

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado Ponente

SC840-2018

Radicación n° 11001-31-10-004-2013-00337-01

(Aprobada en sesión de veinticinco de octubre de dos mil diecisiete)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho 2018)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de siete de octubre de dos mil quince proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario radicado con el número de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Marylú Beltrán Cadena solicitó declarar la existencia de «*sociedad patrimonial de hecho*» con Luís Abdón Caicedo

Martínez desde marzo de 1991 hasta el 28 de diciembre de 2012, fecha en que quedó disuelta, para proceder a su liquidación.

B. Los hechos

1. Marylú y Luís Abdón convivieron en unión libre, de forma continua y pacífica por más de 11 años, pero se separaron por «*diferencia de caracteres*» en diciembre de 2012, sin que tuvieran descendencia.

2. En virtud del vínculo marital se formó una sociedad patrimonial conformada por tres inmuebles y un automotor.

3. Caicedo Martínez traspasó dos de los bienes raíces a su hija y un yerno, con el fin de ocultarlos.

C. El trámite de la primera instancia

1. El libelo se interpretó como de «*existencia de la unión marital de hecho y disolución de la sociedad patrimonial de hecho*» en admisorio de 11 de abril de 2013 (fl. 36 cno. 1).

2. Mediante proveídos de 8 de agosto y 4 de octubre de esa anualidad, se tuvo al demandado notificado por conducta concluyente y sin réplica de su parte (fls. 121 y 123 cno. 1).

3. La sentencia del Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá declaró que entre Marylú Beltrán Cadena y Luís Abdón Caicedo Martínez se conformó unión marital de hecho del 1° de marzo de 1991 al 20 de diciembre de 2012, pero negó la existencia de sociedad patrimonial porque el opositor tenía una sociedad conyugal vigente con antelación sin que estuviera probada su disolución, ni demostrado que no se hubiera conformado aquella según las leyes del lugar donde se celebró el matrimonio (fls. 164 al 176 cno. 1).

4. Apelada la decisión por la accionante, el superior la confirmó en fallo de 7 de octubre de 2015 (fls. 49 al 56 cno. 3).

5. La promotora interpuso recurso de casación que le fue concedido (fls. 57 y 202 al 206 cno. 3).

D. La providencia impugnada

Se resume en estos términos:

1. El tema de discusión es sí la existencia y vigencia de sociedad conyugal surgida en precedente matrimonio celebrado en el extranjero impide el nacimiento de sociedad patrimonial, en los términos del literal b) artículo 2° de la Ley 54 de 1991.

2. Se estableció de forma idónea que Luís Abdón Caicedo Martínez contrajo matrimonio con Isabel Gutiérrez Vicente el 27 de octubre de 1968, en Barcelona (España),

inscrito en la Notaría Primera de Bogotá el 14 de mayo de 2013, sin que esté disuelto, lo que a pesar de no imposibilitar la unión marital si es óbice para la sociedad patrimonial al no estar disuelta la sociedad conyugal derivada de aquel, en los términos del artículo 180 del Código Civil y en armonía con CC C-395/02, puesto que ninguna relevancia tiene el domicilio de los cónyuges bastando con que uno de ellos sea connacional para aplicar la legislación patria.

3. Frente a la anotación tardía de las nupcias en el registro civil, si bien el artículo 107 del Decreto 1260 de 1970 preceptúa que los actos relativos al estado civil surten efectos respecto de terceros desde la fecha de inscripción, la doctrina ha diferenciado que por la naturaleza declarativa del matrimonio en realidad emergen desde la celebración.

4. Por el hecho de que el matrimonio se hubiera contraído en el exterior no puede presumirse que los cónyuges estuvieran separados de bienes como indica el inciso 2° del artículo 180 del Código Civil, puesto que la norma se aplica a extranjeros que se casan fuera del país y se domicilian en Colombia, no a los nacionales colombianos a quienes rige el artículo 19 ibídem y así lo reconoce la doctrina.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se plantea un solo ataque por la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

CARGO ÚNICO

Acusa la existencia de la nulidad contemplada en el artículo 140 numeral 6 del estatuto procesal civil, por cuanto la sentencia del Tribunal fue prematura el proferirse sin correr traslado para alegar en segunda instancia o permitir sustentar la alzada, ni dejar que se cumpliera la prueba de oficio decretada, infringiendo lo dispuesto en los artículos 350 al 362 *ejusdem*.

CONSIDERACIONES

1. La causal quinta de casación se materializa con un error de procedimiento al advertirse una falencia relevante en la tramitación del debate que encaje en alguno de los expresos motivos de invalidación establecidos en la ley adjetiva, siempre y cuando no haya sido superada o convalidada por los directos afectados de ser saneable.

El numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil señala como uno de esos supuestos «*cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión*», que es precisamente la razón de inconformidad expuesta por la censora.

2. Los artículos 350 al 362 *ejusdem* regulan la apelación de providencias en cuanto a su procedencia, oportunidad y requisitos, adhesión, efectos en que se surte,

competencia del superior y las etapas a agotar según la naturaleza del proveído atacado.

