

Doctor

JOSÉ HOOVER CARDONA MONTOYA

Magistrado Ponente.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN
CIVIL-FAMILIA.**

MANIZALES CALDAS

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN.

PROCESO: DECLARATORIO DE UNION MARITAL DE HECHO.

DEMANDANTE: LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO

**DEMANDADO: DANNA SOFIA Y SANTIAGO HERNANDEZ OLAYA
JHULIANA HERNANDEZ SOTO, LAURA MARIA
HERNANDEZ SOTO, YENNY MARCELA HERNANDEZ
SOTO YHEREDEROS INDETERMINADOS.**

RADICADO: 2021-00215-02

JOSÉ ALEXANDER MARÍN MORALES, mayor de edad vecino y residente en este municipio de Viterbo caldas, identificado con la cédula de ciudadanía No 75.100.686 de Manizales, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No 374.396 del C.S. de la judicatura, actuando en nombre y representación de la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**, mayor de edad, residente en el país de chile, identificada con el número de cédula 1.061.371.133 expedida en Viterbo, Caldas, quien obra como parte demandante en el proceso de referencia, comedidamente me permito sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos:

Entre la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**, y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, existió una unión marital de hecho desde el 8 junio del 2008, fecha de inicio frente a la cual no hay controversia alguna, de la cual procrearon dos hijos de nombres **DANNA SOFIA HERNANDEZ OLAYA Y SANTIAGO HERNANDEZ OLAYA**.

Se logró establecer aparte de lo anterior que la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ** convivieron en la misma vivienda, tanto así que fue este quien sufrago los gastos de una cirugía

estética que se realizó la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**, el 11 de marzo de 2020 y de cual su recuperación fue de ocho meses, en la que su compañero permanente velaba por su cuidado.

En lo manifestado por el honorable juez con respecto a la conducta procesal de las partes indico que se pretendía adelantar un proceso de reconocimiento de unión marital de hecho desconociendo otros hijos los cuales sin lugar a duda debían ser integrados en la demanda, es de anotar que la aquí demandante no es abogada por lo mismo no tiene conocimiento frente al trámite judicial, sin embargo posterior a la demanda con el ánimo de actuar con rectitud y de no buscar nulidades futuras, se integraron las demás demandadas hijas del señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, quienes comparecieron mediante apoderada judicial a ejercer su derecho de defensa, integrando el contradictorio en el proceso oportunamente.

Como primer punto de debate, y sumamente importante en este litigio es la fecha de terminación de dicha relación en tanto que es esta la que generara derechos patrimoniales, ya que no se encuentra en discusión la existencia de una unión marital de hecho en el entendido que esta fue claramente probada y reconocida por la contraparte en el proceso, es así como todos los testimoniales e incluso la parte demandante manifestaron que la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** siempre se encontró en la casa de propiedad del señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ** tanto así que algunos de ellos manifestaron: “que en la vivienda existían varias alcobas y la señora **OLAYA FRANCO** se encontraba viviendo en el garaje porque ya no compartían” generando esto gran asombro al estas determinar de manera tajante si existía sí o no comunidad de vida desconociendo lo que pasaba puertas adentro.

En este punto la jurisprudencia nos expone: *si se tiene en cuenta que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia STC9197 de julio 19 de 2022, Rdo. 11001-02-03-000-2022-02165-00, M.P. Octavio Tejeiro Duque, frente a la declaración de parte, indicó que son las partes quienes mejor conocen los hechos que interesan al proceso y nadie mejor que ellos pueden dar detalles específicos del contexto en que ocurrieron los mismos, por lo que sus dichos serán útiles siempre y cuando su relato sea “coherente, contextualizado y existen corroboraciones periféricas , como por ejemplo documentos u otros medios de juicio que lo*

sustenten, es digno de credibilidad y, por tanto, debe ser apreciado en comunión con ellos a fin de esclarecer los hechos que importan para la definición de la litis”

