



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado ponente

SC8990-2016

Radicación n.º 25899-31-84-001-2011-00208-01
(Aprobado en sesión de 19 de abril de 2016)

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016).-

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la demandante, **DORA ISABEL PERDOMO CASTAÑEDA**, frente la sentencia del 28 de junio de 2013, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil - Familia, en el proceso ordinario que la impugnante adelantó en contra del señor **ERNESTO RODRÍGUEZ SILVA**.

ANTECEDENTES

1. Mirados en conjunto los escritos de demanda (fls. 2 a 6, cd. 1), de subsanación (fls. 44 y 45, *ib.*) y de reforma de la misma (fls. 46 a 50, *ib.*), se establece que las pretensiones elevadas en este asunto consistieron, en síntesis, en que se declarara que entre las partes existió tanto una unión marital de hecho, como la consecuente sociedad patrimonial, desde el 22 de mayo de 2001 y hasta el 7 de junio de 2011; y que se dispusiera la disolución y liquidación de la última.

2. En el plano fáctico se adujo la convivencia, como marido y mujer, de la referida pareja, en forma pública y continua, durante el lapso de tiempo atrás precisado, primero, en el municipio de Zipaquirá y, luego, en el de Ubaté; que en ese tiempo, los citados compañeros, de un lado, procrearon una hija y, de otro, adquirieron los bienes relacionados en el libelo introductorio; que la actora, con anterioridad, promovió otro proceso con el mismo fin, el cual terminó por desistimiento conjunto de los allí intervinientes; y que debido al abandono del hogar por parte del señor Rodríguez Silva, la señora Perdomo Castañeda decidió gestionar nuevamente la presente acción.

3. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá admitió la demanda con auto del 14 de julio de 2011 (fl. 51, cd. 1), del que el accionado se notificó por conducta concluyente, según proveído del 27 siguiente, pronunciamiento que se mantuvo sin modificaciones, pese al

recurso de reposición que contra él interpuso la parte actora (auto del 19 de agosto, folios 62 a 68, cd. 1).

4. En tiempo, el convocado contestó el escrito inaugural de la controversia, en desarrollo de lo cual se opuso al acogimiento de sus pretensiones, se pronunció de distinta manera sobre los hechos sustento de las mismas y planteó, con el carácter de meritorias, las excepciones que denominó **“EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN ENTRE LA DEMANDANTE Y EL DEMANDADO”**, **“RENUNCIA A LAS PRETESIONES DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA DEMANDANTE”** e **“IMPUTACIÓN A LA DEMANDANTE DE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO”** (fls. 69 a 74, cd. 1).

Por separado, formuló las excepciones previas de **“TRANSACCIÓN”**, **“INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES”** y **“COSA JUZGADA”** (fls. 1 a 3, cd. 2).

5. En providencia del 20 de enero de 2012, se desestimaron los dos primeros mecanismos defensivos atrás relacionados y se acogió el de *“cosa juzgada”*, decisión que condujo a que se dispusiera la terminación del proceso y se condenara en costas a la accionante (fls. 42 a 57, cd. 2).

Dicho proveído, en acatamiento de orden impartida por el Tribunal durante el trámite de la apelación que propuso la demandante para controvertirlo, se notificó por edicto (fl. 75, cd. 2).

6. Al desatar la alzada, el *ad quem*, en su fallo, que data del 26 de noviembre de 2012, optó por confirmar el de primera instancia, en el entendido de que se trataba de una sentencia anticipada. (fls. 33 a 41, cd. 4).

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El proveído impugnado en casación, se sustentó en las razones que pasan a compendiarse:

1. El desistimiento, además de ocasionar la terminación del proceso en el que se presente, produce otros efectos *“entre las partes, particularmente respecto de quien desiste, pues queda vinculado a él y constituye impedimento formal para formular posteriores acciones con el mismo demandado, fundadas en las pretensiones de las cuales desistió”*, como se desprende del inciso 2º del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil.

2. Con otras palabras, *“si por el desistimiento se renuncia al derecho que se reclama”*, su adopción *“equivale a que el demandante obtuvo sentencia ejecutoriada que negó sus pretensiones, con efectos de cosa juzgada”*.