En lo que concierne a las sentencias, una vez superado el examen preliminar y de no advertirse irregularidades o asuntos pendientes que lo impidan, el primer paso consiste en la admisión del recurso, lo que habilita a los intervinientes para pedir pruebas, que de ser procedentes se decretarán y practicarán.

Una vez en firme el auto admisorio sin que se requieran medios de convicción o evacuados los que se estimen viables, «*se dará traslado a las partes para alegar por el término de cinco días a cada una*» y dentro del mismo lapso quien haga uso de él podrá pedir que se programe audiencia para exponer sus argumentos ante los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, si el fallador de segundo grado es un Tribunal, según dispone el artículo 360 id, modificado por el numeral 178 artículo 1° del Decreto 2282 de 1989 y el artículo 16 de la Ley 1395 de 2010.

Quiere decir que si no se da al impugnador la posibilidad de manifestar en qué radica su descontento, se le está cercenando igualmente el derecho a solicitar ser escuchado para insistir en su posición ante el *ad quem* en pleno, lo que conlleva una doble afrenta. Eso sin perder de vista que la esencia de la sustentación es delimitar la labor del superior al precisar el opugnador qué le es desfavorable en el pronunciamiento del que disiente.

Como se dijo en CSC SC9121-2014 sobre el tema

[s]e trata, entonces, de dos momentos memorables para alegar de conclusión, aunque autónomos, complementarios. Uno, el primero u ordinario, tiene entre otros fines, desde el punto de vista dispositivo, fijar los límites de la competencia funcional. Mientras el subsiguiente, exceptivo por lo demás, procura materializar el principio de inmediación y brindar la posibilidad a las partes de refutar recíprocamente la sustentación anterior. En palabras de la Corte: “(...) la diligencia garantiza a las partes el conocimiento directo por la totalidad de la Sala de Decisión encargada de resolver la alzada de sus planteamientos, posibilidad que, además, por el momento en que se materializa -luego de los alegatos escritos-, permite a los extremos procesales controvertir los argumentos que su contrario haya expuesto en estos, lo que pone en evidencia la distinta naturaleza e independencia de cada una de las oportunidades aquí referidas, pese a que ambas están dirigidas a que los intervinientes expongan las razones que sustentan su posición litigiosa” (Sentencia de 19 de noviembre de 2007, expediente 00676; reiterada en fallo de 19 de diciembre de 2011, expediente 00045). La audiencia, de acuerdo con la doctrina más ardiente de esta Sala y al plexo normativo vigente, como se observa, solicitada, se torna trascendente. De ahí que cuando es procedente no es dable soslayarla. Lo contrario, implicaría dejar en entredicho los derechos fundamentales de contradicción y defensa, y con ellos, de igual calado, su correspondiente debido proceso, pues en general, se pretermitiría una oportunidad señera para interactuar con la respectiva sala de decisión y para compartir o controvertir, dentro de los confines de la apelación, la sentencia opugnada.

3. Al revisar el impulso dado a la apelación de Marylú Beltrán Cadena se observa la procedencia del

reclamo, puesto que en este caso se obvió por el *ad quem* un paso imprescindible para desatarla.

En el memorial con el que se interpuso ese medio de contradicción contra el fallo del *a quo* indicó la accionante que la *«sustentaré ante el Superior, con la finalidad que se revoque la decisión en cuanto a los efectos patrimoniales de la declaración de existencia de la unión marital de hecho conformada por los extremos en litigio, y en su lugar se declaren, por las razones y fundamentos que expondré en dicha sustentación»*¹.

Una vez concedida y enviado el expediente al Tribunal se admitió en auto de 30 de septiembre de 2014² y durante su ejecutoria la apelante solicitó, en uso de la facultad conferida por el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, que se consiguiera la legislación sobre el régimen patrimonial del matrimonio católico en Barcelona, *«con el fin de probar hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia»* y enunciando que su fin era establecer *«que el matrimonio celebrado en el exterior, no tiene su domicilio en Colombia, y tampoco generó una Sociedad de Gananciales, pues el régimen patrimonial del matrimonio en Barcelona (Zona Cataluña), por compilación y descarte de la Legislación del derecho común Español es de Separación de Bienes»*³.

¹ Folio 178 cuaderno 1.

² Folio 3 cuaderno 3.

³ Folios 4 y 5 cuaderno 1.

Aun cuando se estimó la improcedencia de lo pedido porque *«la legislación no tiene el carácter de prueba, sino que ante la existencia de tal legislación la misma debe aplicarse»*, se impartió la instrucción a la Secretaría de *«incorporar a este asunto la legislación española referente al régimen matrimonial de bienes»*⁴, lo que se intentó acudiendo al auxilio del Ministerio de Relaciones Exteriores⁵.