Antes de analizar los testimonios que llevaron a cabo en este proceso es de suma importancia dar a conocer al honorable magistrado ponente lo siguiente: en la contestación de la demanda la apoderada de las señoras JHULIANA HERNANDEZ SOTO Y LAURA JULIANA HERNANDEZ fue la doctora SOPHIE CASTRO CIFUENTES, quien posteriormente sustituyo el poder al abogado JAIME JUSEOP ZULUAGA GIRALDO, quien asistió a las audiencias de instrucción y juzgamiento. Seguidamente en declaraciones de los testimonios de las señoras LEONOR GOMEZ DE RAMIREZ, ANGELA MARIA CASTRO ZAPATA, NANCY RODRIGUEZ JARAMILLO, se realizaron de forma virtual desde el dispositivo móvil de la doctora SOPHIE CASTRO CIFUENTES, tanto que se escucha la voz de ella repitiéndole las preguntas que eran realizadas por el señor Juez, motivo por el cual este apoderado le da a conocer al despacho que los testigos están acompañados por esta profesional del derecho quien conoce el proceso y puede intervenir en el libre desarrollo de las versiones de los testigos, y sobre el cual hay una violando el principio al debido proceso, legalidad procesal, veracidad de la prueba, inmediatez, igualdad de la prueba, formalidad y legitimidad de la prueba, situación que paso por alto el despacho y sé continuo con el desarrollo de la misma.

Ahora bien, Sobre la terminación de la existencia de la unión marital de hecho es claro que perduro hasta 16 de diciembre del 2020, y no hasta junio del 2020, como lo afirma el juez a quo, quien solo se apegó a lo dicho por el testimonio aportado por la señora **NANCY RODRIGUEZ**. Dejando de lado y sin ningún valor probatorio los allegados con la demanda, versiones claras, precisas, coherentes, entregadas por los testimonios de la parte demandante; pues todos concluyen que fue la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** fue quien acompañó al señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ** hasta el momento de su muerte.

Seguidamente y detallando lo anterior, se logró establecer por parte del testimonio del señor **LUIS IGNACIO CASTRO GARCÍA**, quien trabaja con el fallecido, por más de 15 años, dio a conocer al despacho de una forma precisa y clara, que mi prohijada era la compañera sentimental del señor

MARIO HERNÁNDEZ GÓMEZ, indicando con precisión sobre la convivencia de estos, donde se procrearon dos hijos, y era su compañera permanente hasta su fallecimiento, así mismo; en la condición de compañero de trabajo el señor **LUIS IGNACIO CASTRO GARCÍA**, le resalta al Juez a quo, que debido a su cercanía con el señor **HERNÁNDEZ GÓMEZ**, compartió varios momentos como lo son cumpleaños, eventos y agasajos, así mismo, el señor juez de primera instancia le pregunta al señor **CASTRO GARCÍA**, de manera muy puntual hasta cuándo fue la convivencia de la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, indicándole este al despacho que hasta el momento de fallecimiento del señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, ósea hasta el 02 de julio del 2021.

Esto es lo que el señor **LUIS IGNACIO CASTRO GARCÍA**, percibía, a pesar de ser compañero de trabajo durante tantos años, del señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, pero la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** con el fin de no faltar a la verdad procesal, le indica al despacho que dicha unión había terminado el día 16 de diciembre de 2020, a pesar de continuar la convivencia en la misma vivienda.

Ahora bien, frente al testimonio de la señora **ANGELA MARÍA HENAO MARÍN**, manifiesta que conoce a la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** hace aproximadamente 16 años, compartiendo con ella y su compañero eventos en familia como grados, cumpleaños, paseos, baby shower, manifestándole de una forma clara al despacho que la convivencia de ellos fue hasta la fecha en que falleció **MARIO HERNÁNDEZ GOMEZ**, y el testimonio del señor **LUIS EVELIO HINCAPIÉ JIMÉNEZ**, (*socio de Mario Hernández*) le indica al despacho que esa relación nunca termino, y finalizo para la fecha de fallecimiento del señor **MARIO HERNÁNDEZ**, tanto así que el señor **LUIS EVELIO HINCAPIÉ JIMÉNEZ**, le indica al despacho que le presto dinero a la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**, para que se desplazara en la remisión con el señor **MARIO HERNÁNDEZ**, donde en el transcurso de diez días, falleció.