3. Como las súplicas elevadas en este asunto, coinciden con las que se formularon en uno anterior similar, que terminó por desistimiento conjunto de las partes, la aquí demandante se encontraba *“impedida de*

promover las mismas pretensiones por la misma vía ordinaria, pues no hay lugar a ellas por expresa prohibición de las normas que vienen de analizarse”.

4. El argumento de la apelante, de que en esta clase de procesos el desistimiento no impide su gestionamiento posterior, no es de recibo, puesto que la solicitud de que se declare la existencia de la sociedad patrimonial, en relación con la cual sí opera la “cosa juzgada”, es consecuencia directa de la dirigida a obtener el reconocimiento de la unión marital de hecho, propiamente dicha, amén que estas reclamaciones, que son las principales de la presente controversia, propenden por la materialización “de un derecho del que la demandante ya desistió en proceso anterior” y, por lo mismo, “no es procedente reabrir la discusión sobre pretensiones a las que [aquella] renunció”.

5. En suma, “siendo pretensiones consecuenciales, se subordinan a los resultados de la (...) que se derivan, resultado que no es otro que la imposibilidad jurídica de volver a ser promovidas, ante el decaimiento que sufrieron las pretensiones de la demanda con ocasión del desistimiento que se presentó y que fue admitido por el juzgado por auto que cobró ejecutoria y fuerza de cosa juzgada, razón por la cual la excepción previa en ese sentido formulada se encuentra configurada (...)”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro fueron los cargos en ella propuesta, los tres primeros, fincados en la causal inicialmente prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y el último, en la quinta.

La Corte sólo se ocupará de la acusación final, por referirse a un yerro *in procedendo* y estar llamada a prosperar.

CARGO CUARTO

Como se dijo, con respaldo en el motivo quinto de casación, el recurrente denunció la sentencia del Tribunal por haberse dictado en un proceso viciado de nulidad, de conformidad con el numeral 6º del artículo 140 *ibídem*.

El censor, previa reproducción parcial de algunos de los fallos de esta Corporación relacionados con tal defecto procesal, para sustentar el reproche, en concreto, expuso:

1. En el escrito de alegaciones de segunda instancia, “*se solicitó la audiencia de que trata el artículo 360 del C. de P.C., como aparece a fls. 15 a 19 del cuaderno II*”.

2. Pese a ello, el *ad quem* no decretó, ni practicó, el referido acto procesal.

3. Ese proceder hizo incurrir el proceso en la advertida nulidad, que es de carácter “*insaneable*” y que, además, tiene un “*nexo causal directo con la parte resolutive de la sentencia materia de [c]asación*”, toda vez que implicó “*no dar[le]*” a la parte demandante “*la oportunidad de exponer en forma oral los argumentos para desvirtuar la excepción (...) de cosa juzgada que declaró en forma errada la sentencia de primera instancia, (...)*”.

Al cierre, el impugnante solicitó a la Corte “**CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA**” y que, en sede de segunda instancia, adopte el fallo de reemplazo a “*que haya lugar*”.

CONSIDERACIONES

1. Inocultable es la importancia que para el legislador tiene el hecho de que en los procesos, las partes cuenten con oportunidades suficientes y eficaces, mediante las cuales puedan expresarle al juez del asunto litigioso en el que intervienen, su postura frente a la controversia, en general, o respecto de cada uno de los temas fácticos y jurídicos que en ella se debatan, específicamente, pues entiende que sólo así se tornan efectivos, entre otros, los derechos que ellas tienen de acceder a la administración de justicia, de defenderse y de controvertir tanto los planteamientos como las pruebas aducidos y/o esgrimidas por el contrario.

Ninguna duda queda, pues, que la opción de alegar ante los jueces de conocimiento, constituye una actividad procesal de especial significación para la efectiva materialización, en los casos concretos, del derecho fundamental al debido proceso, con todo lo que de ello se deriva.