Los siguientes pronunciamientos del Magistrado Sustanciador se enfocaron en conseguir ese material por lo que se vio obligado a disponer la prórroga del término para resolver⁶, requerir a la Cancillería sobre el resultado del encargo, poner en conocimiento las respuestas recibidas y dejar transcurrir un plazo prudencial hasta que se lograra el cometido⁷.

Luego del fracaso en la obtención de la legislación foránea y en vista de que *«la prórroga del término para decidir la segunda instancia está próxima a vencer»*, se prescindió de ella, agregando que por demás era innecesaria a la luz de la CC C-395/02⁸.

Posteriormente ingreso al Despacho del Magistrado Sustanciador el 21 de septiembre de 2015, de donde sale con la sentencia de 7 de octubre de 2015, sin que se le

4 Auto de 8 de octubre de 2014, folios 7 y 8 cuaderno 3.

5 Auto de 13 de abril de 2015, folio 18 cuaderno 3.

6 Folio 18 cuaderno 3.

7 Autos de 13 de abril, 11 y 21 de mayo, 24 de junio, 6 de julio y 10 de agosto de 2005. Folios 19, 22, 26, 34, 36 y 38 cuaderno 3.

8 Autos de 2 y 14 de septiembre de 2015, folios 42 y 46 cuaderno 3.

permitiera a la apelante exponer los motivos de discrepancia de la determinación tomada en primer grado y, en consecuencia, privándola de la eventualidad de una audiencia donde pudiera reforzar sus puntos de vista.

Quiere decir que desconociendo el Tribunal el discurso de la recurrente, pasó a confirmar la sentencia del Juzgado, confiriéndose la facultad de interpretar el querer de su descontento o como si fuera suficiente con los argumentos dados al momento de pedir pruebas en segunda instancia, cuando ese no era su propósito.

Y si bien tal circunstancia era saneable de haber guardado silencio la afectada, lo cierto es que lo primero que hizo cuando se enteró de tal olvido fue interponer el recurso extraordinario de casación como medio idóneo para salirle al paso, invocando la causal consagrada para tal fin.

4. Ahora, el éxito de la acusación no se extiende a *«rehacer la actuación agotando la prueba u orden que dispuso a la secretaría»*, puesto que sobre ese particular quedó en firme el pronunciamiento que prescindió de incorporar al plenario las normas extranjeras que en un comienzo se contemplaron como pertinentes, pero con respaldo en jurisprudencia de la Corte Constitucional se estimaron superfluas, frente a lo cual fue silente la opugnadora.

No correspondió por eso dicha situación a desconocer la oportunidad para pedir o practicar pruebas, sino a la

toma de una decisión de no tenerlas por relevantes, sin que encaje dentro del supuesto del motivo 6 de nulidad citado, lo que por demás, se insiste, fue asentido con la inactividad de la parte.

Vale recordar lo que se dijo en CSJ SC 6823-2015 donde se planteó un argumento similar al tenerse por desistida una prueba pericial, en el sentido de que

(...) si bien el hecho descrito por el recurrente repercute en que una prueba finalmente no fuera realizada, ello no significa que se hubiesen omitido los términos u oportunidades para practicarlas, que es el supuesto fáctico de la causal sexta del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. De modo que si discrepaba el actor de las consecuencias que el juez aplicó al hecho de no haber sufragado aquél la parte a su cargo de los gastos de la pericia, debió en tiempo impugnar la decisión so pena de que al no hacerlo se entendiese subsanada cualquier posible irregularidad en que a tal respecto se hubiere incurrido, según lo prevé el parágrafo del artículo 140 del mentado estatuto procesal.

(...)

Al punto bien vale recordar que “para que pueda fundarse un recurso de casación en un error de actividad procesal consistente en haberse omitido la oportunidad para evacuar diligencias de prueba oportunamente solicitadas, es imperativo que tal omisión produzca indefensión en el sentido estricto que esta palabra tiene en el lenguaje jurídico, luego evidentemente estará condenado al fracaso dicho recurso, y por consiguiente tendrá que ser desestimado, si cual aconteció en este caso según enseguida se verá, denuncia el casacionista una irregularidad de aquella estirpe pero que al no ser reclamada en ocasión apropiada durante las instancias porque estaba legitimado para hacerlo, resultó convalidada por disponerlo así el numeral 1o. del artículo

156, hoy 144 del estatuto de enjuiciamiento tantas veces mencionado” (Cas. Civ. de 10 de febrero de 1990, no publicada).

5. Lo expuesto es suficiente para la prosperidad de la censura, lo que impone casar el fallo impugnado por estar afectado de nulidad, como se declarara, dando lugar a la devolución de las actuaciones al Tribunal de origen para lo de su cargo, obvio, con sujeción a lo discurrido, como así lo ordena el artículo 375, inciso 3° del Código de Procedimiento Civil.

6. No habrá lugar a condena en costas por la prosperidad del recurso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA NULA** la sentencia de 7 de octubre de 2015, proferida en el proceso ordinario antes referenciado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se ordena devolver el diligenciamiento para que obre de conformidad.

Sin costas en esta senda extraordinaria.

Notifíquese

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO
ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA