesales a las que alude el recurrente se deja sentada la existencia del trámite procesal anterior, que los acá actores presentaron el 16 de abril de 2013, similar demanda de filiación que se notificó a los demandados entre el 14 y el 24 de septiembre de 2013, pero que terminó con proveído del juzgado segundo de familia de Zipaquirá del 14 de noviembre de 2014 que declaró probada la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y dispuso la terminación del proceso, y que el día 7 de diciembre de 2015 el Tribunal Superior confirmó.

2.2.1.2. Ahora bien, la tramitación y definición de la excepción previa allí formulada que consagraba el numeral 7 del artículo 97 del C.P.C. y hoy día el numeral 5 del artículo 100 del C.G.P., así: “Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones”, ni en la regulación procesal anterior, ni en el art. 95 del C.G.P., tiene señalado como efecto cuando el proceso termina por declararse probada su configuración, la ineficacia de la caducidad que su formulación había logrado generar.

Sin embargo, de una interpretación no aislada de la norma citada, sino sistemática de la regulación procesal de las excepciones previas, claro resulta que, si conforme al artículo 99 numeral 7 del C.G.P. cuando prospere esta excepción previa se decretará la terminación del proceso, lo que equivale al rechazo de la demanda, válido resulta deducir que la demanda así rechazada no generó efectos procesales y debe volverse a formular, si se quieren alcanzar los efectos temporales de su presentación y de una oportuna notificación de la admisión y que sean ellos definitivos, de prosperar sus pretensiones.

Pues en efecto, las excepciones previas fueron consagradas en el ordenamiento procesal como herramienta de saneamiento del proceso que se otorga al demandado, para que éste advierta al funcionario judicial las posibles falencias de la demanda admitida, a efectos de buscar la corrección de los equívocos y, con ello, la configuración de nulidades procesales o el proferimiento de sentencias inhibitorias.

La Corte Suprema¹⁸ las califica de mecanismos llamados a salvaguardar los presupuestos procesales, para disponer los saneamientos correspondientes cuando haya lugar, o provocar la terminación del proceso en los eventos en que aquellas deficiencias no se superan.

Pues su prosperidad, como en el caso acontece, puede generar de no corregirse oportunamente la demanda, la terminación del proceso con el rechazo de la indebidamente admitida.

Aceptar lo que alega el recurrente sería concluir que un proceso terminado por haberse declarado probada esta excepción, podría volverse a trabar con una nueva demanda presentada en cualquier tiempo, pues el rechazo anterior haría ineficaz la caducidad que corría contra la formulación de su pretensión.

2.2.2. Aduce que la presentación de esta demanda y su notificación por fuera del término, no es su culpa, que fue diligente en el primer trámite al demandar y notificar a los demandados, pues fue la demora de los jueces para decidir las excepciones previas, auto del 17 de diciembre de 2015, lo que hizo ya imposible presentar y notificar la nueva demanda dentro de los 2 años siguientes a la defunción del presunto padre.

Y que tampoco le es atribuible culpa por la acumulación de pretensiones formulada que generó la terminación del primer proceso, pues ante el desmantelamiento que de los bienes herenciales que realizaron los hijos demandados, era justificado el pretender, por economía procesal, la recuperación del activo herencial, acumulando pretensiones ligadas, derivadas del derecho de petición de herencia, “pretensiones de familia por naturaleza y competencia”, dado que no estaba entonces claramente definida la competencia para el conocimiento de las mismas, era la situación tan poco clara y dubitativa que el allí juez a quo había admitido la demanda sin reparo alguno.

2.2.2.1. Para resolver este reparo debe partirse de la conclusión expuesta en el punto anterior, la demanda que se rechazó por indebida acumulación de pretensiones debe ser nuevamente presentada y esa fallida formulación no produce efecto alguno.

¹⁸ C. S. de J., Sent. 5462 de octubre 26 de 2000.

No puede entonces la Sala volver sobre las decisiones allá tomadas para evaluar si fueron o no acertadas y oportunas, si debió o no en ellas declararse probada la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, pues los efectos de la decisión de declararse probada esa excepción previa, no pueden tener un alcance distinto a aquel que de la interpretación sistemática de los mecanismos correctivos de la demanda que la ley entrega al demandado se puede derivar, la obligación de volver a formular el libelo sin que la demanda anterior tenga ningún efecto.

Por lo que tampoco se encuentra viable el último argumento del actor que pide aplicar al caso el estudio abstracto que hizo la Corte constitucional al definir la exequibilidad del numeral 4 del artículo 91 del C.P.C., que terminó conducido a definir si en caso de prosperar las excepciones previas de falta de jurisdicción y de cláusula compromisoria o compromiso en un proceso (Art. 97 núm. 1 y 3), no se entenderá interrumpida la prescripción y operará la caducidad. (Numeral 2º, artículo 11 de la ley Ley 794 de 2003 que modificó el artículo 91 del C.P.C.).

Para determinar si en este caso en particular se ajusta a la Carta el que opere la eficacia de la caducidad, así la demanda se rechace y el proceso termine por indebida acumulación de pretensiones, aplicando los razonamientos allá efectuados por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

Pues la Sala concluyó que desde la regulación aplicable a este caso, la caducidad de la pretensión subsidiaria se configuró porque se demandó por fuera del bienio siguiente a la ocurrencia de la defunción del presunto padre, y que la demanda anterior que se presentó con una indebida acumulación de pretensiones que concluyó con la terminación del proceso al encontrarse configurada, no tiene ninguna incidencia procesal en este nuevo debate, pues es la caducidad una carga procesal que debe observar el demandante so pena de que no pueda ejercer válidamente su reclamo, al dejar vencer el término que el legislador le señaló limitante para demandar.

2.2.2.2. Y aunque existen posturas en la Corte Suprema de Justicia que abogan por que se considere que ese término de caducidad del artículo 10 de la ley 75 de 1968 viola el principio de igualdad y no discriminación y derechos convencionales y constitucionales y debía no ser aplicada y que el reclamo de petición de herencia, que es el acá elevado como pretensión consecencial, se rija por la regla general que regula el término de ejercicio de esa acción y no por el perentorio plazo de la ley Cecilia.

Puesto que *“El precepto 10 de la Ley 75 de 1968, infringe la dignidad humana, desconoce la filosofía del Preámbulo del nuevo orden, y ha de entenderse derogado tácitamente por el plexo normativo de la Ley 29 de 1982, cuando el legislador (...) otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos (...)”, resultando injusto persistir en imponer a los herederos reconocidos en el marco del artículo 10, un término más corto para ejercer la acción, con respecto al previsto en el artículo 1326 del C.C. diferenciando los que al momento se hallaban reconocidos y los que luego de la muerte de su causante son declarados hijos.”*¹⁹

O bien argumentándose que: *A pesar de existir fallos que ya han estudiado la constitucionalidad del inciso final del artículo 10º de la Ley 75 de 1968 y han declarado su conformidad con el ordenamiento superior, como es el caso de las providencias Nos. 66 del 7 de junio de 1983 y 122 del 3 de octubre de 1991, emanadas de esta Corporación y la C-336 de 1999 de la Corte Constitucional, lo cierto es que la jurisprudencia de esta última institución ha admitido que el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional no tiene el carácter de absoluto, al punto que ha acogido la teoría de la cosa juzgada relativa para volver sobre el análisis de temas que ya habían sido objeto de decisión, dada la necesidad brindar*

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3725-2020, Sentencia de octubre 5 de 2020, radicado 54001-31-10-002-2005-00058-01. M.P. Aroldo Quiroz Monsalve. Salvamento de M. Luis Armando Tolosa.

soluciones jurídicas de acuerdo al verdadero contexto social en el que se presenta la situación fáctica sometida a consideración de la administración de justicia, tal como ocurrió, por ejemplo, en el caso de las uniones de personas del mismo sexo que fue reestudiado en la sentencia C-075 de 2007 cuando ya el tema había sido definido en la sentencia C-098 DE 1996. 3.2. En esa medida, estimo que era posible inaplicar la norma en comento, dada su abierta disconformidad con el artículo 42 de la Carta Política, que establece que la familia se constituye «por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla» y que «fijos hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes». (Se destaca)²⁰

Pero al ser esa lectura una postura minoritaria de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el precedente judicial o doctrina probable la constituye la postura contraria, de la Sala mayoritaria que ve totalmente aplicable la restricción o caducidad del artículo 10 de la ley 75 de 1968, entre otras razones, porque la disposición resistió dos estudios de control de constitucionalidad en los que fue declarada exequible.

En efecto, ‘El cargo debe ser desestimado en la medida en que censura de igual tenor fue expuesta, a través de una acción de constitucionalidad, contra el inciso 4° del artículo 10° de la ley 75 de 1968 que modificó el precepto 7° de la ley 45 de 1936, existiendo, por contera, pronunciamiento de la autoridad judicial guardiana de la Carta Política.

Efectivamente, la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, con fundamento en la prórroga de competencia que le otorgó el artículo 24 transitorio de la Constitución Política de 1991, respecto de las acciones de constitucionalidad instauradas antes del 1° de junio de dicho año, mediante Sentencia n°. C-122 de 3 de octubre de 1991 examinó el aludido precepto, encontrándolo exequible...’²¹

Y como el mismo fallo cita que esta lectura de la Sala Plena ha sido reiterada y constante, es la propia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, la llamada a recoger su precedente de considerar que para ello hay elementos de juicio, mientras tanto su acatamiento impera.

2.3. No prosperan entonces los recursos de apelación que las partes interpusieran y, por ello, la decisión apelada será confirmada, sin que haya lugar a la condena en costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala de decisión Civil- Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia proferida por el juzgado primero de familia de Zipaquirá el 18 de septiembre de 2020, que declaró la existencia de la filiación paterna demandada y le negó el reconocimiento de efectos patrimoniales, al considerar acreditada la excepción de mérito de caducidad de los mismos.

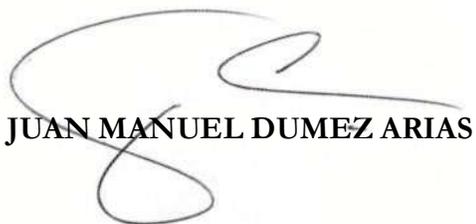
Sin condena en costas procesales de esta instancia por la no prosperidad de los recursos interpuestos por los extremos.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

²⁰ Ídem. Salvamento del Magistrado Ariel Salazar Ramírez

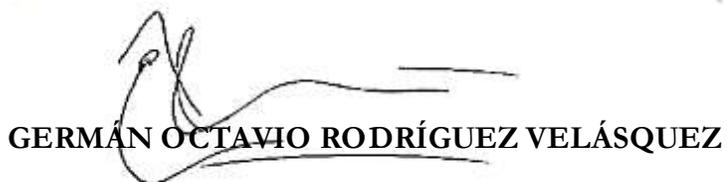
²¹ Ídem. Texto de la decisión mayoritaria.



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