2. Una de esas oportunidades es, precisamente, la audiencia prevista en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, como quiera que a través de ella, antes de que el proceso culmine con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, pueden las partes, por intermedio de sus apoderados judiciales, exponerle presencialmente a la totalidad de los magistrados encargados de emitir dicho fallo, las apreciaciones que tienen sobre la controversia y, por esta vía, sobre el acierto o desacierto de las determinaciones adoptadas por el *a quo*, alegaciones de especial privilegio, en tanto que son las últimas que pueden realizarse en el respectivo asunto previamente a su fenecimiento, como consecuencia de la finalización de las dos instancias que, por regla general, integran los procesos civiles.

3. Reza dicha norma:

Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1, mod. 178. Ejecutoriado el auto que admite el recurso, o transcurrido el término para practicar pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por el término de cinco días a cada una, en la forma indicada para la apelación de autos.

Inc. 2º. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 16. Cuando la segunda instancia se tramite ante un Tribunal Superior o ante la Corte Suprema, de oficio o a petición de parte que hubiere sustentado, formulada dentro del término para alegar, se señalará fecha y hora para audiencia, una vez que el proyecto haya sido repartido a los demás magistrados de la sala de decisión. Las partes podrán hacer uso de la palabra por una vez y hasta por treinta minutos, en el mismo orden del traslado para alegar y podrán entregar resúmenes escritos de lo alegado. La Sala podrá allí mismo dictar la respectiva sentencia.

A la audiencia deberán concurrir todos los magistrados integrantes de la Sala, so pena de nulidad de la audiencia.

Si el apoderado que pidió la audiencia no concurre a ella, en la sentencia se le impondrá multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, a menos que dentro de los tres días siguientes pruebe justa causa. Si no asiste ninguno de los apoderados, se prescindirá de la audiencia.

En los casos de los incisos anteriores, el término para que el magistrado registre el proyecto de sentencia comenzará a correr el día siguiente al vencimiento del término para presentar los resúmenes, o aquél en que debía celebrarse la audiencia.

4. La advertida valía de dicha audiencia no la desdibuja sino que, por el contrario, la realza, el hecho de que su práctica sea posterior al vencimiento del término para alegar de conclusión consagrado en el inciso 1º del mismo artículo 360, puesto que, como ya lo tiene decantado esta Corporación:

Al respecto debe enfatizarse, que la omisión de la indicada audiencia tiene entidad propia para provocar la invalidación de lo actuado, porque la realización de 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 (CSJ, SC del 19 de noviembre de 2007, Rad. n.º 2000-00676-01).

5. Justamente, por esa importancia, es que el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil consagró, como uno de los casos en los que el proceso es nulo, “[c]uando se omiten los términos u oportunidades para (...) formular alegatos de conclusión”, vicio que puede ser alegado en casación a la luz de la causal 5ª del artículo 368 *ibidem*, que a la letra reza: “Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado”.

6. Examinado lo ocurrido en el trámite de la segunda instancia surtida dentro del presente proceso, se encuentra:

6.1. El apoderado de la recurrente, en los alegatos que presentó, manifestó:

PETICIÓN DE AUDIENCIA.

Conforme lo señala el artículo 360 del C.P.C., solicitó a los Honorables Magistrados, me sea fijada hora y fecha para recibirme en audiencia [para] que exponga verbalmente mis alegaciones finales (fl. 19, cd. 3).

6.2. Con posterioridad al allegamiento de ese escrito, se realizaron las siguientes actuaciones:

a) Se dictó el auto del 6 de septiembre de 2012, mediante el cual se dispuso:

Llevado el proceso a sala de decisión, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, se ordena como prueba de oficio solicitar al Juzgado Primero Promiscuo de Zipaquirá, copia auténtica de todo el proceso de unión marital de hecho de DORA ISABEL PERDOMO CASTAÑEDA, contra ERNESTO RODRÍGUEZ SILVA, que cursó en dicho juzgado, el cual se encuentra terminado.

b) Recibidas las reproducciones ordenadas, se emitió el proveído del 2 de octubre de 2012, en el que se señaló:

Con fundamento en lo dispuesto por el inciso 5º del artículo 121 de la Ley 1564 de 2012, se prorroga por 6 meses la competencia para resolver el recurso de apelación de que trata la presente actuación, dado que en el término que inicialmente cursó no pudo proferirse la respectiva sentencia, por cuanto la Sala de Decisión dispuso la práctica de pruebas de oficio.