De los tres testimonios anteriores le precisan de forma clara y coherente al despacho que la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ** convivieron hasta el momento de su muerte. Testimonios que el despacho no puso en su consideración para determinar el extremo temporal de finalización de convivencia. pero la señora **OLAYA**

FRANCO a pesar de convivir con su compañero en la misma vivienda le manifiesta al despacho que su relación con su compañero fue hasta el 16 de diciembre de 2020, como se reitera anteriormente ante la comunidad del municipio de Viterbo ellos eran pareja hasta el fallecimiento del señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, pero quien mejor que las partes del proceso para determinar los extremos temporales de convivencia, tal como lo expreso de forma detallada la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**.

Ahora bien, frente al testimonio de la señora **ANGELA MARIA CASTAÑO ZAPATA**, aportado por la parte demandada, es un testimonio de oídas, donde en ningún momento llego a compartir con la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**. a pesar de informarle al despacho que los conoce hace 24 años, no sabe la fecha en que iniciaron la relación, sus respuestas no son congruentes, dice que cuando tuvieron el primer hijo no convivían y luego dice que si convivían dos años antes de nacer el primer hijo de **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, por lo tanto se trata de una versión de oídas sobre lo que la declarante dice constarle por provenir de otras personas, como lo es la señora **LEONOR GÓMEZ DE RAMÍREZ**.

El despacho le pregunta a la señora **ANGELA MARIA CASTAÑO ZAPATA** Hasta cuando duro esa convivencia de la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** con el señor **MARIO HERNÁNDEZ GOMEZ**, y ella manifiesta que hasta el 2019 a principio de año, posteriormente cambia la versión diciendo que su sobrino regreso del país de Bolivia en el año 2019, e indica una nueva fecha que es noviembre del año 2019, donde ya no convivían, y en el mismo testimonio indica que la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** vivía en la misma casa del señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, y no da detalles certeros de como sabe ella que la relación había terminado para la fecha que lo expone.

Así mismo, el curador ad litem vuelve y le pregunta sobre el extremo de la fecha de terminación de la unión marital y esta vuelve e indica que es el mes de enero del año 2019.

Es de resaltar que el testimonio de la señora **ANGELA MARIA CASTAÑO ZAPATA**, no es honesto, no es congruente en fechas y hechos que pasaron

en la vida marital de los compañeros permanentes, como se puede observar en la declaración.

La declaración de la señora **NANCY RODRIGUEZ**, es otro testimonio de oídas, nunca compartió algún momento especial con la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, lo que conoce de la relación es porque vecinos o la madre del causante le dice, pero no porque ella percibía a través de sus sentidos lo que sucedía entre los compañeros o hubiese presenciado lo que ella relata al despacho.

Al preguntar el señor Juez que le indicara la fecha de terminación de la relación entre la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, indica primero que fue en el año 2020 y posteriormente dice que el año 2019, así mismo se logra ver la imprecisión por parte de la testigo al indicar que al momento de fallecer el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, y la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** ya no convivía en la vivienda con su compañero, a sabiendas de que la señora **OLAYA FRANCO** vivía en la misma vivienda y fue quien le prestó ayuda en este momento tan difícil cuando fue contagiado por covid-19.

Posteriormente la señora **NANCY RODRIGUEZ**, manifiesta en preguntas realizadas por el apoderado de la parte demandante que ella se enteró por parte de terceros de la terminación de la relación de los compañeros y por parte de doña **LEONOR GÓMEZ DE RAMÍREZ**, quien es una adulta mayor y quien no tiene buenas relaciones con la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**, por lo tanto, esta probanza carece de eficacia probatoria.

Frente a este testimonio el señor juez le da total credibilidad, ya que para él fueron claros, pero pasemos analizar lo siguiente: la señora **ANGELA MARIA CASTAÑO ZAPATA**, dice que los compañeros permanentes terminaron la relación para el mes de noviembre del año 2019, fecha que raya en desproporción con la que el despacho resalta en la sentencia que es junio del año 2020, por otro lado el testimonio de la señora **NANCY RODRIGUEZ** le manifiesta al despacho que **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** y el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, terminaron su relación un año o año y medio antes de la fecha de fallecimiento del señor **HERNANDEZ GOMEZ**, (*defunción 02 de julio del 2021*), pero al momento de yo preguntarle por la fecha de fallecimiento del señor **HERNANDEZ GOMEZ**, manifiesta que

falleció en el 2021 sin indicar día y mes. Motivo por el cual este profesional del derecho discierne de la fecha de terminación de la unión marital de hecho que, señalada por el juez de primera instancia, toda vez que no hay congruencia con las pruebas que obran en el proceso.

Podemos predicar entonces que la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**, fue quien acompañó hasta su lecho de muerte a su compañero permanente el señor **MARIO HERNANDEZ GOMEZ**, y que a pesar de continuar viviendo bajo el mismo techo y compartiendo como una familia, la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO** tiene el valor de indicarle al juzgador que ellos compartieron como marido y mujer hasta el 16 de diciembre del 2020.

Del acervo probatorio se evidencia la comunidad de vida que había entre los compañeros, tanto en el material fotográfico donde se evidencia los momentos que compartieron como pareja, afiliación funeraria, certificado de EPS, donde se encuentra vinculado el núcleo familiar para los servicios de salud, declaración extraprocesal donde se determina los extremos temporales por parte de María Edilma Olaya Franco y John Fredy García Munera, certificado de cámara y comercio a nombre de Luz Alejandra Olaya con fecha del 2020/09/04, registros civiles de nacimiento de sus hijos DANNA SOFIA Y SANTIAGO HERNANDEZ OLAYA, declaración de parte de la señora **LUZ ALEJANDRA OLAYA FRANCO**, material probatorio que no fue tachado de falso por lo que debe de tenerse por cierto si contenido y los hechos reflejados en ellos.

El segundo punto de debate de segunda instancia, quedó circunscrito a establecer si, como lo estima el juez a quo, operó la prescripción de los efectos patrimoniales de la declaración judicial de existencia de la unión marital de hecho, en virtud de lo establecido en el artículo 8º de la Ley 54 de 1990; o si, por el contrario, el fenómeno extintivo no tuvo lugar.

En la contestación de la demanda que hace las señoras JHULIANA HERNANDEZ SOTO Y LAURA MARIA HERNANDEZ SOTO, no se invocó por parte de estas, en el trámite controvertido la *excepción de prescripción de la acción para disolver o liquidar la sociedad patrimonial*, para obtener pronunciamiento judicial de las acciones propuestas. Sí nos remitimos a la contestación de la demanda se solicitaron las siguientes excepciones de fondo: A) excepción de la INEXISTENCIA DE LA CAUSA INVOCADA B) la

excepciones INNOMINADA, por consiguiente, le corresponde al demandado en cumplimiento de la regla *reus excipiendo fit actor*, narrar en forma clara y precisa los hechos que la originan, además, el excepcionante desplegará especial cuidado en utilizar los elementos probatorios pertinentes para una eficaz demostración de su existencia. no basta exponer los presupuestos facticos, si no probar los elementos. (i) narrar los hechos que dan cabida al fenómeno de la prescripción extintiva (ii) la inclusión al proceso de los medios conducentes realizados, la sola narración de los hechos, carente de prueba eficaz; o la aportación de los instrumentos probatorios sin exposición de los fundamentos facticos que sirvan de apoyo a la existencia de la prescripción extintiva, el juez no podría, en derecho, declarar extinguidas las acciones y derechos del actor.

Sobre la imposibilidad de decretar de oficio la prescripción en materia privada la Corte Constitucional en Sentencia C-091 de 26 de septiembre de 2018, se pronunció señalando:

“Al establecer las normas demandadas que la prescripción debe ser alegada por quien pretenda beneficiarse de ella y que, en consecuencia, al juez le está vedado su reconocimiento oficioso, las mismas configuran la prescripción como una excepción propia, es decir, un argumento en contra de la prosperidad de las pretensiones del demandante, que debe ser puesto de presente por el demandado y aunque se encuentren probados en el proceso los hechos que la configurarían, el juez no dispone del poder para sustituir a la parte en cuanto a su alegación. De esta manera, las normas en cuestión establecen la formulación procesal de la prescripción, como una carga procesal en cabeza de aquel que pretenda beneficiarse de ella. Así, a diferencia de las obligaciones, las cargas son deberes establecidos en interés del sujeto sobre pesan las mismas, lo que implica que su cumplimiento trae aparejados beneficios para quien las realiza; consecuencias adversas para quien no las cumple y no existen medios jurídicos para forzar, coactivamente, su realización. Esto implica que en el presente asunto se juzga la constitucionalidad de una carga procesal establecida por el legislador respecto de ciertos justiciables, a diferencia de otros.

La carga procesal de alegar la prescripción en su beneficio, actualmente prevista en el Código Civil y en el Código General del Proceso, consulta el origen mismo de la figura en el derecho romano, al tratarse de una advertencia, aviso o praescriptio —escrito antes o de manera previa— que debía ponerse de presente al juez en el encabezado de la fórmula que

delimitaba la litis. En el derecho colombiano, la carga de la alegación de la prescripción responde a una larga tradición procesal. Así, el Código Judicial de 1931, Ley 105, establecía en el artículo 343 que “Cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque esta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse”. En igual sentido, el Código de Procedimiento Civil de 1970, Decreto-Ley 1400, disponía en su artículo 306 que “Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”. En la materia, la legislación colombiana resulta concordante con algunas referencias importantes en el derecho comparado.

La razón de ser de que en los asuntos regidos por el derecho privado y, en este caso, por el Código General del Proceso, la prescripción deba ser alegada como una carga procesal, radica en que con el transcurso del tiempo necesario para la prescripción del derecho o de la obligación, surge para el deudor la posibilidad, mas no la obligación, de oponerse al cobro, como una medida pensada en su interés particular, razón por la cual, una vez cumplido el tiempo, quien puede beneficiarse de ella pueda renunciar de manera expresa o tácita a la misma, sin comprometer el interés general (C.C., art. 2514) y aceptar voluntariamente, por esta vía, la ejecución de la obligación. En otras palabras, la no oposición de la excepción de prescripción en el proceso constituye un acto dispositivo de renuncia o abandono de la misma (5), frente a la cual, es necesario concluir que el legislador, al prohibir el reconocimiento oficioso de la prescripción, en las normas demandadas, buscó justamente amparar la autonomía de la voluntad privada, limitada por la posibilidad de que la misma pueda ser alegada por terceros con interés en subrogación del deudor. (...).”

ahora bien; como se expresó anteriormente la parte demandada, no se pronunció en la contestación de la demanda y mucho menos propuso el medio exceptivo de *prescripción de la acción para disolver o liquidar la sociedad patrimonial*, la cual como lo dice la jurisprudencia debe tener una carga argumentativa y probatorio para poder ser valorados por el juzgador.

Por todo lo anterior, le solicito se sirva revocar la sentencia, en lo que tiene que ver con la fecha de terminación de la unión marital de hecho, y de acuerdo con lo regulado en la ley 54 de 1990, existió una sociedad patrimonial que deberá declararse disuelta y en estado de liquidación, y la prescripción frente a la declaratoria de la existencia de la sociedad patrimonial que fue declarada de oficio por el señor Juez de primera instancia, valiéndose del medio EXCEPTIVO INNOMINADA propuesto por las demandadas.

En este sentido, dejo presentados en tiempo hábil, mi sustentación del recurso.

Del honorable magistrado, respetuosamente.

Apoderado: **JOSE ALEXANDER MARIN MORALES**
C.C # 75.100.686 de Manizales
T.P 374.396 del Consejo Superior de la Judicatura
CORREO ELECTRÓNICO: alexmarin_1981@hotmail.com
marinymarin.abogados@gmail.com
Dirección: Villa Natalia Viterbo caldas vía santa helena.
CELULAR: 321-686-5123