Las copias remitidas por el señor Juez Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, pónganse en conocimiento de las partes y ténganse como prueba para dirimir la instancia. Ejecutoriado el presente auto vuelva al despacho para proferir sentencia.

c) A continuación, el *ad quem* expidió el fallo objeto del recurso extraordinario que se examina.

7. Conforme a lo anterior, se colige la plena demostración de que, pese a haber solicitado la parte demandante la práctica de la audiencia que se viene comentando, el Tribunal no efectuó ningún pronunciamiento sobre ese pedimento y, mucho menos, practicó tal acto, antes de dictar la sentencia con la que desató la segunda instancia sometida a su conocimiento.

8. Al respecto, debe puntualizarse que la disposición final del auto del 2 de octubre de 2012 (fl. 30, cd. 4), consistente en que el proceso volviera al despacho “*para proferir sentencia*”, mal puede entenderse como la definición negativa de la solicitud de audiencia elevada por la actora, en tanto que dicha medida, como se desprende de la simple lectura del indicado proveído, fue una orden accesoria y oficiosa allí adoptada que, por el contrario, denota, de un lado, el completo desconocimiento por parte del *ad quem* de la referida solicitud; y, de otro, que fue como consecuencia de tal ignorancia que ese pedimento, en definitiva, no se resolvió.

9. En tiempo relativamente próximo, la Sala, al desatar un cargo de similares características al que ocupa ahora su atención, observó:

(...). La omisión de la audiencia consagrada en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, puede generar la nulidad del proceso por preterición de las oportunidades para alegar, pues ‘constituye una nueva oportunidad para que las partes expresen frente a la respectiva sala de decisión las razones que les asiste para compartir o controvertir la sentencia impugnada, contando además con

una oportunidad adicional de tres días para presentar resumen escrito de lo alegado' (G.J. t. CLVIII, p. 135 y sentencias de 22 de julio de 1997, exp. 6200, 255 de 29 de noviembre de 2001, S-225-2001[5971]; julio 6 de 2007, exp. 1989-09134-01; noviembre 19 de 2007, exp. 2000-00676; 21 de mayo de 2008, exp. 2000-0177).

Esta audiencia, (...), se orienta a 'permitir a las partes el ejercicio del derecho a presentar los motivos singulares de la apelación y, en su caso, el resumen documental ulterior de lo alegado, por manera que solicitada oportunamente, no es dable al juzgador omitirla, por desarrollar el debido proceso, en particular, el derecho de defensa y de contradicción. Naturalmente, la nulidad por prescindir de la oportunidad para alegar en la audiencia precitada, es susceptible de saneamiento, ya expreso, bien por conducta concluyente, verbi gratia, cuando la parte afectada, no la reclama en tiempo. Tratándose de nulidad originada en la sentencia, al proferirse desconociendo la solicitud oportuna de la audiencia, la parte legitimada, podrá invocarla mediante la interposición del recurso extraordinario de casación por la causal quinta, dentro de cuyas exigencias, está la presencia de una de las causales expresas, taxativas y limitativas establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y, la ausencia de convalidación, siendo saneable (cas. civ. sentencia de 29 de abril de 2009, exp. 11001-3103-013-2002-00050-01) (CSJ, SC del 20 de octubre de 2011, Rad. n.º 2003-00220-01).

10. Es innegable, por lo tanto, que el *ad quem*, como lo denunció el recurrente, pretirió la audiencia de alegaciones prevista en el artículo 360 del Código de Procedimiento y que, de esta manera, vició de nulidad la sentencia que profirió, la cual, por ende, habrá de invalidarse, para que, en su defecto, se adopten los correctivos correspondientes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA NULA** la sentencia del 28 de junio de 2013, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil - Familia, en el proceso que al inicio de este proveído se dejó plenamente identificado y, en consecuencia, **ORDENA** a esa autoridad renovar la actuación invalidada.

Sin costas en el recurso de casación, por la prosperidad del mismo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA